



Abteilung II
B-6808/2016

Urteil vom 24. November 2025

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richterin Vera Marantelli,
Gerichtsschreiberin Fanny Paucker.

Parteien

Hagedorn AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Franz Hoffet und/oder Carola Winzeler,
Homburger AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO,
Vorinstanz.

Gegenstand

Untersuchung 22-0438 betreffend Bauleistungen See-Gaster
wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5
Abs. 3 KG (Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016).

Inhaltsverzeichnis Hagedorn

INHALTSVERZEICHNIS HAGEDORN	2
SACHVERHALT	5
A. VORINSTANZLICHES VERFAHREN	5
A.J SACHVERHALT GEMÄSS DER ANGEFOCHTENEN VERFÜGUNG	11
A.K ANGEFOCHTENE VERFÜGUNG – SUBSUMTION	13
B. BESCHWERDEVERFAHREN VOR BUNDESVERWALTUNGSGERICHT	14
B.I PUBLIKATIONSVERFAHREN SEE-GASTER (B-6291/2017, B-6714/2017)	17
DAS BUNDESVERWALTUNGSGERICHT ZIEHT IN ERWÄGUNG:	19
1. PROZESSVORAUSSETZUNGEN	19
2. STREITGEGENSTAND	20
3. GELTUNGSBEREICH DES KARTELLGESETZES	21
3.1 SACHLICHER GELTUNGSBEREICH	21
3.3 RÄUMLICHER GELTUNGSBEREICH	22
3.4 VORBEHALTENE VORSCHRIFTEN	22
4. VERFAHRENSANTRÄGE	23
4.1 BEIZUG DER VORINSTANZLICHEN AKTEN UND NICHTOFFENLEGEN VON GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN	23
4.2 UNVERWERTBARKEIT DER BEI DER HAUSDURCHSUCHUNG IN PFÄFFIKON BESCHLAGNAHMEN UNTERLAGEN	25
FORMELLE RÜGEN	26
5. FORMELLE RÜGEN ZU DEN ÖKONOMISCHEN ANALYSEN DER VORINSTANZ	26
5.1 RÜGE DER FEHLENDEN MÖGLICHKEIT ZUR STELLUNGNAHME ZU DEN ÖKONOMISCHEN ANALYSEN	26
5.2 RÜGE DER MANGELNDEN NACHVOLLZIEHBARKEIT DER ÖKONOMISCHEN ANALYSEN	27
6. BEWEISLAST, BEWEISMASS UND BEWEISWÜRDIGUNG	31
MATERIELLE RECHTSLAGE	34
7. BEZUG ZUM EU-KARTELLRECHT UND ZU DEN HORIZONTALLEITLINIEN	34
8. ART. 4 ABS. 1 KG	36
8.1 BEURTEILUNGSZEITRAUM/UNTERSUCHUNGSRELEVANTER ZEITRAUM	36
8.2 VEREINBARUNG BZW. GESAMTKONSENS NACH ART. 4 ABS. 1 KG	37
8.2.1 Sachverhaltliche Aspekte	37
8.2.1.1 Zum MA- und EO-System insgesamt (vgl. auch Bst. A.j.a ff.)	37
8.2.1.2 Die Marktabklärungslisten (MA-Listen oder MAL)	44
8.2.1.3 Die Hagedorn-Listen (HA-Listen oder HAL)	48
8.2.1.4 Die konsolidierte Marktabklärungsliste (kons. MAL)	49
8.2.1.5 Der Datensatz Offertöffnungsprotokolle (DOP)	51
8.2.1.6 Die Eigenoffert-Listen (EO-Listen oder EOL)	51
8.2.2 Grundlagen	54
8.2.3 Standpunkte der Vorinstanz	57

8.2.4 Vorbringen der Beschwerdeführerin und Würdigung der Rügen zur Gesamtabrede insgesamt	58
8.2.5 Vorliegen eines sachlichen Gesamtkonsenses	64
8.3 WETTBEWERBSPARAMETER AUF DER STUFE VON ART. 4 ABS. 1 KG	71
8.4 BEZWECKTE ODER BEWIRKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG	73
8.4.1 Grundlagen	73
8.4.2 Standpunkte der Vorinstanz	75
8.4.3 Vorbringen der Beschwerdeführerin und Würdigung	76
8.5 MARKTABGRENZUNG	79
8.6 FAZIT ZU ART. 4 ABS. 1 KG	79
9. UNZULÄSSIGE WETTBEWERBSABREDE NACH ART. 5 KG	80
9.4 ERHEBLICHE BEEINTRÄCHTIGUNG DES WETTBEWERBS	81
9.4.3 Qualitative Kriterien der Erheblichkeit - Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m Abs. 1 KG	82
9.4.3.6 Standpunkte der Vorinstanz	85
9.4.3.7 Vorbringen der Beschwerdeführerin und Würdigung	86
9.5 RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE (ART. 5 ABS. 2 KG)	90
9.6 FAZIT ZU ART. 5 KG	91
9.7 NUTZUNG DER INFORMATIONEN AUS DEM MA-SYSTEM – VERANSCHAULICHT AM BEISPIEL DER MA 2009_16 (SITZUNG VON 16. APRIL 2009)	91
9.7.3 Umsetzungshandlungen im Einklang mit den Handnotizen auf der MA 2009_16.....	92
9.7.3.2 Sechs Umsetzungshandlungen der Handnotizen im Beurteilungszeitraum	93
9.7.3.3 Projekt G) „[...]“	97
9.7.3.4 Zwei Umsetzungshandlungen der Handnotizen nach dem Untersuchungszeitraum	99
9.7.3.5 Zusammenfassendes Zwischenfazit	100
9.7.4 Sitzungsteilnahme der acht Unternehmen am 16. April 2009 zur MA 2009_16	101
9.7.5 Fazit	103
10. VERWIRKUNG UND VERJÄHRUNG	103
10.10 SITZUNGSPLANUNG/TEILNAHME SITZUNGEN	107
10.11 DAS MA-SYSTEM	108
10.12 DAS EO-SYSTEM	110
10.13 FAZIT	111
11. SANKTIONIERUNG	111
11.1 STANDPUNKTE DER VORINSTANZ.....	111
11.2 VORBRINGEN DER BESCHWERDEFÜHRERIN	112
11.3 ALLGEMEINES/VORWERFBARKEIT	113
11.4 SANKTIONSBEMESSUNG	114
11.4.2 Basisumsatz	115
11.4.3 Basisbetragssatz.....	118
11.4.4 Zuschlag für Dauer	124
11.4.5 Erschwerungs- und Milderungsgründe.....	126
11.4.6 Verhältnismässigkeit.....	128
11.4.7 Sanktionsreduktion aufgrund langer Verfahrensdauer	129
12. AUFERLEGUNG VON VERHALTENSPFLICHTEN	130
13. KOSTEN DES VORINSTANZLICHEN VERFAHRENS	133

14. KOSTEN DES BESCHWERDEVERFAHRENS UND PARTEIENTSCHÄDIGUNG135

DEMNACH ERKENNT DAS BUNDESVERWALTUNGSGERICHT:137

Sachverhalt

A. Vorinstanzliches Verfahren

A.a Gestützt auf die Resultate einer ökonomischen Studie eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 15. April 2013 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) betreffend allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Untersuchungsgebiet der Bezirke See-Gaster im Kanton St. Gallen sowie der Bezirke March und Höfe im Kanton Schwyz (nachfolgend: Untersuchungsgebiet). Diese Wettbewerbsabreden betrafen die Koordination von Submissionen sowie die Aufteilung von Bauprojekten bzw. Kunden der folgenden Gesellschaften (nachfolgend: Untersuchungsadressatinnen; vgl. act. [...], amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] vom 23. April 2013, Nr. 77 sowie im Bundesblatt vom 30. April 2013 [BBI 2013 2999]; Sanktionsverfügung betreffend Bauleistungen See-Gaster wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG vom 8. Juli 2016, Untersuchung 22-0438, Rz. 47 f.: nachfolgend: Verfügung oder Sanktionsverfügung):

- ANOBA Holding AG, Neuhaus (nachfolgend: ANOBA),
- Oberholzer Bauleistungen AG, Neuhaus (nachfolgend: Oberholzer),
- Oberholzer Immobilien AG, Neuhaus (nachfolgend: Oberholzer),
- Bernet Bau AG, Gommiswald (nachfolgend: Bernet Bau),
- De Zanet AG, Kaltbrunn (nachfolgend: De Zanet),
- Hagedorn AG, Meilen (nachfolgend: Hagedorn oder Beschwerdeführerin),
- Implenia Schweiz AG, Dietlikon (nachfolgend: Implenia; Rechtsvorgängerin Batigroup),
- Walo Bertschinger AG, St. Gallen (nachfolgend: Walo).

Am 16. April 2013 und teilweise am Folgetag nahm das Sekretariat gestützt auf Art. 42 Abs. 2 KG Hausdurchsuchungen u.a. bei der Hagedorn vor (Verfügung Rz. 49 f.). Es klärte die betroffenen Untersuchungsadressatinnen zu Beginn der Hausdurchsuchungen über ihre Rechte inklusive der Möglichkeit einer Selbstanzeige und deren Bedeutung auf. Das Sekretariat

beschlagnahmte an den Hausdurchsuchungen auch Gegenstände gemäss den entsprechenden Protokollen. Zudem stellte es elektronische Daten sicher (Verfügung Rz. 49 f.).

In der Folge erklärten sich *zwei* Untersuchungsadressatinnen (die Implenia als erste Selbstanzeigerin und die Walo als zweite Selbstanzeigerin) zur Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden bereit und reichten beim Sekretariat *Selbstanzeigen* gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) ein (Verfügung Rz. 54 f. m.H).

A.b Am 21. Oktober 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf folgende zwei Gesellschaften aus (vgl. act. [...], amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] vom 5. November 2013, Nr. 214 sowie act. [...], Bundesblatt vom 5. November 2013 [BBl 2013 8427]; Verfügung Rz. 56 f.):

Toller Unternehmungen AG, Rapperswil (nachfolgend: Toller),

Gebr. P. und J. Reichmuth AG, Freienbach (nachfolgend: Reichmuth).

Bei beiden Unternehmen wurden ebenfalls Hausdurchsuchungen vorgenommen (act. [...] ff.).

A.c Das Sekretariat stellte den Untersuchungsadressatinnen elektronische Kopien der als Bookmark qualifizierten Dokumente zu. Sämtliche Untersuchungsadressatinnen mit Ausnahme der Reichmuth nahmen Stellung, wobei das Sekretariat einige Bookmarks aufgrund der Stellungnahmen als nicht relevant erachtete und aussonderte (Verfügung Rz. 58 f.).

A.d Am 7. November 2013 reichte das Sekretariat bei den Kantonen St. Gallen und Schwyz Amtshilfegesuche ein, deren Gegenstand die Offertöffnungsprotokolle im Bereich Strassen- und Tiefbau und die entsprechenden Vergabeentscheide für die Periode 2004 bis 2013 waren. Daraufhin stellte das Sekretariat bei den Gemeinden der Bezirke See-Gaster, March und Höfe Amtshilfegesuche. Es verzichtete auf Amtshilfegesuche bei kleinen Gemeinden (Verfügung Rz. 60 f.). Aus den eingereichten Offertöffnungsprotokollen erstellte das Sekretariat den *Datensatz Offertöffnungsprotokolle (DOP)*, welcher einen Überblick über die öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet bietet (Verfügung Rz. 62; 754 ff.; vgl. E. 8.2.1.5).

A.e Zwischen November 2013 und Juni 2014 fanden Einvernahmen mit verschiedenen Untersuchungsadressatinnen und den beiden Selbstanzeigerinnen statt. Am 22. Januar 2014 stellte das Sekretariat allen Untersuchungsadressatinnen gestützt auf Art. 40 KG einen ersten Fragebogen (Fragebogen I) betreffend die *Eigenofferten (EO)* zu. Alle Untersuchungsadressatinnen erhielten einen zweiten Fragebogen (Fragebogen II) hinsichtlich der *Marktabklärungen (MA)* am 27. Mai 2014. Das Sekretariat stellte der Reichmuth, der Oberholzer, der Hagedorn und der Walo aufgrund von Unklarheiten in den Antworten des Fragebogens II Rückfragen. Anfangs September 2014 erhielten alle Untersuchungsadressatinnen einen dritten Fragebogen (Fragebogen III) in Bezug auf die Klärung der *Konzernverhältnisse* (Verfügung Rz. 64 ff.). Im März und im April 2015 führte das Sekretariat weitere Einvernahmen durch. Die Untersuchungsadressatinnen hatten die Möglichkeit, an den Einvernahmen der anderen Untersuchungsadressatinnen (nicht aber bei den Selbstanzeigerinnen) anwesend zu sein und der einvernommenen Person Fragen zu stellen. Am 19. März 2015 stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressatinnen die Protokolle der Einvernahmen in elektronischer Form zu, worauf die Reichmuth, die Oberholzer und die Toller schriftlich zu den Einvernahmen sowie zum vorläufigen Beweisergebnis Stellung nahmen. Die Walo und die Implenia nahmen im Rahmen der Bonusmeldung Stellung (Verfügung Rz. 67 f.).

Am 15. Dezember 2014 gewährte das Sekretariat den Untersuchungsadressatinnen, nach Bereinigung der Akten um Geschäftsgeheimnisse, in elektronischer Form Akteneinsicht (act. [...] [...]). Davon ausgenommen waren die Akten der Selbstanzeigedossiers (Verfügung Rz. 69). Das Sekretariat versandte den Parteien am 15. Mai 2015 zwei Datensätze (*Datensätze Offertöffnungsprotokolle [DOP]* und *konsolidierte Marktabklärungslisten [MAL]*) als pdf- und als Excel-Dateien. Am 18. September 2015 gewährte das Sekretariat den Untersuchungsadressatinnen erneut in elektronischer Form Akteneinsicht (act. [...] [...]) mit Ausnahme der Akten aus den Selbstanzeigedossiers (Verfügung Rz. 70-72).

A.f Das Sekretariat führte mit allen Untersuchungsadressatinnen Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (nachfolgend: EVR). Die Bernet Bau, die Walo und die De Zanet schlossen eine EVR ab (Verfügung Rz. 73).

A.g Am 20. Januar 2016 stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressatinnen den *Verfügungsantrag* (act. [...], Antrag) zu. Zugleich gewährte

das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in die neuen Verfahrensakten, soweit diese nicht Informationen der Selbstanzeigerinnen enthielten. Die Unterlagen der Selbstanzeigerinnen konnten in den Räumlichkeiten der Wettbewerbsbehörden eingesehen werden. In solche Akten nahmen die Toller, die Implenja, die Reichmuth, die Oberholzer und die Walo Einsicht. Auch in die seit dem 20. Januar 2016 neu hinzugekommenen Akten konnte fortlaufend Einsicht genommen werden (Verfügung Rz. 75).

A.h Die Beschwerdeführerin reichte am 28. April 2016 ihre Stellungnahme zum Verfügungsantrag ein (act. [...]; nachfolgend: Stellungnahme zum Antrag; Verfügung Rz. 89-94 mit Verfahrensanträgen). Als einzige Untersuchungsadressatin verzichtete die De Zanet auf eine Stellungnahme zum Verfügungsantrag (Verfügung Rz. 76; zu den Stellungnahmen der anderen Parteien Rz. 77-99 und Rz. 107-113).

Die Beschwerdeführerin machte insbesondere geltend, dass die Gesamtabrede nicht ausreichend bewiesen sei. Gemäss Überprüfung durch Swiss Economics seien die ökonomischen und statistischen Argumente des Sekretariats nicht plausibel. Die rechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Gesamtabrede seien nicht erfüllt. Schliesslich unterlägen die bei der Hausdurchsuchung in Pfäffikon beschlagnahmten Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot und dürften nicht verwendet werden (Verfügung Rz. 89-94).

Daneben reichte die Beschwerdeführerin zusammen mit Toller, Reichmuth und Oberholzer ein *Gutachten von Swiss Economics* als Beilage der Stellungnahme zum Antrag ein (act. [...] Beilage 1; nachfolgend: Swiss Economics-Gutachten). Das Parteigutachten legt dar, erstens habe eine allfällige Abrede eher bis März 2008 als bis Juni 2009 gedauert und zweitens müssten die Veränderungen im Bieterverhalten durch andere Ursachen verursacht worden sein. Ebenfalls bestreiten die Parteien die Erfolgsquote. Auf Wunsch der vier Gesellschaften hat ein Vertreter von Swiss Economics das Parteigutachten der WEKO an der Anhörung vom 20. Juni 2016 mündlich vorgestellt (Verfügung Rz. 114 f.; 834 ff., 842 ff.).

A.i Mit *Verfügung vom 8. Juli 2016* betreffend die Untersuchung „22-0438: Bauleistungen See-Gaster“ sanktionierte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Vorinstanz oder WEKO) acht Strassen- und Tiefbauunternehmen, darunter auch die Beschwerdeführerin, wegen Submissionsabreden gem. Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Art. 5 Abs.1 KG.

Das *Dispositiv* der Verfügung vom 8. Juli 2016 lautete:

1. Hagedorn AG, OBERHOLZER Bauleistungen AG, OBERHOLZER Immobilien AG, Implenia Schweiz AG, Gebr. P. und J. Reichmuth AG, Reichmuth Bauunternehmung AG, und Toller Unternehmungen AG

1.1 wird untersagt, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;

1.2 wird untersagt, sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit

a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie

b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer;

1.3 werden verpflichtet, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit von ihr erbrachten Strassen- und Tiefbauleistungen gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Offerteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken sollen, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt.

2. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen und Bernet Bau AG mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 19. Juni 2015 (im Fall der Walo Bertschinger AG und der Bernet Bau AG) bzw. vom 10. September 2015 (im Fall der De Zanet AG):

2.1 Die [De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen, Bernet Bau AG] verpflichtet sich, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten.

2.2 Die [De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen, Bernet Bau AG] verpflichtet sich, sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist - oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung - nicht über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen.

2.3 Von den Verpflichtungen ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.

2.4 Die [De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen, Bernet Bau AG] verpflichtet sich, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit von ihr erbrachten Strassen- und Tiefbauleistungen gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Offerteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt.

3. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Gesamtabrede mit folgenden Beträgen belastet werden:

3.1 De Zanet AG mit einem Betrag von CHF [...].

3.2 Hagedorn AG mit einem Betrag von CHF [2.3-2.5 Mio.] sowie zusätzlich, unter solidarischer Haftung gemeinsam mit Bernet Bau AG, mit einem Betrag von CHF [77 % des Sanktionsbetrags der Bernet Bau AG].

3.3 OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie OBERHOLZER Immobilien AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF [0.3–0.5 Mio.].

3.4 Implenia Schweiz AG mit einem Betrag von CHF 0.

3.5 Walo Bertschinger AG St. Gallen mit einem Betrag von CHF [0.2–0.4 Mio.].

3.6 Gebr. P. und J. Reichmuth AG und Reichmuth Bauunternehmung AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF [0.7-0.9 Mio.].

3.7 Toller Unternehmungen AG mit einem Betrag von CHF [0.4-0.6 Mio.].

3.8 Bernet Bau AG gesamthaft mit einem Betrag von CHF [0.1-0.3 Mio.] wobei sie davon [77 % ihres Sanktionsbetrags] unter solidarischer Haftung mit der Hagedorn AG trägt.

4. Gegenüber der ANOBA Holding AG wird die Untersuchung eingestellt.

5. Der Antrag der Hagedorn AG auf Entfernung aller anlässlich der Hausdurchsuchung am 16. April 2013 bei der Hagedorn AG in der Industriestrasse 4, 8808 Pfäffikon, beschlagnahmten Unterlagen aus den Verfahrensakten wird abgewiesen.

[Ziff. 6 – 15 Anträge der OBERHOLZER und der Toller]

16. Die Verfahrenskosten betragen CHF 977'567 und werden folgendermassen auferlegt:

16.1 De Zanet AG trägt CHF 0.

16.2 Hagedorn AG trägt CHF 131'943, wobei sie zusätzlich zu ihrem Kostenanteil CHF 81'582 unter solidarischer Haftung mit der Bernet Bau AG zu tragen hat.

16.3 OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie OBERHOLZER Immobilien AG tragen unter solidarischer Haftung CHF 131'943.

16.4 Implenia Schweiz AG trägt CHF 131'943.

16.5 Walo Bertschinger AG St. Gallen trägt CHF 105'950.

16.6 Gebr. P. und J. Reichmuth AG und Reichmuth Bauunternehmung AG tragen unter solidarischer Haftung CHF 131'943.

16.7 Toller Unternehmungen AG trägt CHF 131'943.

16.8 Bernet Bau AG trägt insgesamt CHF 105'950, wobei sie davon CHF 81'582 unter solidarischer Haftung mit Hagedorn AG trägt.

17. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten oder gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

18. Diese Verfügung ist zu eröffnen:

[Die Verfügung nennt alle Verfügungsadressaten samt ihren Rechtsvertretern. Hier ist bloss die Beschwerdeführerin abzubilden]

- Hagedorn AG, Rainstrasse 4, 8706 Meilen,
vertreten durch: RA Dr. iur. Franz Hoffet, RA Martin Thomann, Homburger AG, Prime Tower, Hardstrasse 201, 8005 Zürich.

A.j Sachverhalt gemäss der angefochtenen Verfügung

A.j.a Die *angefochtene Verfügung* legt im Wesentlichen dar, dass die acht Unternehmen an den sogenannten Marktabklärungs-Sitzungen (nachfolgend: MA-Sitzungen) ihre Zusammenarbeit im Rahmen eines Marktabklärungssystems (MA-System) bzw. Submissionslistensystems (vor 2002) und eines Eigenoffertlistensystems (EO-System) besprochen haben. Beim MA-System (vgl. E. 8.2.1.1 und 8.2.1.2) ist es um öffentliche und grössere

von Privaten ausgeschriebene Projekte gegangen (Verfügung Rz. 280 ff., 856), wohingegen es sich beim EO-System (vgl. E. 8.2.1.6) um kleinere von Privaten vergebene Projekte gehandelt hat (Verfügung 864 ff.). Sowohl im MA- wie auch im EO-System sind die im Raum stehenden Projekte auf den entsprechenden Listen (Marktabklärungslisten [MA-Listen oder MAL] bzw. Eigenoffertlisten [EO-Listen oder EOL]) erfasst worden. Nach Feststellungen der Vorinstanz haben die De Zanet die aktualisierten MAL und die Implenia die aktualisierten EOL vor den Sitzungen, welche alle zwei bis vier Wochen stattfanden (Verfügung Rz. 289, 309 f. mit Sitzungsplan in Tabelle 1), an die acht Unternehmen versandt (Verfügung Rz. 312, 864).

A.j.b Auf den *MA-Listen* haben die acht Unternehmen jeweils ihr Interesse an Projekten gegenüber den anderen sieben Unternehmen mittels Sterne (grosses Interesse = „**“ oder „A*“/ kleineres Interesse = „*“, „A“ oder „B“) kundgetan (Verfügung Rz. 575 f.; E. 8.2.1.2.2). Die MA-Listen haben keine Informationen über Schutzzuteilungen ausgewiesen. Die Vorinstanz legt dar, dass die Unternehmen in einer früheren Etappe von 1977-2002 (also vor dem Untersuchungszeitraum) noch festgehalten haben, welches Unternehmen „Schutz gab“ oder „Schutz erhielt“ (Verfügung Rz. 150 ff., 231 Abbildung 13, Rz. 230 Abbildung 11, 546). Diese Tatsachen aus der früheren Etappe erachtete die Vorinstanz für das Verständnis und die Beweiswürdigung im untersuchungsrelevanten Zeitraum von Bedeutung (Verfügung Rz. 119 ff., 150). In der untersuchungsrelevanten Etappe hätte dasjenige Unternehmen, welches das höchste Interesse an einem Projekt geltend gemacht habe, im Nachhinein den Schutz separat organisieren müssen („Lead-Unternehmen“; Verfügung Rz. 550 f., 672), sofern die acht Unternehmen nicht die „Freigabe“ über ein Projekt entschieden hatten (Verfügung Rz. 661 f., 672, 1073).

A.j.c Die *EO-Listen* haben die acht Unternehmen ständig um ihre Eigenofferten (EO) ergänzt. EO haben private Bauherren bei kleineren Aufträgen (z. B. für einen Garagenvorplatz) verlangt (Verfügung Rz. 864 ff., 871 ff.; vgl. E. 8.2.1.6). Im Kontext mit dem EO-System meldete das Unternehmen, das eine EO zuerst erstellte, diese für die EO-Liste. So wussten die anderen sieben Unternehmen, falls ein Bauherr sie zu einem späteren Zeitpunkt betreffend dasselbe Projekt um eine EO anfragte, dass sie eine höhere EO als das ersteinreichende Unternehmen vorzulegen hatten (Verfügung Rz. 903, 990, 1078).

A.j.d Auf den Listen der Hagedorn (HA-Listen bzw. HAL; E. 8.2.1.3) führte die Hagedorn über alle Projekte, für welche sie eine Offerte eingereicht

hatte, bis zum Abschluss des Untersuchungszeitraums „Buch“. Die HA-Listen haben im Gegensatz zu den MA-Listen auch Auskunft über Schutzzuweisungen „S“ (ab 2009 wurde „I“ für Schutz verwendet), Teilschutzzuweisungen „TS“ (ab 2009 wurde „TI“ für Teilschutz verwendet) und „Freigaben“ (ab 2009 das Wort „OFFEN“) gegeben (Verfügung Rz. 681 ff.). Die Bezeichnung „TS“ oder „TI“ wurde verwendet, wenn die acht Unternehmen wussten, dass ebenfalls ein drittes Unternehmen mitbieten würde, das sich nicht an der Projektabsprache beteiligte. Dies war häufig bei der mittlerweile aufgelösten Awestra bzw. Westrag, welche die acht Unternehmen als aggressive Konkurrentin bezeichneten, der Fall. Diese hat oft die acht Unternehmen unterboten (Verfügung Rz. 711, 780, 1282, 1298).

A.j.e Des Weiteren hatte das Sekretariat die öffentlichen Ausschreibungen im Untersuchungsgebiet statistisch erfasst und den „Datensatz Offertöffnungsprotokolle“ (nachfolgend: DOP; vgl. E. 8.2.1.5 aus den ihm vorliegenden strassen- und/oder tiefbaubezogenen Offertöffnungsprotokollen und Vergabeentscheiden der Kantone St. Gallen und Schwyz sowie der Gemeinden im Untersuchungsgebiet der Jahre 2004-2013 erstellt (vgl. Verfügung Rz. 60 ff., 754 ff.; vgl. Bst. A.d hiavor).

A.j.f Zudem fertigte das Sekretariat aus den rund 90 MA-Listen einen zweiten Datensatz, die „konsolidierte MAL“ (nachfolgend: kons. MAL; E. 8.2.1.4) an (Verfügung Rz 760 ff., 763 ff.).

A.k Angefochtene Verfügung – Subsumtion

A.k.a Dieses Vorgehen im Rahmen des MA-Systems sowie des EO-Systems beurteilte die Vorinstanz als eine Gesamtabrede (Vereinbarung) gemäss Art. 4 Abs. 1 KG (Verfügung Rz. 1194 ff., 1198-1203, 8.2.3) bzw. eventualiter als abgestimmte Verhaltensweise (Verfügung Rz. 1204; E. 8.2.3.1). Die Vorinstanz bejahte sowohl ein Bezwecken wie auch ein Bewirken gem. Art. 4 Abs. 1 KG (Verfügung Rz. 1209; 8.4.2). Des Weiteren schloss die WEKO auf eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern gem. Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG (Verfügung Rz. 1266-1304, 1451 ff.). Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz verneinte die Vorinstanz (Verfügung Rz. 1305-1313).

Im Ergebnis folgerte die Vorinstanz, dass die acht Unternehmen infolge Beteiligung an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren seien.

A.k.b Soweit die acht Unternehmen bzw. deren Unternehmensträgerinnen keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, was u.a. auch für die Beschwerdeführerin gilt, hat die Vorinstanz diese zu einem Verhalten verpflichtet, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden (Verfügung Rz. 1325, Dispositiv Ziff. 1).

A.k.c Die Vorinstanz auferlegte der Beschwerdeführerin eine Sanktion von CHF [2.3-2.5 Mio.] sowie zusätzlich, unter solidarischer Haftung gemeinsam mit Bernet Bau AG, einen Betrag von CHF [77 % des Sanktionsbetrags der Bernet Bau AG]. Die Implenia ging als erste Selbstanzeigerin sanktionsfrei aus (Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG; vgl. Verfügung, Rz. 1410 f.). Der zweiten Selbstanzeigerin, der Walo, gewährte die Vorinstanz gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 12 ff. SVKG eine Reduktion der Sanktion im Umfang von 45% (vgl. Verfügung, Rz. 1413 ff.; zu den Sanktionsbeträgen der anderen Unternehmen, vgl. Dispositiv Ziff. 3).

B. Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht

B.a Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 erhob die Beschwerdeführerin am 4. November 2016 *Beschwerde* (nachfolgend: Beschwerde) an das Bundesverwaltungsgericht. Der Beschwerdeschrift lagen drei Beilagen bei (1: angefochtene Verfügung; 2: Beleg des Eingangs der angefochtenen Verfügung; 3: Swiss Economics-Zusatzanalyse vom 4. November 2016; nachfolgend: Swiss Economics-Zusatzanalyse).

Die Beschwerdeführerin stellte folgende Anträge:

- 1) Es seien Ziff. 1 (soweit die Beschwerdeführerin betreffend), 3.2, 5 und 16.2 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. Juli 2016 in Sachen Untersuchung 22-0438 betreffend Bauleistungen See-Gaster aufzuheben und es sei die Untersuchung 22-0438 ohne Folgen für die Beschwerdeführerin einzustellen.
- 2) *Eventualiter* sei Ziff. 3.2 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. Juli 2016 in Sachen Untersuchung 22-0438 betreffend Bauleistungen See-Gaster aufzuheben und es sei davon abzusehen, der Beschwerdeführerin eine Sanktion aufzuerlegen.
- 3) *Subeventualiter* sei die in Ziff. 3.2 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. Juli 2016 in Sachen Untersuchung 22-0438 betreffend Bauleistungen See-Gaster der Beschwerdeführerin auferlegte Sanktion angemessen zu reduzieren.
- 4) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.

und folgende Verfahrensanhträge:

- 1) Die Akten der Vorinstanz seien für das vorliegende Beschwerdeverfahren beizuziehen.
- 2) Es seien sämtliche Unterlagen, welche anlässlich der Hausdurchsuchung bei der Beschwerdeführerin in Pfäffikon beschlagnahmt wurden, im Beschwerdeverfahren nicht zu beachten und aus dem Recht zu weisen.
- 3) Alle Informationen und Beilagen, welche als Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet sind, seien als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und Dritten weder während des Verfahrens noch im Fall einer Entscheidpublikation zugänglich zu machen.
- 4) Im Falle einer Entscheidpublikation sei der Publikationstext vorgängig der Publikation der Beschwerdeführerin vorzulegen, damit sie diesen auf Geschäftsgeheimnisse prüfen kann.

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, das vorliegende Verfahren hätte in Folge Verjährung eingestellt werden müssen. Weiter sei die von der Vorinstanz behauptete Gesamtabrede zwischen den Verfahrensparteien inkonsistent mit den Feststellungen der Vorinstanz, wonach es nur punktuell zu Individualabreden gekommen sein soll. Die rechtlichen Voraussetzungen für eine Gesamtabrede seien nicht erfüllt. Zudem beanstandet sie Berechnung und Höhe der verhängten Sanktion.

Die Toller (B-6849/2016) und die Oberholzer (B-6844/2016) reichten ebenfalls Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht ein. Eine weitere Verfügungsadressatin hat ihre Beschwerde im Frühling 2020 zurückgezogen (Verfahren B-6998/2016; vgl. Bst. B.i, insb. B.i.f).

B.b Am 21. November 2016 leistete die Beschwerdeführerin innert Frist ihren Kostenvorschuss von Fr. 22'000.–.

B.c Am 6. März 2017 reichte die Vorinstanz innert erstreckter Frist ihre Vernehmlassung ein. Der Vernehmlassung waren sowohl ein von Geschäftsgeheimnissen bereinigtes Aktenverzeichnis sowie ein USB-Stick mit den vorinstanzlichen Akten, welche ebenfalls von Geschäftsgeheimnissen bereinigt waren, beigelegt. Daneben stellte die Vorinstanz auf einem weiteren passwortverschlüsselten Stick sämtliche Akten mit Geschäftsgeheimnissen inklusive Selbstanzeigen und einem Aktenverzeichnis zur Verfügung.

In ihrer Vernehmlassung stellte die Vorinstanz den folgenden Antrag:

Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

– unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin –

B.d Am 22. Mai 2017 reichte die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist ihre Replik mit unveränderten Rechtsbegehren und Verfahrensanhängen ein.

B.e Am 23. August 2017 reichte die Vorinstanz ihre Duplik innert erstreckter Frist ein.

B.f Am 28. September 2017 reichte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme zur Duplik ein.

B.g Mit Verfügung vom 29. September 2017 schloss der Instruktionsrichter den Schriftenwechsel, wobei er festhielt, dass weitere Instruktionsmassnahmen vorbehalten blieben.

B.h

B.h.a Mit Verfügung vom 6. März 2019 erachtete es der Instruktionsrichter aufgrund einer unaufgeforderten beschwerdeführerischen Eingabe vom 4. März 2019 im Parallelverfahren B-6844/2016 als sachgerecht, die Vorinstanz in allen die See-Gaster-Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 betreffenden Beschwerdeverfahren um Stellungnahme zur Frage zu ersuchen, wie sich die vier Urteile zu den Aargauer Submissionsabsprachen vom 25. Juni 2018 (B-807/2012 *Erne*; B-771/2012 *Cellere*; B-829/2012 *Granella*; B-880/2012 *Umbricht*) in Bezug auf das Beweismass und die Definition der Gesamtabrede im vorliegenden Zusammenhang auswirkten.

B.h.b Am 29. April 2019 reichte die Vorinstanz ihre Stellungnahme zur Gesamtabrede ein (nachfolgend: Stellungnahme VI zur Gesamtabrede).

B.h.c Am 1. Juli 2019 reichte die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme zur Gesamtabrede ein (Stellungnahme BF zur Gesamtabrede).

B.h.d Mit Verfügung vom 4. Juli 2019 wurde der Schriftenwechsel geschlossen, wobei weitere Instruktionsmassnahmen vorbehalten blieben.

B.i Publikationsverfahren See-Gaster (B-6291/2017, B-6714/2017)

B.i.a Parallel zum vorliegenden Verfahren reichte eine andere Verfügungsadressatin der Sanktionsverfügung See-Gaster, bestehend aus Mutter- und Tochtergesellschaft (Xy_____AG und Xz_____AG), gegen die *Publikation der Sanktionsverfügung See-Gaster* und die Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Nach zahlreichen Schriftenwechseln erlaubte der Instruktionsrichter vorsorglich mit Zwischenverfügungen vom 12. März und 18. April 2018 in den vereinigten Verfahren B-6291/2017, B-6714/2017 (Zwischenverfügungen Publikation See-Gaster), die Sanktionsverfügung See-Gaster in ihrer „Internetversion BVGer II“, in welcher mehrere strittige Anliegen abgedeckt waren, auf der Internetseite der WEKO zu publizieren.

B.i.b Mit Beschwerde vom 16. April 2018 hat die Xz_____AG die Zwischenverfügung vom 12. März 2018 im Verfahren B-6291/2017, B-6714/2017 beim Bundesgericht angefochten, um die Publikation der Sanktionsverfügung See-Gaster in ihrer Internetversion auf der Homepage der WEKO zu verhindern. Mit Verfügung vom 8. Mai 2018 im Verfahren 2C_321/2018 hiess das Bundesgericht ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Xz_____AG teilweise gut und erlaubte die Publikation der Sanktionsverfügung in einer leicht modifizierten Version, der „Internetversion BGer“. Demnach publizierte die WEKO am 17. Mai 2018 die Sanktionsverfügung See-Gaster in der Fassung „Internetversion BGer“ auf ihrer Homepage. Diese Version der Internetversion BGer ist noch immer online <https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2018/Bauleistungen%20See-Gaster_Verf%C3%BCgung%20-vom%208.%20Juli%202016.pdf.download.pdf/Sanktionsverf%C3%BCgung%20v.%208.7.2016_See-Gaster_Internetversion.pdf, abgerufen am 24.11.2025). Mit Urteil 2C_321/2018 vom 7. August 2018 trat das Bundesgericht auf die Beschwerde der Xz_____AG vom 16. April 2018 betreffend die vorsorgliche Publikation der Sanktionsverfügung in ihrer Internetversion nicht ein.

B.i.c Nach weiteren zahlreichen Schriftenwechseln, welche die Publikation der Sanktionsverfügung in ihrer Publikationsversion in der RPW/DPC zum Gegenstand hatten, erlaubte das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil *Publikation See-Gaster* vom 25. Juni 2019 im Verfahren B-6291/2017, B-6714/2017 unter teilweiser Gutheissung der Beschwerden bzw. einzelner Abdeckungsanträge, die „Publikationsversion BVGer“ der Sanktionsverfügung See-Gaster in der RPW/DPC zu publizieren (vgl. E. 4.1.3 ff.).

B.i.d Die Xz_____AG erhob auch gegen das Urteil vom 25. Juni 2019 im Verfahren B-6291/2017, B-6714/2017 am 5. August 2019 Beschwerde beim Bundesgericht.

B.i.e Mit Urteil 2C_690/2019 vom 11. Februar 2020 bestätigte das Bundesgericht das Urteil vom 25. Juni 2019 im Verfahren B-6291/2017, B-6714/2017 vollumfänglich und erlaubte die Publikation der Sanktionsverfügung in der Fassung „*Publikationsversion BVGer*“. Die WEKO publizierte daraufhin die Sanktionsverfügung See-Gaster in der Form der „*Publikationsversion BVGer*“ in der RPW 2020/3a S. 880 ff. In dieser RPW-Version der Sanktionsverfügung sind mehr Text und Graphiken als in der am 17. Mai 2018 auf der Homepage der WEKO publizierten „Internetversion BGer“ offengelegt (vgl. gerade oben Bst. B.i.b).

B.i.f Die Xy_____AG und Xz_____AG zogen am 14. April 2020 ihre Beschwerde im Verfahren betreffend die materielle Beurteilung der Sanktionsverfügung See-Gaster zurück, weshalb das Verfahren B-6998/2016 am 21. April 2020 abgeschlossen werden konnte.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVGE 2007/6 E. 1).

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche von einer der in Art. 33 VGG genannten Vorinstanzen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist. Die WEKO stellt als eidgenössische Kommission eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG dar. Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor (vgl. statt vieler Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 1.1 *Submissionsabreden Aargau-Erne*).

Die Beschwerdeführerin hat als Partei am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. In der angefochtenen Verfügung vom 8. Juli 2016 wird sie wegen Teilnahme an unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert. Sie ist daher durch die angefochtene Sanktionsverfügung besonders berührt und hat als Verfügungsadressatin ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. Urteile des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 1 *Swisscom WAN-Anbindung*; B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 11 *Swisscom ADSL II*). Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1 VwVG, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

1.2 Gemäss Art. 49 Bst. a-c VwVG kann die Beschwerdeführerin mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Bst. b) wie auch die Unangemessenheit rügen (Bst. c). Dem Bundesverwaltungsgericht kommt volle Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 12 ff. und Art. 49 Bst. b VwVG; vgl. BGE 139 I 72 E. 4 *Publigroupe*; Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 2.2 *Siegenia-Aubi*). Demnach hat das Bundesverwaltungsgericht die für

das Verfahren fehlenden rechtserheblichen Tatsachen grundsätzlich selbst zu ermitteln und alle damit zusammenhängenden notwendigen Beweise zu erheben (vgl. Urteil 2C_1016/2014 E. 2.2 *Siegenia-Aubi*; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.188 ff.; nachfolgend: MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER). Folglich bildet die Rückweisung an die untere Instanz die Ausnahme, um die Verfahren nicht unnötig zu verlängern (vgl. Urteil 2C_1016/2014 E. 2.2 *Siegenia-Aubi*).

2. Streitgegenstand

2.1 Die Beschwerdeparteien bestimmen den Streitgegenstand durch ihre Anträge. Das Anfechtungsobjekt bildet die angefochtene Verfügung, die den äusseren Rahmen zur Bestimmung des Streitgegenstands absteckt. Durch die Anträge der Parteien wird innerhalb dieses Rahmens der Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren bestimmt (vgl. BGE 133 II 35 E. 2; Urteile des BVGer vom 9. August 2021 betreffend Bauleistungen Graubünden: B-5119/2019 E. 2.1 *Centorame*; B-5161/2019 E. 2.1 *Strassenbau Graubünden Implenja*; B-5130/2019 E. 2.1 *Schlub*).

2.2 Die Beschwerdeführerin beantragt mit ihren materiellen Rechtsbegehren 1 bis 4 die Aufhebung der sie betreffenden Anordnungen der Vorinstanz in den Ziffern 1, 3.2, 5 und 16.2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sowie die Einstellung der der Untersuchung 22-0438 ohne Folgen für die Beschwerdeführerin. Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bilden somit die angeordneten Massnahmen der Vorinstanz (Dispositiv Ziff. 1), die Höhe der Sanktion nach Art. 49a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG (Dispositiv Ziff. 3), die Entfernung aller anlässlich der Hausdurchsuchung in Pfäffikon beschlagnahmten Unterlagen aus den Verfahrensakten (Dispositiv Ziff. 5) und die vorinstanzlichen Verfahrenskosten (Dispositiv Ziff. 16)

Eventualiter wird beantragt, Ziff. 3.2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und es sei davon abzusehen, der Beschwerdeführerin eine Sanktion aufzuerlegen. Subeventualiter wird beantragt, die in Ziff. 3.2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung auferlegte Sanktion angemessen zu reduzieren. Streitgegenstand sind vorliegend somit die materielle Beurteilung der Verfügung mit Fokus auf die Beurteilung der Gesamtabrede (E. 8 ff.) in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe (Verfügung Rz. 1) im beurteilungsrelevanten Zeitraum (vgl. E. 8.1), die Höhe der Sanktion gemäss Art. 49a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG

sowie die Höhe der Verfahrenskosten (Verfügung Rz. 1450 ff.; E. 11 ff.). In formeller Hinsicht bildet sodann die Frage der Entfernung aller anlässlich der Hausdurchsuchung in Pfäffikon beschlagnahmten Unterlagen aus den Verfahrensakten Streitgegenstand (vgl. E. 4.2).

3. Geltungsbereich des Kartellgesetzes

3.1 Sachlicher Geltungsbereich

In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz anwendbar auf Kartelle oder andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 2 Abs. 1 KG; Urteile des BVGer B-141/2012 vom 12. Dezember 2012 E. 2.3.1 *Estée Lauder*; B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 2.2.1 *BMW*). Gemäss der Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen werden sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben *kann*. Die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes sagt jedoch noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung aus. Es geht bloss darum, ob ein Sachverhalt überhaupt unter das Kartellrecht zu subsumieren ist (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 533; AMSTUTZ/GOHARI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellrecht, 2. Aufl. 2021, Art. 2 KG N 57 ff., nachfolgend: BSK KG – Bearbeiter). Die Beurteilung der Tatbestandsmerkmale von Art. 2 Abs. 1 KG setzt eine Bezugnahme zur Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG voraus. Allerdings dürfen die beiden Gesetzesbestimmungen in Art. 2 Abs. 1 KG und Art. 4 Abs. 1 KG nicht einander systematisch gleichgestellt werden (Urteil B-141/2012 E. 2.3.1 *Estée Lauder* m.H; BSK KG – AMSTUTZ/GOHARI, Art. 2 KG N 57 ff.). In Bezug auf den sachlichen Geltungsbereich ist damit zu prüfen, ob sachverhaltlich eine Konstellation gegeben ist, welche darauf hindeutet, dass eine Wettbewerbsabrede oder eine abgestimmte Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt (Urteil B-141/2012 E. 2.3.1 *Estée Lauder*). Daraus ergibt sich, dass im vorliegenden Fall der sachliche Geltungsbereich gegeben ist.

3.2 Persönlicher Geltungsbereich

Nach Art. 2 Abs. 1 KG setzt die Anwendung des Kartellgesetzes in persönlicher Hinsicht ein Handeln als Unternehmen voraus. Als Unternehmen gelten gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer

Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz folgt in Bezug auf den Unternehmensbegriff einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (Urteil B-807/2012 E. 3.1.1 *Aargau-Erne* m.H.; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, KG-Kommentar, 4. Aufl. 2025, Art. 2 KG N 4).

Im vorliegenden Fall ist das Kartellgesetz in persönlicher Sicht unbestrittenermassen anwendbar.

3.3 Räumlicher Geltungsbereich

In geographischer Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

Die Beschwerdeführerin hat ihren Sitz in der Schweiz. Ausserdem betreffen die oben beschriebenen Verhaltensweisen, nämlich die Projektausreibungen (MA-System) und Eigenofferten in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe, ausschliesslich die Schweiz. In geographischer Hinsicht ist das Kartellgesetz daher unbestrittenermassen anwendbar.

3.4 Vorbehaltene Vorschriften

Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind dem Kartellgesetz Vorschriften vorbehalten, soweit sie 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.

Im vorliegenden Fall ist unbestrittenermassen und praxisgemäss das Kartellgesetz neben dem bis Ende 2020 in Kraft gestandenen Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (aBöB, AS 1996 508) parallel anwendbar (BGE 141 II 66 E. 2.4.1 *Pfizer I*; Urteil des BGer 2C_698/2021 vom 5. März 2024 E. 4.1 *Swisscom WAN-Anbindung*; Urteil B-807/2012 E. 4 *Erne*; ROLF H. WEBER, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 3 KG, N 11, 109 ff., nachfolgend Bearbeiter, DIKE-KG; vgl. Verfügung Rz. 1097 ff.).

4. Verfahrensanträge

4.1 Beizug der vorinstanzlichen Akten und Nichtoffenlegen von Geschäftsgeheimnissen

4.1.1 Die Beschwerdeführerin beantragt (Verfahrensantrag 1), es seien die Akten der Vorinstanz für das vorliegende Verfahren beizuziehen. Dem ist das Gericht von Amtes wegen nachgekommen (Art. 57 Abs. 1 VwVG; vgl. Bst. B.c hiervor; Urteil B-5130/2019 E. 3 *Schlub*).

4.1.2 Die Beschwerdeführerin beantragt weiter (Verfahrensantrag 3), es seien alle Informationen und Beilagen, welche als Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet sind, als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und Dritten weder während des Verfahrens noch im Fall der Entscheidungspublikation zugänglich zu machen. Zudem beantragt die Beschwerdeführerin, es sei der Publikationstext im Falle einer Entscheidungspublikation vorgängig der Beschwerdeführerin vorzulegen, damit sie diesen auf Geschäftsgeheimnisse prüfen kann (Verfahrensantrag 4).

4.1.3 Die Publikation der Sanktionsverfügung See-Gaster bzw. die Publikationsverfügung See-Gaster vom 30. Oktober 2017 wurde von zwei Gesellschaften einer anderen Verfügungsadressatin im November 2017 angefochten. Das Bundesverwaltungsgericht erlaubte am 25. Juni 2019 mit dem Urteil *Publikation See-Gaster* im Verfahren B-6291/2017, B-6714/2017 unter teilweiser Gutheissung einzelner Abdeckungsanträge, die „Publikationsversion BVGer“ der Sanktionsverfügung See-Gaster in der RPW/DPC zu publizieren. Am 11. Februar 2020 wies das Bundesgericht (Urteil 2C_690/2019) eine gegen das Publikationsurteil See-Gaster des Bundesverwaltungsgerichts gerichtete Beschwerde ab, soweit es auf die Beschwerde eintrat. Die Publikation der Sanktionsverfügung in der Fassung „*Publikationsversion BVGer*“ erachtete es im Ergebnis als rechtskonform. Die WEKO publizierte daraufhin die Sanktionsverfügung See-Gaster in der Form der „*Publikationsversion BVGer*“ in der RPW/DPC 2020/3a S. 880 ff. (vgl. genauer zum Publikationsverfahren See-Gaster Bst. B.i).

4.1.4 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die Publikation der Sanktionsverfügung See-Gaster nicht angefochten. Die RPW/DPC-Publikation der Sanktionsverfügung See-Gaster ist – wie oben dargelegt – bereits am 11. Februar 2020 mit dem Urteil 2C_690/2019 *Publikation See-Gaster* in Rechtskraft erwachsen. Nicht mehr aktuell für die diesbezügliche Beurteilung ist die *Internetversion der Sanktionsverfügung See-Gaster* auf der

Homepage der WEKO vom 17. Mai 2018, welche vorsorglich noch mehr Abdeckungen als die finale RPW/DPW-Version RPW 2020/3a S. 880 ff. aufweist.

Die Beschwerdeführerin übersieht vorab, dass sie nicht basierend auf ihrer Beschwerde vom 4. November 2016 zur materiellen Beurteilung der Sanktionsverfügung Abdeckungsanträge geltend machen kann, welche sie bereits im Verfahren betreffend die Publikation der Sanktionsverfügung hätte stellen können (vgl. mutandis mutandis Urteil des BGer 2C_994/2017 E. 6.2 vom 26. Juni 2019 *Publikation Bringham AG*; Urteil B-5130/2019 E. 3 *Schlub*).

4.1.5 Sofern die Abdeckungsvorschläge das vorliegende Urteil betreffen, wird dieses ohnehin vor der Veröffentlichung in elektronischer Form durch das Gericht anonymisiert (vgl. Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [SR 173.320.4]; Urteil B-5130/2019 E. 3 *Schlub*). Das Bundesverwaltungsgericht wird in diesem Sinne die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben (vgl. Urteile B-5130/2019 E. 3 *Schlub*; B-126/2019 vom 1. September 2020 E. 1.4 *Publikation Luftfracht II*). In diesem Kontext wird ebenfalls auf die Publikationsurteile des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteile 2C_690/2019 *Publikation See-Gaster* und B-6291/2017, B-6714/2017) sowie auf die Zwischenverfügung vom 12. März 2018 desselben Verfahrens (vgl. dazu den Nichteintretensentscheid des BGer 2C_321/2018 vom 7. August 2018) abzustellen sein (vgl. insb. hierzu betreffend allfällige Sanktionsbeträge, Umsätze oder Margen [Urteil B-6291/2017, B-6714/2017 E. 6.6.4-6.6.4.4 *Publikation See-Gaster*]), betreffend die von Kartellabsprachen betroffenen Umsätze – sogenannte „Deliktsummen“ – [Zwischenverfügung B-6291/2017, B-6714 E. 5.8.6 *Publikation See-Gaster*]; betreffend Gemeinidenamen [Urteil B-6291/2017, B-6714/2017 E. 6.6.2.4 *Publikation See-Gaster*], wobei Strukturelemente in der Begründung offen zu legen sind, was auch die Abdeckungsanträge betreffend die kompletten Aussagen der Selbstanzeiger betrifft [vgl. Urteil 2C_499/2017 vom 29. Januar 2018 E. 5.4 in fine *marché du livre en français publication*; Urteil B-6291/2017, B-6714/2017 E. 6.3.1 in fine, 6.6.2.4 *Publikation See-Gaster*], betreffend die Namensnennung von Mitarbeitern [Urteil 2C_690/2019 E.6.1 ff. *Publikation See-Gaster*; Urteil B-6291/2017, B-6714/2017 E. 6.4 in fine *Publikation See-Gaster*]). Sofern die Abdeckungsvorschläge allerdings über die Urteile *Publikation See-*

Gaster B-6291/2017, B-6714/2017 und 2C_690/2019 hinausgehen, sind diese abzuweisen.

4.2 Unverwertbarkeit der bei der Hausdurchsuchung in Pfäffikon beschlagnahmten Unterlagen

4.2.1 Die Beschwerdeführerin beantragt sodann (Verfahrensantrag 2; Beschwerde Rz. 10, 71 ff.), es seien sämtliche Unterlagen, welche anlässlich der Hausdurchsuchung vom 16. April 2013 in Pfäffikon beschlagnahmt wurden, im Beschwerdeverfahren nicht zu beachten und aus dem Recht zu weisen. Sie begründet ihren Antrag damit, dass die Hausdurchsuchung in formeller Hinsicht den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt habe und infolgedessen als „unzulässig“ zu betrachten sei. Daraus leitet sie die Unverwertbarkeit der beschlagnahmten Unterlagen ab und fordert deren Entfernung aus den Untersuchungsakten.

4.2.2 Die Vorinstanz ist dagegen der Auffassung, dass kein Beweisverwertungsverbot vorliege. Praxisgemäss könne im Beschwerdeverfahren in der Hauptsache kein Verwertungsverbot mehr geltend gemacht werden, wenn die rechtzeitige Anfechtung des Durchsuchungsbefehls sowie die Einsprache gegen die Durchsuchung der Dokumente bzw. die Beschwerde gegen deren Beschlagnahme unterblieben sei.

4.2.3 Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen werden auf Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission von einem Mitglied des Präsidiums angeordnet (Art. 42 Abs. 2 Satz 3 KG). Vorliegend wurde die Hausdurchsuchung – entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin – mit Durchsuchungsbefehl des damaligen Präsidenten der Wettbewerbskommission (Vincent Martenet) vom 15. April 2013 angeordnet (act. [...]). Beim Durchsuchungsbefehl handelt es sich um eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG). Für die Durchsuchung von Dokumenten sieht Art. 50 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) zudem ein Einsprache- bzw. Entsigelungsverfahren vor.

Nach der neusten bundesgerichtlichen Praxis ist zwar gegen die Anordnung der erwähnten Massnahmen grundsätzlich die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglich. Ist die Untersuchung aber bereits abgeschlossen, ist auf eine solche Beschwerde indes nicht mehr einzutreten, sofern die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung vorfrageweise im

Rahmen des Entsiegelungsverfahrens hätte beurteilt werden können (Urteil 2C_295/2021 vom 1. Dezember 2021 E. 2.1 und 3.4 *Markant*).

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten, dass die Beschwerdeführerin weder den Durchsuchungsbefehl angefochten noch vorinstanzlich Einsprache gegen die Beschlagnahme und Sichtung erhoben hat; ebenso wenig hat sie Beschwerde gegen die Entsiegelung eingereicht (vgl. auch die von einem Mitarbeiter der Hagedorn unterzeichneten Durchsuchungs- und Beschlagnahmungsprotokolle vom 16. April 2013; act. [...] und [...]).

4.2.4 Auf den Verfahrensantrag 2 ist daher nicht einzutreten. Im Ergebnis kann somit auf die anlässlich der Hausdurchsuchung vom 16. April 2013 in Pfäffikon erhobenen Beweise abgestellt werden.

Formelle Rügen

5. Formelle Rügen zu den ökonomischen Analysen der Vorinstanz

5.1 Rüge der fehlenden Möglichkeit zur Stellungnahme zu den ökonomischen Analysen

5.1.1 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die von der Vorinstanz als Reaktion auf das Swiss Economics-Gutachten durchgeführte Analyse des Bieterverhaltens von Drittunternehmen (Verfügung Rz. 834 ff, 838 ff., 842 ff., 847 ff.) hätte ihr zur Stellungnahme vorgelegt werden müssen. Indem die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vor Erlass der angefochtenen Verfügung keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu dieser zusätzlichen Analyse gegeben habe, habe sie das rechtliche Gehör verletzt (Beschwerde Rz. 103, 123 ff.; Replik Rz. 43 f.).

5.1.2 Die Vorinstanz führt dagegen in ihrer Vernehmlassung (Rz. 77 ff. m.H. auf Verfügung Rz. 847 ff. [recte: 834 ff, 838 ff., 842 ff., 847 ff.]) aus, der Umstand, dass sie als Reaktion auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin Gegenargumente entwickelt habe und diese in die angefochtene Verfügung übernommen habe, stelle keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

5.1.3 Gemäss Art. 30 Abs. 2 Satz 1 KG können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Wie die Vorinstanz richtig darlegt, geht dieses Recht auf vorgängige Anhörung über die Gehörsgarantien von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 VwVG hinaus und

stellt eine *lex specialis* für das kartellrechtliche Verfahren dar (vgl. BGE 129 II 497 E. 2 *Freiburger Elektrizitätswerke [FEW]*). Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt indes praxisgemäss nicht, dass die verfahrensbeteiligte Partei die Gelegenheit erhalten muss, sich zu jedem möglichen Ergebnis, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird, zu äussern. Die Behörde hat in diesem Sinne nicht ihre Begründung den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können (BGE 132 II 257 E. 4.2 *Swisscom Fixnet*).

5.1.4 Dass die Vorinstanz in der Folge teilweise vom Antrag des Sekretariats abwich, stellt somit keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, sondern kann (muss aber nicht) sogar die Folge desselben sein (BGE 132 II 257 E. 4.2 *Swisscom Fixnet*). Würde man der Beschwerdeführerin folgen und im vorliegenden Fall eine erneute Möglichkeit zur Stellungnahme verlangen, könnte dies zu einer Endlosschleife führen, welche aus verfahrensökonomischer Sicht unerwünschte Verzögerungen zur Folge hätte, welche wiederum im Spannungsverhältnis zum Beschleunigungsgebot bzw. Verbot der Rechtsverzögerung gemäss Art. 29 Abs. 1 BV stehen (IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 N 58). Zudem ergingen die Ausführungen der Vorinstanz in Rz. 834 ff., 838 ff., 842 ff., 847 ff. der Verfügung als Reaktion auf die Einwände der Beschwerdeführerin zur statistischen Analyse, welche bereits im Antrag des Sekretariats enthalten waren. Mithin finden sich in den oben genannten Ziffern der Verfügung keine neuen Vorwürfe, welche nicht bereits im Antrag des Sekretariats enthalten und insbesondere nicht schon vom beantragten Dispositiv umfasst waren.

5.2 Rüge der mangelnden Nachvollziehbarkeit der ökonomischen Analysen

5.2.1 Die *Beschwerdeführerin* rügte bereits im vorinstanzlichen Verfahren, dass die von der Vorinstanz berechneten Erfolgsquoten von je 77% bezüglich Anzahl Submissionen und Umsätze nicht nachvollziehbar bzw. nicht replizierbar seien. So hätten die Gutachter von Swiss Economics tiefere Erfolgsquoten von 68.2% betreffend Umsätze und von 71.5% betreffend Anzahl Submissionen berechnet. Ebenfalls seien im MAL-Datensatz „Erfolg“ und „Misserfolg“ nicht codiert (act. [...], Stellungnahme zum Antrag Rz. 124 ff.; Swiss Economics-Gutachten S. 12-15; Beschwerde Rz. 137 ff.). So seien die Zahlen in Tabelle 24 und 25 der angefochtenen Verfügung (Rz. 830 und 832) insgesamt und für die einzelnen Jahre nicht

replizierbar (Beschwerde Rz. 139). Die Vorinstanz sei jedoch den Begehren nach einer Erläuterung dieser Erfolgsquote nicht gefolgt, da gemäss ihrer Ansicht die Erfolgsquote auf einfachen Additionen und Prozentrechnungen beruhe (vgl. Verfügung Rz. 834). Ebenfalls sei die Einhaltungquote in Rz. 836 der Verfügung nicht nachvollziehbar (Beschwerde Rz. 152 ff.; Swiss Economics-Zusatzanalyse S. 10 ff.). Ausserdem seien die zusätzlichen Analysen der Vorinstanz in Rz 850 der Verfügung nicht nachvollziehbar, weshalb sich auch hieraus eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ergebe. So habe die Vorinstanz sich in Widerspruch zu ihren eigenen „Richtlinien für ökonomische Gutachten“ vom 12. September 2013 gesetzt (Beschwerde Rz. 127-129 m. H. auf <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/bekanntmachungen---erlaeuterungen.html>).

5.2.2 In der Verfügung führt die *Vorinstanz* aus, dass sie bereits im Verfügungsantrag sowie in den Akten (act. [...]-[...]) die Ergebnisse ihrer statistischen Analysen dargelegt habe. Diese Erläuterungen habe sie den Parteien zugestellt. Die WEKO habe sich den Ausführungen des Sekretariats im Antrag angeschlossen, weshalb sich weitere Ausführungen erübrigten (Verfügung Rz. 1107 f.), da die Erfolgsquote schlichtweg auf einfachen Additionen und Prozentrechnungen beruhe, welche man mit einem Blick in die DOP und in die kons. MAL nachvollziehen könne. Daher seien die Anträge, die Erfolgsquote sei weiter zu erläutern, abzuweisen (vgl. Verfügung Rz. 834). In ihrer Vernehmlassung präzisiert die Vorinstanz ihre Aussagen und legt dar, dass sich die (abgerundete) Erfolgsquote von 77 % aus der Division „149 dividiert durch 193“ ergebe (Vernehmlassung Rz. 43 Lemma 3 mit Hinweis auf Verfügung Rz 828, 830 f. und Tabelle 24). Ebenfalls greift die Vorinstanz die Umschreibungen der Erfolgsquote in Worten auf. Zudem ergänzt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung, dass sie, gemäss den erwähnten Richtlinien, sämtliche Quellcodes der von ihr durchgeführten statistischen Tests den Parteien zur Verfügung gestellt habe (act.°[...]). Alle getesteten statistischen Hypothesen habe sie in einem separaten Dokument (act.°[...]) explizit aufgezeigt. Darüber hinaus habe sie sämtliche Resultate („Outputs“) der mit dem Statistikprogramm SAS durchgeführten statistischen Tests in einem separaten Aktenstück dokumentiert (act.°[...]). Dies betreffe auch ihre zusätzlichen Analysen in Rz. 847 ff. der Verfügung, da diese auf den gleichen Daten basieren würden. Neu sei einzig die Auswahl der für die einzelnen Tests herangezogenen geeigneten Datensätze aus dem Gesamtdatensatz gewesen. In ihrer Verfügung (Rz 842 ff.) habe die Vorinstanz präzise ihre Datenauswahl beschrieben (Vernehmlassung Rz. 48).

5.2.3

5.2.3.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Dabei ist nicht erforderlich, dass die Behörde sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Sie ist also nicht verpflichtet, sich mit jeder tatbestandlichen Behauptung, jedem rechtlichen Einwand und jedem Beweismittel auseinanderzusetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 143 III 65 E. 5.2; 141 V 557 E. 3.2.1; 141 III 28 E. 3.2.4; Urteil B-807/2012 E. 5.3.2 *Erne* m.H.; IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 KG N 30). Die Begründungspflicht umfasst den Sachverhalt sowie die rechtliche und ökonomische Beurteilung (BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 KG N 84; IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 KG N 31). Allgemein gehaltene Erwägungen ohne Bezug zum Einzelfall genügen nicht (MOSE/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.107 m.H.). Die Überlegungen, von denen sich die Behörde leiten liess, müssen daher zumindest im Kern nachvollzogen werden können (Urteile des BGer 1C_474/2016 vom 1. Juni 2017 E. 2 und 1C_39/2017 vom 13. November 2017 E. 2.1; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 35 N 22, nachfolgend: VwVG-Kommentar). Keine Gehörsverletzung liegt vor, wenn die Begründung der Behörde nach Ansicht der Beschwerdeführer materiell fehlerhaft ist (Urteil 1C_474/2016 E. 2).

5.2.3.2 Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann (Urteile des BVer B-5194/2020 vom 10. November 2023 E. 7.6 *Verbrennungspreise Entsorgung Siedlungsabfall*, B-141/2012 E. 3.2.4.2 *Estée Lauder* und B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 4.14 *Vifor*). Unter dieser Voraussetzung kann darüber hinaus nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer

Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abgesehen werden (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; Urteil B-141/2012 E. 3.2.4.2 *Estée Lauder*).

5.2.4

5.2.4.1 Die Aussagen der Vorinstanz, dass sich diese den Ausführungen des Sekretariats angeschlossen habe (Verfügung Rz. 1107 f.) und dass die Erfolgsquote auf einfachen Additionen und Prozentrechnungen beruhe, welche man mit einem Blick in die DOP und die kons. MAL nachvollziehen könne (vgl. Verfügung Rz. 834), sind zu pauschal und weisen kaum Bezug zur konkreten Fragestellung auf. Wenn die Rechnungen so einfach gewesen wären, wie es die Vorinstanz hier darlegt, hätten die Gutachter von Swiss Economics keine Probleme gehabt, die beiden Erfolgsquoten von je 77% zu replizieren. Im Weiteren geht die Verfügung bloss darauf ein, dass das Parteigutachten andere Berechnungen verwendet habe als die Verfügung und es wird zusätzlich in Reaktion auf das Gutachten von Swiss Economics die Einhaltungquote aufgezeigt (Verfügung Rz. 835 ff. mit Fussnote 1011 [RPW-Version Fn. 1006]). Allerdings gehen diese Ausführungen nicht mehr auf die konkrete Fragestellung zur Erfolgsquote ein.

5.2.4.2 Demnach ist hier aufgrund der geschilderten mangelhaften Begründung der Verfügung von einer leichten Gehörsverletzung auszugehen. Da dem Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren eine vollständige Entscheidungsgewalt mit umfassender Prüfungszuständigkeit zukommt, kann ein leichter Verfahrensmangel – wie auch vorliegend – nach der erfolgten Möglichkeit zur Stellungnahme als geheilt gelten (vgl. E. 5.2.3.2 und Urteile B-5194/2020 E. 7.6 *Verbrennungspreise Entsorgung Siedlungsabfall* und B-2597/2017 E. 4.14 *Vifor*). Vorliegend hat sich die Vorinstanz aufgrund der Vorbringen der Beschwerdeführerin erneut zu diesem Aspekt geäußert (Vernehmlassung Rz. 43 Lemma 3, 48), weshalb der Verfahrensmangel geheilt worden ist.

5.2.4.3 Was die Nachvollziehbarkeit der Einhaltungquote betrifft, so beruht diese zum grössten Teil auf der Erfolgsquote, weshalb diesbezüglich auf die obigen Ausführungen zu verweisen ist. Die zusätzlichen zwölf Projekte, welche das Kriterium der Einhaltung (dass sich die Unternehmen an die ausgemachten Festlegungskriterien gehalten haben, unabhängig davon, ob ein anderes tiefer bietendes Unternehmen den Zuschlag erhalten hat), sind in Rz. 836 i.V.m. Fn. 1011 (RPW Fn. 1006) der Verfügung aufgezeigt, weshalb die Beschwerdeführerin betreffend die Einhaltungquote selbst keine zusätzliche Gehörsverletzung geltend machen kann. Was die

weiteren Analysen in Rz. 842 ff., 847 ff., 850 der Verfügung angeht, so gelten die soeben gemachten Aussagen ebenfalls. Ausserdem hat die Vorinstanz in der Verfügung (Rz. 851) dargelegt, dass die Hypothesen des Sekretariats (m.H. auf act.°[...] Rz 72 ff., insb. Rz 86, 90, 92 f.) sowohl auf der ökonomischen Literatur als auch auf Beweisergebnissen aus den Akten der Untersuchung beruhen.

5.2.4.4 Im vorliegenden Zusammenhang ist die Vorinstanz aufzufordern, ihre Berechnungen, welche sich auf die ökonomischen Quellen stützen, in Zukunft klarer und nachvollziehbarer darzustellen und diese mit der Begründung in der Verfügung in Einklang zu bringen. Zudem sollte sie mehr Wert darauflegen, dass die Zahlen in den Tabellen mit dem Verfügungstext übereinstimmen und Berichtigungen der tabellarischen Zahlen nicht über Fussnoten erfolgen (z.B. die Zahl 202 in Tabelle 15 der Verfügung, welche in Fussnote 985 (RPW Fn. 980) mit 193 berichtigt wurde). Ebenfalls ist die Vorinstanz aufzufordern, in Zukunft die verwendeten Begriffe genauer zu definieren (vgl. hierzu Verfügung Rz. 828 Fn. 1002 [RPW Fn. 997]).

6. Beweislast, Beweismass und Beweiswürdigung

6.1 Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz, nach welchem die Rechtsanwendungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG; vgl. BGE 129 II 18 E. 7.1 *Buchpreisbindung I*; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.2 *Buchpreisbindung II*; BVGE 2023 IV/6 *Engadin IV* nicht publizierte E. 6; Urteil B-807/2012 E. 6.3 *Erne*; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 235; BSK KG - ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 KG N 88a). Für eine belastende Verfügung trägt die Verwaltung die Beweislast. Der Untersuchungsgrundsatz gebietet zwar, dass die Verwaltung auch nach entlastenden Elementen sucht, welche den Behörden oft nicht bekannt sind, weshalb es in der Natur der Sache liegt, dass der Betroffene auch zur Mitwirkung (Art. 13 VwVG) verpflichtet ist, was auch in seinem Interesse liegt (BGE 130 II 482 E. 3.2; BVGE 2023 IV/6 *Engadin IV* nicht publizierte E. 6 m.H). Die Mitwirkungspflicht wird durch die Auskunftspflicht nach Art. 40 KG konkretisiert (BVGE 2023 IV/6 *Engadin IV* E. 16.3.28; AUER/BINDER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar).

6.2 Als Beweislastregel besagt die Unschuldsvermutung, dass es Sache der Behörde ist, die Schuld zu beweisen und der Angeklagte nicht seine Unschuld nachweisen muss (BGE 127 I 38 E. 2a, Urteil des BGer

2C_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.2 *Umbricht*; Urteil B-807/2012 E. 6.3 *Erne*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 KG N 89). So liegt es aber auch im Interesse der Beschwerdeführerin, Gründe oder Sachumstände aufzuzeigen, die es als überzeugend erscheinen lassen, dass sie in gewissen Fällen nicht an einer Abrede beteiligt war (Urteil 2C_845/2018 E. 4.2 in fine *Umbricht*). Die Unschuldsvermutung bezieht sich zudem auf die Tatsachenfeststellung und nicht auf die rechtliche Würdigung des Sachverhalts. So unterliegen allfällige Unschärfen bei den Rechtsbegriffen den Regeln der Gesetzesinterpretation (BGE 139 I 72 E. 8.3.1 *Publigroupe*; Urteil B-581/2012 E. 5.5.1 *Nikon*; MICHAEL TSCHUDIN, Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht AJP 10/2014 S. 1333 ff., 1339; ESTHER TOPHINKE, Art. 10 StPO N 76 m.H., in: Marcel Alexander Niggli [Hrsg.]; Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendprozessordnung, 3. Aufl. 2023; nachfolgend: BSK StPO-BEARBEITER). Für die Beweismittelwürdigung gilt, dass die Unschuldsvermutung dann verletzt wird, wenn sich der Richter von einem für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhalt überzeugt erklärt, an dem er aufgrund der ihm vorgelegten Beweismittel objektiv hätte zweifeln müssen (BGE 144 II 246 E. 6.4.3 *Altimum* m.H.). Trotz des strafrechtsähnlichen Charakters des kartellrechtlichen Verfahrens ist die Beschwerdeführerin verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG i.V.m. Art. 40 KG; siehe dazu auch BGE 140 II 384 E. 3.3.1 *Spielbanken*; Urteil 2C_845/2018 E.4.2 *Umbricht*).

6.3 Nach Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 37 VGG findet auf das Beweisverfahren u.a. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273] Anwendung, wonach das Gericht die Beweise nach freier Überzeugung, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, umfassend würdigt (Urteil 2C_845/2018 E. 4.1.1 *Umbricht* m.H.).

6.4

6.4.1 Im Sinne der freien Beweismittelwürdigung (vgl. E. 6.3) hat das Bundesverwaltungsgericht alle Beweismittel, unabhängig von wem sie stammen, objektiv zu prüfen (Urteil 2C_845/2018 E. 4.1.1 *Umbricht* m.H.).

6.4.2 Nach der strafrechtlichen Definition (Art. 110 Abs. 4 StGB) sind Urkunden Schriften, die bestimmt und geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen. Der Begriff der Urkunde (Art. 12 Bst. a VwVG) umfasst auch E-Mails (BGE 138 IV 209 E. 5.4; KRAUSKOPF/WYSSLING, in: WALDMANN/WEISSENBERGER (Hrsg.), VwVG - Praxiskommentar

Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2023, Art. 12 VwVG N 93, nachfolgend: BEARBEITER; WIEDERKEHR/ MEYER/BÖHME, Orell Füssli Kommentar, VwVG, 2022, Art. 12 N 38; nachfolgend: OFK-VwVG). Urkunden kommt als unabhängiges Dokument grundsätzlich eine sehr hohe Beweiskraft zu, sofern ihre Echtheit unstrittig ist (Urteil B-831/2011 E. 222 *Six*; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, OFK-VwVG, Art. 12 VwVG N 40).

6.4.3 Die Selbstanzeigen sind damit einer Beweiswürdigung zu unterziehen (vgl. dazu die Parallelurteile B-6844/2016 E. 6.4.4.2 f. *Oberholzer* und B-4849/2016 E. 6.4.2.3 f. *Toller* beide vom 24. November 2025 sowie die Urteile B-807/2012; B-880/2012 E. 8.5.5.9 Bst. c [zu den verschiedenen Konstellationen von Selbstanzeigen Bst. a-d] *Erne* und *Umbricht*).

6.5

6.5.1 Was das Beweismass betrifft, so qualifiziert die Praxis das Beweismass der vollen Überzeugung („*Vollbeweis*“ oder „*Überzeugungsbeweis*“) als Regelbeweismass (siehe genauer BGE 128 III 271 E. 2b/aa; Urteile B-807/2012 E. 8.4.4.1 *Erne*; B-829/2012 E. 7.4.3.1 *Granello*; B-7633/2009 E. 157 *Swisscom ADSL II* alle mit Hinweisen). Eine *überwiegende Wahrscheinlichkeit* wird als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis in der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine „Beweisnot“ besteht (genauer BGE 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1 *Prospekthaftung*; 130 III 321 E. 3.2; 128 III 271 E. 2b/aa; Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.2 *Erne*), wie etwa für den Nachweis des natürlichen oder des hypothetischen Kausalzusammenhanges (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.2.1 *Prospekthaftung*; 128 III 271 E. 2b/aa, m.w.H; Urteile B-831/2011 E. 1218 *Six*; B-7633/2009 E. 159 *Swisscom ADSL II*). Im Kartellrecht gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, wenn die Marktverhältnisse komplex, die Datenlage unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig ist (statt vieler BGE 139 I 72 E. 8.3.2 *Publigroupe*).

6.5.2 Das erforderliche Beweismass kann nicht nur direkt, sondern auch indirekt gestützt auf *Indizien* erbracht werden. So kann der Richter seine Überzeugung bezüglich des Sachverhalts auf der Grundlage einer Reihe konvergierender Elemente oder Indizien bilden. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt (BGE 144 II 246

E. 6.4.4 *Altimum* m.H.; Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.6 *Erne*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 KG N 99).

6.5.3 Die Beschwerdeführerin fordert (auch unter Berufung auf das Urteil B-829/2012 E. 7.4.3.5 i.V.m. E. 7.4.3.1 *Granella*) den Überzeugungsbeweis für das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale einer Gesamtabrede (Beschwerde Rz. 12, 101, 179 ff.; Replik Rz. 52; Stellungnahme der BF zur Gesamtabrede Rz 25 ff.).

6.5.4 Auch wenn die Beweisanforderungen in Bezug auf die einzelnen kartellrechtlichen Tatbestands- und Definitionsmerkmale zu thematisieren sind (Urteil B-141/2011 E. 3.2.2.5 ff. *Estée Lauder*), ergibt sich bereits aus E. 6.5 f., dass die Rüge der Beschwerdeführerin, welche den Überzeugungsbeweis betreffend aller Tatbestandsmerkmale fordert, die kartellrechtlichen Voraussetzungen überspannt, da je nach Umständen – insbesondere wenn es um die Beurteilung der Komplexität von Marktverhältnissen und wirtschaftlichen Sachverhalten geht – auch im Kartellrecht der Wahrscheinlichkeitsbeweis genügt (vgl. statt vieler BGE 139 I 72 E. 8.3.2 *Publigroupe*). Zudem ist der Indizienbeweis zulässig, welcher aber, wie es die Vorinstanz zutreffend darlegt, kein minderer Beweis ist.

6.6 In formeller Hinsicht ist die Vorinstanz schliesslich zutreffend davon ausgegangen, dass sie die Beweisführungslast trägt (vgl. E. 6.1). Da die Rüge der Verletzung der Beweisführungslast einen engen Zusammenhang mit der materiellrechtlichen Beurteilung aufweist, wird sie praxismässig dort behandelt (vgl. BVGE 2023 IV/6 *Engadin IV* nicht publizierte E. 6; Urteile B-771/2012 E. 5.3 *Cellere*; B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.1.2 *Swisscom Terminierungsgebühren*).

Materielle Rechtslage

7. Bezug zum EU-Kartellrecht und zu den Horizontalleitlinien

7.1 In materieller Hinsicht ist vorab auf die allgemeinen Grundsätze des Zusammenwirkens des Schweizer und des EU-Kartellrechts hinzuweisen (BGE 146 II 217 E. 4.3 *Swisscom ADSL II*; 143 II 297 E. 6.2.3 *Gaba*; Urteil des BGer 2C_596/2019 vom 2. November 2022 E. 6.3 *Six*; Urteil B-141/2012 E. 6.3.5.1 *Estée Lauder*). Dies gilt auch für die Gesamtabrede, da kürzlich das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsfigur in das Schweizer Recht übernommen hat (Urteile des BVGer *Engadin I* vom 28. November 2023: B-3096/2018 E. 43 ff., 78 f. *Foffa*; B-3097/2018 E. 53 ff., 60 f. *Koch*; B-3290/2018 E. 47 ff., 123 f. *Lazzarini*). Liegen gleiche

Sachlagen in Bezug auf das EU-Recht vor, so kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden (BGE 146 II 217 E. 4.3 *Swisscom ADSL II*).

7.2

7.2.1 Was den Bezug der Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11/01 vom 14. Januar 2011 (nachfolgend: Horizontalleitlinien 2011) betrifft, so ist anzumerken, dass am 21. Juli 2023 die revidierten Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 259/01 vom 21. Juli 2023 (nachfolgend: Horizontalleitlinien 2023) in Kraft getreten sind. Die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes ist grundsätzlich nach der materiellen Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen (MOSER/BEUSCH/ KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 2.202 m.H.). Daher können die Horizontalleitlinien 2011, welche in Kraft waren, als die Verfügung im Jahr 2016 erlassen wurde, bei Bedarf herbeigezogen werden, da sie gewisse Aspekte eines Informationsaustausches konkretisieren.

7.2.2 Die Horizontalleitlinien 2011 orientieren sich allerdings an Art. 101 AEUV und können nicht tel-quel auf das Schweizer Kartellrecht übertragen werden (Urteil B-141/2012 E. 4.3.1 ff, 6.3.5.1 ff. *Estée Lauder*), sondern müssen sich an dessen Tatbestands- bzw. Definitionsmerkmalen (Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 KG) ausrichten (E. 8.4.1.2).

8. Art. 4 Abs. 1 KG

Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

Vorliegend ist zu prüfen, ob die mit dem MA- und EO-System bzw. mit dem diesbezüglichen Informationsaustausch einhergehenden Handlungen betreffend die Vergabe von Projekten im Strassen- und Tiefbau im Untersuchungsgebiet unter Art. 4 Abs. 1 KG (Gesamtabrede) zu subsumieren sind, was von der Beschwerdeführerin bestritten wird (vgl. E. 8.2.4.2.1 ff.).

Zuerst ist auf den Beurteilungszeitraum (E. 8.1) einzugehen. In E. 8.2 ist zu prüfen, ob das MA- und/oder EO-System bzw. der damit verbundene Informationsaustausch als Vereinbarung oder als abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind und ob diesem Verhalten ein Gesamtkonsens (Gesamtabrede) zugrunde liegt. Der Bezug zu Wettbewerbsparametern auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG wird in E. 8.3 geprüft. In E. 8.4 wird eruiert, ob das besagte Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Auf die Marktabgrenzung wird in E. 8.5 eingegangen.

8.1 Beurteilungszeitraum/untersuchungsrelevanter Zeitraum

Was das sanktionsbewehrte Kartellrecht angeht, so werden Handlungen, die vor Inkrafttreten des Art. 49a KG (d.h. vor dem 1. April 2004) erfolgten (Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.3.5 *Publigroupe*; PETER PICT, KG-Sanktionsverordnung [SVKG], in: Oesch/Zäch/Weber [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 4 SKGV N 2, nachfolgend: BEARBEITER, in: Wettbewerbsrecht II), ohnehin nicht sanktioniert. In Bezug auf die Beweiswürdigung der Sachverhalte vor 2002 und der Gegebenheiten vor Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes von 1995 können ältere Sachverhalte im Sinne der freien richterlichen Beweiswürdigung (E. 6.3) herangezogen werden. Was den Endzeitpunkt der beanstandeten Handlungen angeht, der allerdings bestritten ist (vgl. dazu E. 10 ff. und insb. 10.10 ff.), so ist auf den 11. Juni 2009 (das Datum der mutmasslich letzten MA-Sitzung), wo die acht Unternehmer nach Feststellungen der Vorinstanz den Beschluss fassten, auseinanderzugehen (Verfügung Rz. 330 ff., 362), abzustellen.

8.2 Vereinbarung bzw. Gesamtkonsens nach Art. 4 Abs. 1 KG

Damit geprüft werden kann, ob das MA- und EO-System sowie der diesbezügliche Informationsaustausch die Kriterien der in Art. 4 Abs.1 KG genannten Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise, also einen Gesamtkonsens bzw. eine Gesamtabrede, erfüllen, werden zuerst in E. 8.2.1 die sachverhaltlichen Aspekte (E. 8.2.1.1 [MA- und EO-System insgesamt]; E. 8.2.1.2 [MA-System], E. 8.2.1.3 [Hagedorn-Listen]; E. 8.2.1.4 [konsolidierte Marktabklärungsliste]; E. 8.2.1.5 [Datensatz Offertöffnungsprotokolle, DOP]; E. 8.2.1.6 [EO- System]) näher beleuchtet. Sofern die sachverhaltlichen Gesichtspunkte weiter als das MA- und EO-System gefasst sind, hängt dies damit zusammen, dass diese bei der Beweiswürdigung herbeizuziehen sind.

Anschliessend werden in E. 8.2.2 die theoretischen Grundlagen zum Gesamtkonsens bzw. der Gesamtabrede erläutert. In E. 8.2.3 werden die Standpunkte der Vorinstanz beleuchtet. Sodann werden in E. 8.2.4 die Rügen der Beschwerdeführerin behandelt, welche das Konzept der Gesamtabrede insgesamt infrage stellen. In E. 8.2.5 wird geprüft, ob ein Gesamtkonsens zu bejahen ist.

8.2.1 Sachverhaltliche Aspekte

8.2.1.1 Zum MA- und EO-System insgesamt (vgl. auch Bst. A.j.a ff.)

8.2.1.1.1 Die Verfügung zeigt auf, dass sich die acht Unternehmen *von Mai 2004 bis Mitte Juni 2009* (zum Beurteilungszeitraum E. 8.1) alle zwei bis vier Wochen zur Besprechung der Marktabklärungslisten (nachfolgend: MA-Listen oder MAL) und ggf. der Eigenoffertlisten (nachfolgend: EO-Listen oder EOL) getroffen haben (Verfügung Rz. 289 ff., 309 f., Tabelle 1; Abbildung 1). In dieser Zeit hatten rund 80 MA-Sitzungen stattgefunden (Verfügung Rz. 310, 362, 1069). Es liegen nach Feststellung der Vorinstanz ca. 90 MA-Listen und über 80 EO-Listen vor (Verfügung Rz. 760, 873). Was die Planung dieser MA-Sitzungen angeht, so koordinierte die De Zanet, was unbestritten ist, die Sitzungsplanung (Verfügung Rz. 311 f.). Der Versand der EO-Listen, der durch die Implemia organisiert war, war auf die MA-Sitzungen terminiert (Verfügung Rz. 873, 920; E. 8.2.1.6.2). Bis zur MA 2006_4 sind nach Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts auch in den MA-Listen vereinzelt Projekte mit EO- oder KV-Bezeichnung erschienen.

Abbildung 1 (entspricht Tabelle 1 der Verfügung)				
Allfällige Quellen sind der angefochtenen Verfügung zu entnehmen, da die vorliegende Abbildung 1 der Tabelle 1 der angefochtenen Verfügung tel-quel entspricht.				
Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm	EO-Liste
<i>Vor 2004</i>				
	unbekannt	unbekannt	Submissionsprogramm 2002 26.6.02	
25.11	26.11.2003	unbekannt/fällt aus		
	10.12.2003	unbekannt	Submissionsprogramm 2003 10.12.03	
<i>2004</i>				
			2004 (1)	
			2004 (2)	EO 30.3.04 mit Buchstaben
			2004 (3)	EO 2004_18 mit Ziffern
			MA 2004_20	EO 2004_20
25.05	26.05.2004	Eschenbach	MA 2004_22	EO 2004_22
				EO 2004_24
22.06	23.06.2004	Gommiswald	MA 2004_26	EO 2004_26
06.07	07.07.2004	Eschenbach	MA 2004_28	EO 2004_28
17.08	18.08.2004	Siebnen	MA 2004_34	EO 2004_34
31.08	01.09.2004	Kaltbrunn	MA 2004_36	
14.09	15.09.2004	Gommiswald	MA 2004_38	
28.09	29.09.2004	Siebnen	MA 2004_40	
12.10	13.10.2004	fällt aus	MA 2004_42	
26.10	27.10.2004	Eschenbach	MA 2004_44	
30.11	01.12.2004	Pfäffikon	MA 2004_49	
14.12	15.12.2004	Kaltbrunn (gemeinsames Essen organisiert durch [Vertreter der Toller])	MA 2004_51	EO 2004_51
<i>2005</i>				
	Januar 2005		MA 2005_2	
				EO 2005_4
09.03	10.03.2005	Freienbach SZ	MA 2005_10	
22.03	23.03.2005	Eschenbach	MA 2005_12	
06.04	07.04.2005	Gommiswald	MA 2005_14	EO 2005_14
20.04	21.04.2005	Kaltbrunn	MA 2005_16	
03.05	03.05.2005	Pfäffikon	MA 2005_18	

Abbildung 1 (entspricht Tabelle 1 der Verfügung)				
Allfällige Quellen sind der angefochtenen Verfügung zu entnehmen, da die vorliegende Abbildung 1 der Tabelle 1 der angefochtenen Verfügung tel-quel entspricht.				
Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm	EO-Liste
18.05	19.05.2005	Neuhaus (blauer Container)	MA 2005_20	
01.06	02.06.2005	Siebnen	MA 2005_22	
15.06	16.06.2005	Eschenbach WB	MA 2005_24	
29.06	30.06.2005	Freienbach	MA 2005_26	
11.07	13.07.2005	Eschenbach	MA 2005_28	
10.08	11.08.2005	Gommiswald	MA 2005_32	
24.08	25.08.2005	Kaltbrunn	MA 2005_34	
07.09	08.09.2005	fällt aus («allfällige Wünsche können bilateral abgesprochen werden»)		
21.09	22.09.2005	fällt aus		
20.10	20.10.2005	Neuhaus (blauer Container)	MA 2005_42	
02.11	03.11.2005	Freienbach	MA 2005_44	
16.11	17.11.2005	Eschenbach	MA 2005_46	
30.11	01.12.2005	Siebnen	MA 2005_48	
14.12	15.12.2005	Eschenbach (5)	MA 2005_50	EO 2005_50
2006				
17.01	18.01.2006	Kaltbrunn	MA 2006_3	
23.01			E-Mail betr. MA-Programm 2006	
15.02	16.02.2006	Pfäffikon	MA 2006_7 (beschriftet als 2006_3)	
24.02	24.02.2006	Pfäffikon	MA 2006_8 (beschriftet als 2006_4)	
07.03	09.03.2006	Freienbach	MA 2006_10	EO 2006_10
22.03	23.03.2006	Siebnen	MA 2006_12	EO 2006_12
05.04	06.04.2006	Eschenbach	MA 2006_14	EO 2006_14
19.04	20.04.2006	Goldingen	MA 2006_16	EO 2006_16
03.05	04.05.2006	Eschenbach	MA 2006_18	EO 2006_18
17.05	18.05.2006	fällt aus		EO 2006_20
07.06	08.06.2006	Kaltbrunn	MA 2006_23	EO 2006_23
28.06	29.06.2006	Eschenbach	MA 2006_26	EO 2006_26
18.07	20.07.2006	fällt aus		EO 2006_29
16.08	17.08.2006	Eschenbach [...]	MA 2006_33	EO 2006_33

Abbildung 1 (entspricht Tabelle 1 der Verfügung)				
Allfällige Quellen sind der angefochtenen Verfügung zu entnehmen, da die vorliegende Abbildung 1 der Tabelle 1 der angefochtenen Verfügung tel-quel entspricht.				
Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm	EO-Liste
05.09	07.09.2006	fällt aus		EO 2006_36
12.09	13.09.2006	Eschenbach ([...]) Werkhof	MA 2006_37	EO 2006_37
27.08 [recte 27.09]	28.09.2006	Gommiswald	MA 2006_39	EO 2006_39
10.10	12.10.2006	fällt aus		EO 2006_41
25.10	26.10.2006	Pfäffikon ([...])	MA 2006_43	EO 2006_43
08.11	09.11.2006	Reichenburg ([...])	MA 2006_45	EO 2006_45
22.11	23.11.2006	Siebnen	MA 2006_47	EO 2006_47
06.12	07.12.2006	fällt aus	MA-Programm 2007	EO 2006_49
2007				
17.01	18.01.2007	Eschenbach ([...])	MA 2007_3	
12.02	13.02.2007	Freienbach	MA 2007_7	EO 2007_7
27.02	02.03.2007	fällt aus		EO 2007_9
14.03.	15.03.2007	Eschenbach	MA 2007_11	EO 2007_11
28.03	29.03.2007	Kaltbrunn	MA 2007_13	
19.04	19.04.2007	fällt aus	MA 2007_16	
02.05	03.05.2007	Eschenbach ([...])	MA 2007_18	EO 2007_18
23.05	24.05.2007	Neuhaus ([...])	MA 2007_21	EO 2007_21
06.06	07.06.2007	fällt aus		EO 2007_23
27.06	28.06.2007	Eschenbach ([...])	MA 2007_26	EO 2007_26
11.07	12.07.2007	Freienbach ([...])	MA 2007_28	EO 2007_28
15.08	16.08.2007	Eschenbach ([...])	MA 2007_33	EO 2007_33
29.08	30.08.2007	Gommiswald ([...])	MA 2007_35	EO 2007_35
12.09	12.09.2007	fällt aus	MA 2007_37	EO 2007_37
26.09	27.09.2007	Siebnen ([...])	MA 2007_39	EO 2007_39
10.10	11.10.2007	fällt aus		EO 2007_41
24.10	25.10.2007	Neuhaus ([...])	MA 2007_43	EO 2007_43
07.11	08.11.2007	Siebnen - fällt aus (kzfr.)	MA 2007_45	EO 2007_45
21.11	22.11.2007	Kaltbrunn statt Jona ([...])	MA 2007_47	EO 2007_47
12.12	13.12.2007	Freienbach ([...])	MA 2007_50 und MA- Programm 2008	EO 2007_50
2008				
16.01	17.01.2008	fällt aus		EO 2008_3
19.02	21.02.2008	fällt aus		EO 2008_8

Abbildung 1 (entspricht Tabelle 1 der Verfügung)				
Allfällige Quellen sind der angefochtenen Verfügung zu entnehmen, da die vorliegende Abbildung 1 der Tabelle 1 der angefochtenen Verfügung tel-quel entspricht.				
Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm	EO-Liste
05.03	06.03.2008	Kaltbrunn	MA 2008_10	EO 2008_10
19.03	20.03.2008	Reichenburg (Schwaderau)	MA 2008_12	EO 2008_12
02.04	03.04.2008	Siebnen	MA 2008_14	EO 2008_14
16.04	17.04.2008	Neuhaus	MA 2008_16	EO 2008_16
07.05	08.05.2008	Eschenbach	MA 2008_19	EO 2008_19
21.05	21.05.2008	Freienbach	MA 2008_21	EO 2008_21
04.06	05.06.2008	Eschenbach Toller AG	MA 2008_23	EO 2008_23
17.06	19.06.2008	Gommiswald	MA 2008_25	EO 2008_25
02.07	03.07.2008	Kaltbrunn (anschliessend Restaurant)	MA 2008_27	EO 2008_27
16.07	17.07.2008	Reichenburg (Hagedorn AG)	MA 2008_29	EO 2008_29
13.08	14.08.2008	Neuhaus	MA 2008_33	EO 2008_33
22.08	04.09.2008	fällt aus		
17.09	18.09.2008	Kaltbrunn	MA 2008_38	EO 2008_38
01.10	02.10.2008	Freienbach	MA 2008_40	EO 2008_40
14.10	16.10.2008	Eschenbach (Toller AG)	MA 2008_42	EO 2008_42
05.11	06.11.2008	Gommiswald	MA 2008_45	EO 2008_45
19.11	20.11.2008	Kaltbrunn	MA 2008_47 mit Entwurf MA-Programm 2009	EO 2008_47
10.12	11.12.2008	Reichenburg	MA 2008_50 mit MA-Programm 2009	EO 2008_50
12.12			E-Mail betr. MA-Programm 2009 mit Hinweis: «wie gestern bereinigt»	
2009				
21.01	22.01.2009	Neuhaus	MA 2009_4	
25.02	26.02.2009	Siebnen	MA 2009_9	
	05.03.2009			
11.03	12.03.2009	Freienbach	MA 2009_11	EO 2009_11
01.04	02.04.2009	fällt aus	MA 2009_14	EO 2009_14
15.04	16.04.2009	Gommiswald	MA 2009_16	EO 2009_16
06.05	07.05.2009	Kaltbrunn	MA 2009_19	
27.05	28.05.2009	fällt aus (mangels Ausschreibungen)	MA 2009_22	EO 2009_22

Abbildung 1 (entspricht Tabelle 1 der Verfügung)				
Allfällige Quellen sind der angefochtenen Verfügung zu entnehmen, da die vorliegende Abbildung 1 der Tabelle 1 der angefochtenen Verfügung tel-quel entspricht.				
Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm	EO-Liste
Anmerkung des BVGer 27.05 (act. °[...] S.446)	11.06.2009			EO 2009_24
	25.06.2009			
	09.07.2009			
	13.08.2009			
	03.09.2009			
	17.09.2009			
	01.10.2009			
	15.10.2009			
	05.11.2009			
	19.11.2009			
	10.12.2009			

8.2.1.1.2 Zum besseren Verständnis ist darauf hinzuweisen, dass die acht Unternehmen in den MA-Listen, den EO-Listen sowie in den Terminlisten zu den MA-Sitzungen (nachfolgend: MA-Programm), ab 2004 nicht mehr mit den Unternehmenskürzeln (DZ, HA, OB, IM, WB, RE, TO, BB) und -Logos, sondern mit den *Kennziffern 1-8* zu ihrer Identifizierung erschienen (Verfügung Rz. 285 ff., 871 ff.; Abbildung 24; vgl. Abbildung 2 zur Aufschlüsselung der Kennziffern). Bei den MA-Listen sind nach Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts ab der 20. Kalenderwoche des Jahres 2004 (MA 2004_20) keine Unternehmenskürzel mehr, sondern lediglich Kennziffern enthalten. Die 20. Kalenderwoche hat am 10. Mai 2004, also kurz nach Einführung der direkten Kartellsanktionen am 1. April 2004, begonnen. Im Jahr 2005 kam es zu einem kurzen „Rückfall“ zu den Unternehmenskürzeln, bis sich Ende 2005 die Kennziffern wirklich durchsetzten (zum EO-System und den Kennziffern vgl. E. 8.2.1.6.5). Die Walo legte dar, dass man aus Angst, die Listen könnten in falsche Hände geraten, Kennziffern eingeführt habe (Verfügung Rz. 285 ff., 550).

Abbildung 2- (vgl. Rz. 286 der Verfügung)	
Kennziffern	Zugeordnetes Unternehmen
1	De Zanet (Kaltbrunn)
2	Hagedorn (Pfäffikon/Reichenburg)
3	Oberholzer (Neuhaus)
4	Implenia bzw. ihre Rechtsvorgängerin Batigroup (Siebnen)
5	Walo (Eschenbach/Jona)
6	Reichmuth (Freienbach)
7	Toller (Eschenbach)
8	Bernet Bau (Gommiswald)

8.2.1.1.3 Einmal pro Jahr hat die De Zanet eine *Terminliste zu den MA-Sitzungen*, welche auch Informationen über die Sitzungsorte beinhaltet, per Mail versendet (für die Jahre 2006: act.°[...], S. 468, 470 [Selbstanzeiger-Akten]; 2007: act.°[...]S. 350, 355 [Selbstanzeiger-Akten]; 2008 [Entwurf der Terminliste]: act°[...] S.235, 259 [Selbstanzeiger-Akten]; 2009 [1. Entwurf der Terminliste 2009 mit Mail vom 19. November 2008]: act.°[...] S. 2471, 2477 [Selbstanzeiger-Akten]; 2009 [2. Entwurf der Terminliste 2009 mit Mail vom 10. Dezember 2008]: act.°[...] S. 2457, 2470 [Selbstanzeiger-Akten]; 2009 [definitive Terminliste 2009 mit Mail vom 12. Dezember 2008]: act.°[...] S. 450 f.). Als Beispiel ist die Terminliste des Jahres 2009 unten in Abbildung 3 (vgl. ebenso Verfügung Rz. 298, Abbildung 25) dargestellt. Die Sitzungsorte waren anhand der Kennziffern (vgl. Abbildung 2 oben) der gastgebenden Unternehmen erkenntlich (vgl. Verfügung Rz. 285 ff. i.V.m. 296 ff.). Die Beschwerdeführerin stellt die Planungsliste des Jahres 2009 und ihre Teilnahme an diesen Sitzungen infrage (Beschwerde Rz. 117 ff., 123 f.; vgl. dazu E. 10.10 ff.)

Abbildung 3- (entspricht Abbildung 25 der Verfügung)

Marktabklärung			
Januar – Dezember 2009			
Abgabetag:	Datum:	D-006_11	
19.01.2009	22.01.2009	17.00 Uhr	3
24.02.2009 (Fasnachtsdienstag)	26.02.2009	17.00 Uhr	4
02.03.2009	05.03.2009	15.00 Uhr	5
07.03.2009	11.03.2009	17.00 Uhr	6
16.03.2009	19.03.2009	17.00 Uhr	6
30.03.2009	02.04.2009	17.00 Uhr	7
14.04.2009	16.04.2009	17.00 Uhr	8
04.05.2009	07.05.2009	17.00 Uhr	1
25.05.2009	28.05.2009	17.00 Uhr	2
08.06.2009	11.06.2009	17.00 Uhr	3

8.2.1.1.4 Aus Abbildung 1 oben bzw. aus Tabelle 1 der Verfügung (Rz. 310) ist ersichtlich, dass die De Zanet die entsprechenden MA-Listen in der Regel einen Tag vor der Sitzung per Mail an alle acht Unternehmen versendet hat (Verfügung Rz. 310, 312). Die Eigenoffertlisten hat die Implenia bzw. ihre Rechtsvorgängerin die Batigroup (und nicht die De Zanet) in etwa gleichzeitig wie die MAL versendet. Die Mails der De Zanet (MAL) oder der Implenia (EOL) waren jeweils an *alle acht Unternehmen* gerichtet (Verfügung Rz. 300 f., 864 ff, 912 ff.). So hat die Beschwerdeführerin bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009 die MA-Listen (vgl. act.°[...] S. 446) und EO-Listen (act.°[...] S. 374) zugestellt erhalten. Solche Einladungsmails waren insb. in den Akten der Toller (act.°[...] und [...]), der De Zanet (act.°[...]) und der Implenia (act.°[...] [Selbstanzeigerin]) zu finden.

8.2.1.1.5 Die Bezeichnungen in den MA-Listen und EO-Listen sind stets nach demselben System erfolgt: „Marktabklärung oder Eigenofferte <Jahreszahl> Nr. <Kalenderwoche>“ bzw. „MA_2009_16“ (z.B. MA-Liste der 16. Kalenderwoche im Jahr 2009; Verfügung Rz. 547) oder „EO_2009_24“ (z.B. EO-Liste der 24. Kalenderwoche im Jahr 2009; Rz. 873).

8.2.1.2 Die Marktabklärungslisten (MA-Listen oder MAL)

8.2.1.2.1 Da dem Bundesverwaltungsgericht fast alle *MA-Listen* von Mitte 2004 bis Mitte 2009 vorliegen (ca. 90 MA-Listen [Verfügung Rz. 760]), ist

erstellt, dass diese tabellarisch aufgebaute und ständig aktualisierte („dynamische“) Listen waren, welche die Strassen- und Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet (Bezirke See-Gaster, March und Höfe) aufführten. Mehrheitlich waren auf den MA-Listen öffentliche Bauprojekte aufgeführt. Es kam aber auch vor, dass (grössere) von privaten Stellen ausgeschriebene Projekte genannt waren (siehe auch Verfügung Rz. 856, 1071). Vor dem Versand der *MA-Listen* an die anderen Unternehmen wurden diese durch die De Zanet aktualisiert. Bekundete ein Unternehmen in einer MA-Sitzung bezüglich eines Projekts ein Interesse, so war dies auf der vor dem nächsten Treffen versendeten aktualisierten MA-Liste in der jeweiligen Unternehmensspalte mittels Sterne (vgl. E. 8.2.1.2.2) vermerkt. Nicht vermerkt waren Interessenbekundungen, wenn diese gerade erst vor Eingabedatum an einer MA-Sitzung geltend gemacht wurden, und die Eingabefrist des betreffenden Projekts an der nachfolgenden Sitzung (mitsamt nachfolgender MA-Liste) bereits abgelaufen war (Verfügung Rz. 350, 857).

8.2.1.2.2 In der Spalte links einer MA-Liste waren die Ortschaft bzw. der Ort der Durchführung (z.B. „Gemeinde [Altendorf]“) alphabetisch aufgeführt, wobei jedem zu vergebendem Projekt („Objekt“; z.B. „Sanierung [X-Strasse]“ in Altendorf) jeweils auf der entsprechenden MA-Liste eine Nummer zugeführt wurde. Diese Nummern waren dynamisch, da sie sich änderten, wenn einerseits neue Projekte auf die nachfolgende Liste hinzu kamen und andererseits ältere Projekte – wenn insb. die Vergabe erfolgt war – von der Liste gestrichen wurden (vgl. insb. Verfügung Rz. 541, 761, 794, 856). Daher hatte ein Bauprojekt nicht immer „statisch“ dieselbe Nummer. So ist zum Beispiel nach Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts das unterste Projekt in [Ortschaft] („[Ψ]“-Strasse) auf der MA 2009_19 mit 22 (MA 2009_19 Nr. 22) nummeriert, wobei dasselbe Projekt auf der MA 2009_22 die Nummer 21 (MA 2009_22 Nr. 21) trägt (siehe auch Abbildung 4 unten, wo es um eine fiktive Darstellung der Nummerierungen auf den MA-Listen geht). Ebenfalls war der „Bauherr“ (Name einer politischen Gemeinde oder des Kantons, welcher für die Ausschreibung verantwortlich war), genannt. Zudem waren der geschätzte Wert eines Projektes, das Ausschreibungsjahr sowie – sofern schon bekannt – die Eingabefrist auf den MA-Listen ersichtlich. Der siebten und achten Spalte, welche mit „öffentlich“ und „Einladung“ bezeichnet sind, waren die jeweilige Vergabeart zu entnehmen (Verfügung Rz. 548 f.).

Die Spalten 9-16 waren mit den Kennziffern 1-8 (Abbildung 2) der acht Unternehmen versehen (Verfügung Rz. 286 ff. i.V.m. 550). Dabei war ein besonders grosses Interesse an dem Projekt mit zwei Sternen oder in den

älteren Listen mit einem „A*“ vermerkt. Nur *ein Stern* oder ein „A“ bzw. „B“ (in den älteren Listen) zeigten ein kleineres Interesse der Unternehmen (Verfügung Rz. 550, 575 f). Im *Gegensatz* zu den „Submissionsprogrammen“ (Verfügung Rz. 231 Abbildung 13 mit einem Beispiel aus dem Jahr 1990) waren auf den Marktabklärungslisten im Untersuchungszeitraum *nicht* mehr die *schutznehmenden* Unternehmen vermerkt. Sogenannte „Submissionsprogramme“ waren die Vorgängerversionen der Marktabklärungslisten.

8.2.1.2.3 In der letzten Spalte der Marktabklärungslisten war die Kennziffer von einem der acht Unternehmen (1–8) aufgeführt. Es ging in dieser Spalte um das Unternehmen, welches das jeweilige Projekt der De Zanet für die MAL gemeldet hat (Verfügung Rz. 551). Die acht Unternehmen haben entsprechend einer *Zuteilungsliste* (Verfügung Rz. 554 ff., 556 m.H. auf Zuteilungslisten der verschiedenen Jahre [siehe für das Jahr 2009, Verfügung Rz. 556, Abb. 34]), welche die De Zanet ihnen ebenfalls zustellte, bei verschiedenen öffentlichen Stellen (Kantone und Gemeinden), Ingenieurbüros etc. innerhalb des ihnen geographisch zugeteilten Gebiets abgeklärt, ob dort geplant war, Projekte auszuschreiben. War dies der Fall, meldeten sie die Projekte der De Zanet für die MAL (Verfügung Rz. 560).

Abbildung 4- (fiktives Beispiel einer Marktabklärungsliste)																
Ort	Objekt (fiktiv) /Projekt	Bauherr	Summe (CHF)	Ausschreibung		Öffentlich	Einladung	1	2	3	4	5	6	7	8	
1 Altendorf	Sanierung X-Strasse	Bezirk March	90'000	2009			x				**		*		*	5
2 Altendorf	Z-Strasse	Kanton SZ	1 Mio.	2009	Mai	x			**				*		*	2
3 Benken	A-Strasse; Ausbesserungen	Polit. Gemeinde	50'000	2009			.			**			*			1
Weitere Ortschaften alphabetisch																

Anmerkung:
1. Variante: Wird z.B. das Projekt der „Z-Strasse in Altendorf“ vergeben, dann wird es von der MA-Liste genommen. Auf der darauffolgenden Marktabklärungsliste würde die „A-Strasse in Benken“ die Nummer 2 erhalten.
2. Variante: Würde das Projekt der „Z-Strasse in Altendorf“ auf der Liste verbleiben und es käme zusätzlich ein neues Projekt auf die Liste „Z-Bushaltestelle in Altendorf“, dann würde das Projekt der „A-Strasse in Benken“ auf Positionsnummer 4 rücken.

8.2.1.2.4 In der fünftletzten Zeile der MA-Listen fand sich nach Feststellungen der Vorinstanz jeweils eine Zeile zum „Total-A-Interesse“. Die „Total-A-Interessen“ wurden nach dem kleinen Interesse („*“) und dem grossen Interesse („**“) pro Unternehmen in Mio. Fr. (nach der ersten Stelle gerundet) vermerkt. Der Gesamtwert der „Total A-Interessen“ (berechnet durch ein Excel-Programm) konnte jedoch höher sein als der Gesamtwert der im laufenden Jahr ausgeschriebenen Projekte, da oft mehrere Unternehmen für dasselbe Projekt Interessen geltend machten (Verfügung Rz. 544 Abbildung 32, 584 ff. Abbildung 35).

8.2.1.2.5 Sofern an den MA-Sitzungen ein lösbarer Interessenkonflikt betreffend ein Projekt ersichtlich wurde, haben die acht Unternehmen nach Feststellungen der Vorinstanz eines der interessierten Unternehmen bestimmt, das den „Lead“ für eine Koordination ausserhalb der MA-Sitzungen

übernehmen sollte. Falls der Interessenskonflikt als unüberwindbar oder die Organisation einer Submissionsabsprache aus anderen Gründen (z.B. Aussenwettbewerb) als aussichtslos erschien, beschlossen die Unternehmen eine sogenannte „Freigabe“ (Verfügung Rz. 606, 610, 652 f., 672).

8.2.1.3 Die Hagedorn-Listen (HA-Listen oder HAL)

8.2.1.3.1 Die Umschreibung der Hagedorn-Listen

8.2.1.3.1.1 Neben den MA-Listen liegen dem Bundesverwaltungsgericht die Listen der Hagedorn (HA-Listen bzw. HAL) vor (vgl. act. [...] S. 17 ff.), auf welchen die Hagedorn über alle Projekte, für welche sie selbst eine Offerte eingereicht hatte, „Buch führte“. Die HA-Listen geben – im Gegensatz zu den MA-Listen – auch Auskunft über Schutzzuteilungen „S“ und Teilschutzzuteilungen „TS“ in Bezug auf die genannten Unternehmen (ab 2009 wurden „I“ und „TI“ verwendet). Hat die Hagedorn selbst Schutz oder Teilschutz von einem anderen Unternehmen erhalten, so war dies auch auf der Liste deklariert („S Hagedorn“ oder „TS Hagedorn“). Bei den Teilschutzzuteilungen ist es darum gegangen, ein Unternehmen mittels Stützofferten zu schützen, obwohl man wusste, dass ein drittes Unternehmen (ggf. ausserhalb der acht Unternehmen) ebenfalls eine Offerte einreichen würde. Zudem zeigen die HA-Listen auf, wieviel die Hagedorn jeweils für ein Projekt geboten hat und wer den Auftrag erhalten hat. Für eine „Freigabe“ wurde ab Anfang 2009 das Wort „OFFEN“ verwendet. Hier ging es nach Feststellungen der Vorinstanz um den „*Entscheid sich Wettbewerb zu machen*“, ohne dass eine abgesprochene (Teil-)Zuteilung erfolgen sollte (Verfügung Rz. 661, 681 ff.). Ebenfalls hat die Hagedorn die EO-Projekte auf ihren HA-Listen vermerkt (vgl. act. [...] S. 1 ff.).

8.2.1.3.1.2 Die Vorinstanz zählte insgesamt 201 MA-Projekte mit einem Eintrag auf den HA-Listen. Davon waren 114 Projekte gemäss Feststellungen der Vorinstanz mit „Schutz“ und 87 Projekte mit „Freigabe“ markiert (Verfügung Rz. 797, Tabelle 15). An den HA-Listen sieht man, dass alle acht Unternehmen – mit Ausnahme der Toller im Jahr 2009 – im untersuchungsrelevanten Zeitraum gelegentlich die Rolle des schutznehmenden Unternehmens einnahmen (Verfügung Rz. 685). Nach Feststellungen der Vorinstanz wurden Projekte mit grossem Auftragswert tendenziell als „Freigabe“ eingestuft, da sich bei diesen eine Schutzfestlegung schwieriger gestaltete (Verfügung Rz. 688). Auf den MA 2009_16 (vgl. die MA 2009_16 Nr. 98 [Projekt „F“] mit der Handeintragung „Freigabe“ durch einen Vertreter der Hagedorn (abgebildet in Verfügung Rz. 345 Abbildung 27;

E. 9.7.3.2, Projekt F) ist ersichtlich, dass der Begriff „Freigabe“ auch an den MA-Sitzungen verwendet wurde, wenn ein Projekt, dem „Wettbewerb preiszugeben“ war. Die HA-Listen-Projekte (vgl. act. [...] S. 17 ff.) waren nach der Jahreszahl und einer über die Jahre aufsteigenden Projektnummer beziffert.

8.2.1.3.2 Zur Beweisqualität der Hagedorn-Listen

8.2.1.3.2.1 In E. 4.2 ist das Gericht auf die Anträge der Beschwerdeführerin, die Unterlagen (und mithin auch ihre Hagedorn-Listen), welche anlässlich der Hausdurchsuchung in Pfäffikon SZ beschlagnahmt wurden, seien aus dem Recht zu weisen, nicht eingetreten. Daher können die Hagedorn-Listen zur Beweiswürdigung herangezogen werden.

8.2.1.3.2.2 Die Beschwerdeführerin rügt ausserdem, die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die mit „S“ markierten Projekte infolge Individual- oder Gesamtabrede zugeteilt worden seien, stimme nicht, da es auch andere Einschätzungen, z.B. Transportkriterien, gegeben habe (Beschwerde Rz. 141, 171, 173 ff.). Allerdings ist in Abbildung 11 der Verfügung (Rz. 230) eine Hagedorn-Liste aus dem Jahr 1981 aufgeführt, aus welcher hervorging, welches Unternehmen Schutz erhielt (z.B. „Firma X geschützt“). Auch wenn es sich hierbei um eine Liste vor dem untersuchungsrelevanten Zeitraum (E. 8.1) handelt, so kann man herleiten, dass das „S“ auf den HA-Listen im Zusammenhang mit „Schutz“ stehen muss, weshalb die Beschwerdeführerin mit diesen Rügen nicht durchdringt.

8.2.1.3.2.3 Zusammenfassend kann die Beweisqualität der HA-Listen insgesamt nicht infrage gestellt werden (vgl. auch E. 9.7.3.3.5, 9.7.3.5.2). Die HA-Listen können daher als Beweis verwendet werden.

8.2.1.4 *Die konsolidierte Marktabklärungsliste (kons. MAL)*

8.2.1.4.1 Da den Wettbewerbsbehörden eine Vielzahl von Informationen betreffend die ausgeschriebenen Projekte im Strassen- und Tiefbau im Untersuchungsgebiet sowie zur Zusammenarbeit der acht Unternehmen im Rahmen des MA-Systems (nicht nur die MA-Listen [E. 8.2.1.2], Hagedorn-Listen [E. 8.2.1.3] sondern auch die Offertöffnungsprotokolle [E. 8.2.1.5]) vorlagen, haben sie die Daten in einer *statistischen Analyse* zusammengeführt (Verfügung Rz. 751 ff.). Die EO-Projekte (vgl. E. 8.2.1.6) sind nicht Gegenstand dieser statistischen Analyse.

8.2.1.4.2 Da die MA-Listen „dynamische“ bzw. alle zwei bis vier Wochen aktualisierte Listen waren (Verfügung Rz 539 ff.; vgl. E. 8.2.1.2.1 f.), gab es in den rund 90 MA-Listen zahlreiche Projekte, die mehrfach aufgeführt waren. Um diesem Problem Abhilfe zu schaffen, erstellte das Sekretariat den Datensatz der kons. MAL (konsolidierten Marktklärungsliste), auf welchem jedes Projekt nur noch einmal aufgeführt war. Dieser Datensatz erfasste insgesamt 750 Projekte (Verfügung Rz. 760 ff., 763 ff.). Den vorinstanzlichen Verfahrensparteien liegt die kons. MAL als Excel-Format vor (vgl. act. [...] i.V.m. act. [...]). Diejenigen Projekte, bei welchen der Vorinstanz eine Identifikation bzw. Zuordnung anhand der Offertöffnungsprotokolle bzw. dem DOP (Datensatz Offertöffnungsprotokolle [E. 8.2.1.5]), den Hagedorn-Listen (E. 8.2.1.3) oder anhand weiterer Informationen (z.B. Fragebogen) gelungen ist, hat die Vorinstanz im Excel-Blatt „*Berücksichtigte Projekte*“ in der konsolidierten MAL aufgeführt (Verfügung Rz. 763 ff., 771). Jede Zeile in der kons. MAL entspricht einem Projekt. Die Vorinstanz schloss auf 392 berücksichtigte bzw. identifizierte Projekte im Wert von 198 Mio. Franken (Verfügung Rz. 797 ff. Tabelle 15 mit Fn. 985 [RPW Fn. 980]).

8.2.1.4.3 Diejenigen Projekte der kons. MAL, die von der Vorinstanz nicht zugeordnet bzw. nicht identifiziert werden konnten, wurden in das zweite Excel-Blatt der konsolidierten MAL mit dem Titel „*Nicht_berücksichtigte Projekte*“ verschoben. Dies galt auch für Projekte mit widersprüchlichen Informationen (vgl. Verfügung Rz. 763, 772 f.). Die Vorinstanz schloss auf 358 „*nicht berücksichtigte*“ Projekte (Verfügung Rz. 797 Tabelle 15). Jedem Projekt – sei es „berücksichtigt“ oder „nicht berücksichtigt“ – wurde eine fortlaufende Identifikationsnummer zugewiesen (MA_WEKO_Nr.). Die zahlenmässigen Angaben in Bezug auf die Projekte sind nicht bestritten. Bestritten ist allerdings die Erfolgsquote und welche Zahlen derselben zugrunde liegen (Beschwerde Rz. 213-5, 219, Gutachten von Swiss Economics S. 12 ff.), was allerdings erst im Kontext mit der Sanktionierung aufzugreifen ist.

8.2.1.4.4 Auf der kons. MAL sind weitere Informationen – wie etwa die letzte MA-Liste, auf welcher ein Projekt genannt ist, die letzte Interessenslage mittels Sterne, der Projektort, welches Unternehmen das Projekt für die MAL gemeldet hat, Gewinner, Verfahrensart, Eingabesumme sowie die DOP-Nummer (zum DOP vgl. E. 8.2.1.5) etc. – zu finden (Verfügung Rz. 771). Wenn ein Projekt auf der kons. MAL auch auf der HA-Liste zu finden war, war auch die HAL-Projektnummer mit „S“, „TS“ und dem Unternehmensnamen (bzw. „Freigabe“ oder „OFFEN“) vermerkt (E. 8.2.1.3.1.1).

8.2.1.5 Der Datensatz Offertöffnungsprotokolle (DOP)

8.2.1.5.1 Das Sekretariat der Vorinstanz hat weiter den „Datensatz Offertöffnungsprotokolle“ (nachfolgend: DOP) aus den ihm vorliegenden strassen- und/oder tiefbaubezogenen Offertöffnungsprotokollen und Vergabeentscheiden der Kantone St. Gallen und Schwyz sowie der Gemeinden im Untersuchungsgebiet der Jahre 2004-2013 erstellt (vgl. Verfügung Rz. 60 ff., 754 ff.; vgl. Bst. A.d. hiavor). Den Untersuchungsadressaten liegt der DOP als Excel-Format (act. [...] i.V.m. act. [...]) sowie der dazugehörige SAS-Code in PDF und txt (act. [...] i.V.m. [...]) vor. Der DOP gibt einen Überblick über die öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen (Verfügung Rz. 46, 757). Private Projekte im Strassen- und Tiefbau sind nicht vom DOP erfasst (Verfügung Rz. 780).

8.2.1.5.2 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass der DOP im untersuchungsrelevanten Zeitraum 362 Projekte im Gesamtwert von Fr.138.5 Mio. erfasste (Verfügung Rz. 777 Tabelle 11). Der DOP verweist auch je Projekt auf die Projektnummer in der kons. MAL (MA WEKO Nr.) und das jeweilige HA-Projekt samt Nummer mit Bezeichnung (S, TS, Freigabe etc.).

8.2.1.6 Die Eigenoffert-Listen (EO-Listen oder EOL)

8.2.1.6.1 Unter einer *Eigenofferte* (EO) wird eine Offerte verstanden, bei der der Offerent im Vorfeld der Auftragsvergabe im Strassen- und/oder Tiefbaubereich die Masse und Flächen aufnimmt, das *Leistungsverzeichnis* unentgeltlich erstellt, obwohl dies mit einem beträchtlichen Aufwand verbunden ist, und einen Preisvorschlag für die Ausführung des Projekts einreicht. EO werden vor allem durch private Bauherren verlangt (z.B. eine private Zufahrtsstrasse, Garagenvorplatz, etc.), um die Kosten des Auftrages abzuschätzen. Wenn private Bauherren grössere Strassen- und/oder Tiefbauprojekte ausführen, wird meistens ein Ingenieurbüro für die Ausschreibung beauftragt. Dieses erstellt das Leistungsverzeichnis selbst. Bei Vergaben im offenen Verfahren wird das Leistungsverzeichnis auch vom öffentlichen Bauherrn zur Verfügung gestellt, damit die Vergleichbarkeit der Offerten gewährleistet ist (Verfügung Rz. 44, 866 ff., 870). Nach Feststellungen der Vorinstanz holen Bauherren gestützt auf eine Eigenofferte häufig (aber nicht immer) weitere Eigenofferten von anderen Unternehmen (Konkurrenzofferten) ein. Das Projekt, für welches eine Eigenofferte erstellt ist, wird oft erst später oder auch gar nie ausgeführt (Verfügung Rz. 870).

8.2.1.6.2 Die *EO-Listen* sind, wie die MA-Listen, tabellarische Listen, auf welchen die acht Unternehmen festhielten, dass sie eine Eigenofferte (EO) für ein Projekt eingereicht haben (Verfügung Rz. 871 ff.). Die Meldungen der Eigenofferten erfolgten an die Implenia auf den in den MA-Programmen festgelegten „Abgabetermin“ bzw. mündlich an den MA-Sitzungen (Verfügung Rz. 920). Die jeweils aktualisierte EO-Liste hat die Implenia dann vor den MA-Sitzungen an die übrigen sieben Unternehmen versendet (Verfügung Rz. 864 ff., 912). Den Wettbewerbsbehörden liegen über 80 EO-Listen aus der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 sowie die diesbezüglichen Versand-E-Mails vor (Verfügung Rz. 873). Ebenfalls waren EO-Projekte auf den HA-Listen vermerkt (act. [...] S. 17 ff.). Entgegen den Feststellungen der Vorinstanz, wonach nicht mehr geklärt werden könne, ob die Implenia nach dem 11. Juni 2009 noch EO-Listen erstellt und versandt habe (Rz. 914 in fine), ist in den Akten der Hagedorn eine EO 2009_26 (act. [...] S. 182 ff.) zu finden, woraus zu schliessen ist, dass die Implenia diese EO-Liste den Unternehmen noch zustellte, da sich sonst die EO 2009_26 nicht in den Akten der Hagedorn hätte befinden können.

Nach Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts ist in Abbildung 1, welche der Tabelle 1 der Verfügung entspricht, ersichtlich, dass dort die EO-Listen erst durchgängig ab der EO 2006_10 aufgelistet sind. Zuvor waren nur vereinzelte EO-Listen in Abbildung 1/Tabelle 1 zu finden. So existierte nicht zu jeder MA-Liste eine parallele EO-Liste. Beispielsweise sind für das Jahr 2005 nur drei EO-Listen in Abbildung 1 aufgelistet (EO 2005_04, EO 2005_14 und EO 2005_50). Bis zur MA 2006_4 waren nach Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts auch in den MA-Listen vereinzelte Projektinteressen neben dem einen oder den beiden Sternen mit der EO- oder KV-Bezeichnung versehen. Erst ab der MA 2006_10 bzw. EO 2006_10 wurden dann die beiden Listensysteme durchwegs getrennt geführt.

8.2.1.6.3 Was den tabellarischen Aufbau der EOL betrifft, gilt die erste Spalte „NR“ der Nummerierung des Projektes (nachfolgend: EO Nr.). Vor dem 27. Februar 2007 erfolgte die Nummerierung der EO-Projekte wie beim MA-System (dynamisch), d. h. die Implenia hat die Eigenofferten pro EO-Liste nach Projektort (z. B. „Altendorf“, „Benken“, etc.) eingeordnet und durchnummeriert. Wurden EO-Projekte neu auf eine Liste aufgenommen oder gestrichen, so bekamen die bereits zuvor auf einer EO-Liste stehenden Eigenofferten eine neue Nummer zugeteilt, was zu Verschiebungen führte (Verfügung Rz. 871, 875; siehe dazu bei den MA-Listen

E. 8.2.1.2.2 f. und oben Abbildung 4, fiktives Beispiel einer Marktabklärungsliste). So ist bereits in der Mail zur EO 2007_7 vom 12. Februar 2007 der Hinweis zu finden, dass neu die Nummern der EO-Projekte von nun an bestehen bleiben und nicht mehr wechseln würden. Das heisst die Nummerierungen der Projekte seit der EO_2007_07 (act. [...] S. 1257 ff. [Selbstanzeiger-Akten]) waren in „Stein gemeisselt“. Die Projekte erhielten ab dann eine feste und unabänderliche Nummer bzw. Kennzahl, weshalb in der darauffolgenden EO 2007_09 am 27. Februar 2007 das neue Nummerierungssystem erstmals ersichtlich war (Verfügung Rz. 87, 896). Bis im Juni 2009 trugen die EO-Projekte nach Feststellungen der Vorinstanz eine Projektnummer von 1760 und höher. Der Aufbau der Listen blieb ansonsten derselbe (Verfügung Rz. 875, 889 f. mit Tabelle 26). Neu erfasste Eigenofferten wurden auf den EOL sowohl im alten wie auch im neuen System jeweils mit Fettschrift erfasst (Verfügung Rz. 911, Abbildungen 55.f; Ergänzung der Bonusmeldung der Implenia vom 23. Mai 2013, act. [...] S. 7 [Selbstanzeiger-Akten]). Anzumerken ist, dass beim MA-System im Gegensatz zum EO-System nie ein Wechsel zu einer festen Projektnummerierung erfolgt ist, weshalb die Vorinstanz in der von ihr erstellten kons. MAL (E. 8.2.1.4) zwecks eindeutiger Identifizierung der MA-Projekte eine eigene Nummerierung (MA WEKO Nr.) einführte.

8.2.1.6.4 Die zweite Spalte „Offertdatum“ bezieht sich jeweils auf das Datum, an welchem die Offerte angefragt oder eingereicht wurde. Die Spalten drei bis fünf („Standort“, „Projekt“ und „Bauherr“) dienen der Identifikation der Projekte. Die Vorinstanz legt dar, dass es sich um (fast) die gleichen Gemeinden der Bezirke See-Gaster, March und Höfe wie bei den MA-Listen handle. Die Spalten sechs und sieben sind gemäss Feststellungen der Vorinstanz mit „KV“ (Kostenvoranschlag) und „EO“ überschrieben. Mittels der Eintragung eines „x“ in den beiden Spalten konnte also pro Offerte vermerkt werden, ob das offerteinreichende Unternehmen einen Kostenvoranschlag (grober Überblick über die zu erbringenden Leistungen und den entsprechenden Preis) und/oder (später) ein eigenes detailliertes Leistungsverzeichnis (Eigenofferte) erstellt hat (Verfügung Rz. 876 ff.).

8.2.1.6.5 Die letzte Spalte „KZ“ steht nach Feststellung der Vorinstanz für „Kurzzeichen“, wo das die EO meldende Unternehmen vermerkt war. Bis zum 30. März 2004, also zwei Tage vor dem Inkrafttreten des sanktionsbewehrten Kartellgesetzes, waren die EO-Listen mit den Kürzeln der Unternehmen (DZ, HA, OB, IM, WB, RE, TO, BB) versehen; ab dem Versand der darauffolgenden EO-Liste (EO 2004_18) am 27. April 2004 (act. [...] S. 1750) waren sodann die EO-Listen mit den jeweiligen Kennziffern 1-8

der Unternehmen (vgl. E. 8.2.1.1.2, Abbildung 2) beschriftet. Die erstmals versendete Excel-EO-Datei trägt den Namen „Neue Struktur“ (Verfügung Rz. 879 m.H. auf act. [...] S. 1750, 975 [Selbstanzeiger-Akten]). Es ist auch die erste Liste, welche mit der Kalenderwoche bezeichnet ist (siehe Verfügung Rz. 310 Tabelle 1).

8.2.1.6.6 Nach Feststellungen der Vorinstanz hat sich aus den über 80 sichergestellten EO-Listen aus der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 ergeben, dass *alle acht* Unternehmen in diesem Zeitraum ihre erstellten Eigenofferten für die EO-Listen der Implenia bis zum Abgabedatum im MA-Programm gemeldet haben (Verfügung Rz. 881). Ebenfalls meldeten die Unternehmen der Implenia, welche EO-Aufträge sie erhalten haben oder welche anderweitig vergeben wurden. Diese Projekte wurden dann von der nachfolgenden EO-Liste entfernt (Verfügung Rz. 887, Abbildung 54).

Dieses Vorgehen (Meldungen für die EOL) ist ebenfalls vor Bundesverwaltungsgericht erstellt (vgl. dazu E. 10.12.2).

Die Vorinstanz konnte für die EO-Projekte nicht ermitteln, wer den Zuschlag erhalten hat. Zwar waren die Bauherren auch auf den EO-Listen ersichtlich, aber im Gegensatz zu den MA-Listen liessen sich über diese keine weiteren Informationen aus den Offertöffnungsprotokollen bzw. aus dem DOP ziehen. Zum anderen erachtete es die Vorinstanz als nicht realisierbar, alle in den EO-Listen aufgeführten Bauherren hinsichtlich der EO-Projekte zu befragen (Verfügung Rz. 893). Eine (geschätzte) Summe für das Bauobjekt oder dessen Wert ist weder in den EO-Meldungen noch in den EO-Listen angegeben (vgl. Verfügung Rz. 886 mit Abbildung 54).

8.2.1.6.7 Mit der Einreichung einer Eigenofferte wollten sich die acht Unternehmen nach Feststellungen der Vorinstanz jeweils das designierte Projekt vor dem Zugriff der anderen sieben Unternehmen schützen. Denn wenn ein Projekt bereits vergeben war oder ein Bauherr ohnehin keine Konkurrenzofferte einholen wollte, wäre die Meldung einer EO sinnlos gewesen (Verfügung Rz. 886, 903).

8.2.2 Grundlagen

8.2.2.1 Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder

bewirken. In Bezug auf die Begriffe der Vereinbarungen und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen stimmt Art. 4 Abs. 1 KG mit Art. 101 Abs. 1 AEUV überein (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1 *Pfizer II* m.H.; Urteil B-4024/2021 vom 6. Oktober 2025 E. 12.1.1 *Automobilleasing Ford Credit*). Der in Art. 4 Abs. 1 KG enthaltene *Abrede*begriff ist sehr weit gefasst. Es ist nicht von Relevanz, in welcher Form die Verhaltenskoordination stattgefunden hat. Vom Begriff der Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG werden auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle) erfasst (Urteile des BVGer B-4024/2021 vom E. 12.1.2 *Automobilleasing Ford Credit*; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 5.2.1.1 ff. *CA Auto Finance Suisse SA* [vormalig: *FCA Capital Suisse SA*]; B-141/2012 E. 4.2.1 *Estée Lauder*; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 48; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 28). Abreden laufen dem Selbständigkeitspostulat zuwider und sind deshalb geeignet, zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschliessen. Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten (BGE 147 II 72 E. 3.2 *Pfizer II*; Urteile B-4024/2021 E. 12.1.2 *Automobilleasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 5.2.1.1 *CA Auto Finance*). Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sind alternativ zu verstehen. Liegt eine Vereinbarung vor, muss eine abgestimmte Verhaltensweise nicht mehr geprüft werden (BGE 144 II 246 E. 6.4.1 *Altimum*; Urteil B-141/2012 E. 4.2.1 in fine *Estée Lauder*).

8.2.2.2 Das Vorliegen einer horizontalen wie auch vertikalen Wettbewerbsabrede setzt ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken voraus. Für die Feststellung, ob eine Vereinbarung vorliegt, können die allgemeinen Regeln von Art. 1 ff. OR angewendet werden. Der gegenseitige und übereinstimmende Willen der Parteien ist festzustellen, wobei dieser ausdrücklich oder stillschweigend geäußert werden kann (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR). Willenserklärungen und Willensbekundungen zwischen den Vertragsparteien sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Art. 18 OR), ohne Beachtung der von den Parteien verwendeten Ausdrucksweise. Stillschweigende Willensbekundungen sind insbesondere konkludente Handlungen, das heisst solche, deren Erfüllung einen bestimmten Willen voraussetzt, der sich auf das Verhältnis der Parteien bezieht (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.1 *Altimum* m.H.; Urteile B-4024/2021 E. 12.1.5 *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 7.1.3.4.2 *Estée Lauder*). Ein stillschweigender Konsens („Zusammen-Sinn“) ist die Resultante der von den Parteien abgegeben und wechselhaften Erklärungen. Er bezeichnet den Grundsatz

oder Inhalt der Einigung der Parteien. So ist die stillschweigende bzw. konkludente Willensäußerung, d.h. die schlüssige aus allen Umständen erlaubende Willensäußerung, der expliziten Willensäußerung gleichgestellt (CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, in: Widmer Lüchinger/Oser, Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7. Aufl. 2020, Art. 1 OR N 8, 17; nachfolgend: BSK OR – BEARBEITER). Zudem ist der Indizienbeweis zulässig (E. 6.5.2 m.H., 6.5.4). Demnach muss sich ein stillschweigender Konsens nicht explizit gestalten, was auch für einen Gesamtkonsens bzw. eine Gesamtabrede gilt.

8.2.2.3 Die gegenseitig übereinstimmenden Willenserklärungen (vgl. Art. 1 OR) bestehen letztlich aus nichts anderem als Informationen. Informationen sind demnach nicht nur die Basis von – einseitigen – Entscheidungen, sondern auch von Vereinbarungen. Der Informationsaustausch ist damit auch die Grundlage von Kooperation. Durch Kooperation lässt sich Wettbewerb einschränken (ANDREAS BLATTMANN, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, Diss. Zürich 2012, S. 267, nachfolgend: BLATTMANN).

8.2.2.4 Eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG kann als Gesamtabrede beurteilt werden, wenn ihr ein *Gesamtkonsens* (Willensübereinstimmung) zugrunde liegt. Es geht um die (vorgängige) Abrede über die einzelnen Projekte hinaus auf Grundlage eines Konsenses zur projektübergreifenden Koordination (vgl. Urteile B-3096/2018 E. 44, 47 *Foffa* und B-3290/2018 E. 48, 51 *Lazzarini*). Sodann erfordert eine Gesamtabrede nicht, dass eine Vielzahl von „Einzel-“ bzw. „Umsetzungsabreden“ oder „Umsetzungshandlungen“ einer einzelfallweisen und eigenständigen Qualifikation als Verstoss gegen Art. 4 f. KG zu unterziehen gewesen wären. Für das Vorliegen einer Gesamtabrede ist vielmehr ausschlaggebend, dass die Behörde einen unter Art. 4 Abs. 1 KG zu subsumierenden Gesamtkonsens überzeugend nachzuweisen vermag. Erst recht sind nicht fortwährende systematische Absprachen erforderlich (Urteile B-3096/2018 E. 49, 67 *Foffa* und B-3290/2018 E. 53 *Lazzarini*).

8.2.2.5 In der unionsrechtlichen Praxis ist betreffend einheitlichen und (dauernden oder) fortgesetzten Zuwiderhandlungen bzw. „Gesamtkartellen“ der Nachweis zu führen, dass das Unternehmen einerseits durch sein eigenes Verhalten zur Erreichung der von allen Beteiligten verfolgten gemeinsamen Ziele beitragen wollte und andererseits von dem von anderen Unternehmen in Verfolgung dieser Ziele beabsichtigten oder an den Tag

gelegten rechtswidrigen Verhalten wusste oder es vernünftigerweise vorhersehen konnte oder bereit war, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen (vgl. Urteile B-3096/2018 E. 47 *Foffa* und B-3290/2018 E. 51 *Lazzarini*; Urteil des EuGH vom 26. September 2018, Rs. C-99/17 *Infineon Technologies*, Rz. 172 m.H.). Demnach genügt die bloße Tatsache grundsätzlich nicht, dass eine Vereinbarung, an der sich das Unternehmen beteiligt hat, und ein Gesamtkartell den gleichen Gegenstand haben, um diesem Unternehmen die Beteiligung am Gesamtkartell zur Last zu legen (Urteile B-3096/2018 E. 47 *Foffa* und B-3290/2018 E. 51 *Lazzarini* m.H. auf das Urteil des EuG vom 12. Juli 2019, Rs. T-763/15 *Sony Optiarc*, Rz. 178 m.H.). Zudem weist die europäische Rechtsprechung in Bezug auf Art. 81 des Vertrags über die Europäische Union (EGV, Amtsblatt Nr. C 191/01) vom 29. Juli 1992 bzw. Art. 101 AEUV darauf hin, dass es gekünstelt wäre, das durch ein einziges Ziel gekennzeichnete kontinuierliche Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbständige Zuwiderhandlungen zu sehen (vgl. Urteil B-3096/2018 E. 48 *Foffa* m.H. auf Urteil des EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P *Anic Partecipazioni*, Rz. 82).

8.2.3 Standpunkte der Vorinstanz

Um die Vorbringen der Beschwerdeführerin besser zu verstehen, ist zuerst auf die Argumentation der Vorinstanz einzugehen.

8.2.3.1 Unter Berufung auf das EU-Wettbewerbsrecht und frühere Verfügungen schloss die *Vorinstanz* auf einen Dauerversstoss bzw. auf eine Gesamtabrede (Verfügung Rz. 1200 ff. m.H; Vernehmlassung Rz. 103). Die Vereinbarung über die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe im Rahmen des MA-Systems sowie des EO-Systems qualifizierte die Vorinstanz als Gesamtabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG (Verfügung Rz. 1451). Sie ging von einer weiten Auslegung des Vereinbarungsbegriffs in Art. 4 Abs. 1 KG aus. Dieser bedürfe keiner formellen vertraglichen Grundlage (z.B. Vertragsdokument). Er erfasse auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen (Gentlemen's Agreement). Die Vorinstanz stützte sich bei der Beurteilung des Konsenses auf Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 OR (Verfügung Rz. 1189-1192). Eventualiter schloss die Vorinstanz auf eine abgestimmte Verhaltensweise (Verfügung Rz. 1204).

8.2.3.2 Die Vorinstanz legte dar, dass die vorliegende Koordination sich sowohl auf von der öffentlichen Hand zu vergebende Projekte (MA-System) als auch auf von einem privaten Bauherrn zu vergebende Projekte bezogen habe (EO-System; Verfügung Rz. 1068). Das *MA-System* habe

zum Ziel gehabt, Interessensabklärungen zu ermöglichen, um den Zuschlaggewinner (schutznehmendes Unternehmen) und die Stützoffertsummen vor Ablauf der Eingabefrist festzulegen. Mit Hilfe des *EO-Systems* sei dasjenige Unternehmen, welches als Erstes auf Anfrage eines privaten Bauherrn eine EO erstellt habe, auf der EOL vermerkt worden, sodass die anderen Unternehmen bei einer Projekt-Anfrage ihre Offerte höher hätten ausgestalten können. Die Vorinstanz bewertete sowohl das MA- wie auch das EO-System als (*konkludente*) Einigung (Verfügung Rz. 1194 ff.).

Der Konsens zwischen den acht Unternehmen habe sich derart gestaltet, dass sich diese möglichst viele der im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems einvernehmlich hätten zuteilen wollen. Dabei *sei davon auszugehen*, dass diese Gesamtabrede auch eine Übereinkunft über das „Wie“ der Zuteilung enthalten habe (Verfügung Rz. 1198).

8.2.3.3 Eine Umsetzung der Gesamtabrede im Sinne von Einzelsubmissionsabreden sei nicht erforderlich, da diese als „Umsetzungsabreden“ von der Gesamtabrede miterfasst seien und ein einheitlicher und fortdauernder Zweck von Relevanz sei (Verfügung Rz. 1199 ff. m.H).

8.2.4 Vorbringen der Beschwerdeführerin und Würdigung der Rügen zur Gesamtabrede insgesamt

Vorliegend wird in E. 8.2.4 auf die Rügen eingegangen, welche das Konzept der Gesamtabrede insgesamt infrage stellen. In E. 8.2.5 wird sodann geprüft, ob ein Gesamtkonsens vorliegt.

8.2.4.1

8.2.4.1.1 Um den Kontext der Vorbringen der Beschwerdeführerin anschaulicher zu machen, ist vorab auf die Rechtsprechung zu den Submissionsabreden einzugehen.

8.2.4.1.2 In den vier Urteilen zu den *Aargauer Submissionsabsprachen* vom 25. Juni 2018 (B-807/2012 E. 8.1.13 *Erne*; B-771/2012 E. 6.1.12 *Cellerere*; B-829/2012 E. 7.1.12 *Granella*; B-880/2012 E. 8.1.10 *Umbricht*) zeigte das Bundesverwaltungsgericht auf, dass es neben den bewiesenen Einzelsubmissionsabsprachen kein hinreichend klares Muster erkennen konnte, welches über das von der Vorinstanz „angenommene Dach“ als verbindendes Element zwischen den einzelnen angeblich abgesprochenen Projekten hinausgehe. Denn es liege auf der Hand, dass die Einzelprojekte

ohne Weiteres auch ohne „explizite Vereinbarung mit festgelegtem Rotationsystem“ wie im Fall *Strassenbeläge Tessin* in einem grösseren Zusammenhang zueinander stehen könnten (vgl. insb. Urteil B-807/2012 E. 8.5.4.5 *Erne*).

8.2.4.1.3 Gegenstand der (schriftlichen) Konvention im Urteil *Strassenbeläge Tessin* waren sämtliche Aufträge der öffentlichen Vergabestellen über Fr. 20'000.– unter Beachtung der Zuteilungskriterien Arbeitsbelastung, Ortsbezogenheit, Spezialisierung etc. Die Auftragssummen der vergebenen Arbeiten wurden im Tessiner Fall vor der Zuteilung mit einem Faktor multipliziert, der je nach Unternehmen unterschiedlich war (Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 6 *Strassenbeläge Tessin*).

8.2.4.1.4 In den Urteilen *Engadin I* subsumierte das Bundesverwaltungsgericht unter Berufung auf die unionsrechtliche Praxis im Jahr 2023 die (vorgängige) Abrede über die einzelnen Projekte hinaus als Konsens zur projektübergreifenden Koordination unter eine Wettbewerbsabrede (Gesamtabrede) nach Art. 4 Abs. 1 KG, wobei es nicht auf Einzelabreden abstellte (Urteile B-3096/2018 E. 44 f., 47 f., 49, 67 *Foffa* und B-3290/2018 E. 48, 51, 53 *Lazzarini*; E. 8.2.2.4 f.).

8.2.4.2

8.2.4.2.1 Die *Beschwerdeführerin* ist mit der vorinstanzlichen Beurteilung einer Gesamtabrede nicht einverstanden. Sie weist diese Konzeption insgesamt von der Hand (Beschwerde Rz. 14, 190 f., 192 ff., 202 ff., 204 ff., 214 ff., 218 ff., 225 ff., Replik Rz. 31 ff., 53 f., 61 ff.; Stellungnahme zur Duplik Rz. 15 f., Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 6 ff., 16). Sie beruft sich dabei auf die frühere Rechtsprechung der Vorinstanz und des Bundesverwaltungsgerichts zu Submissionsabreden sowie auf die europäische Rechtsprechung zu Gesamtabreden (Beschwerde Rz. 14, 190 ff., 192 ff., 202 ff., 214 ff., 218 ff., 228; Replik Rz. 54 ff., 61 ff., Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 6 ff., 16, 22 f.).

8.2.4.2.2 Die *Beschwerdeführerin* fordert für eine Gesamtabrede generell abstrakte Kriterien, wie eine schriftliche bzw. explizite (und nicht eine konkludente) Vereinbarung mit einem im Voraus festgelegten Rotationssystem wie z.B. im Urteil *Strassenbeläge Tessin* (B-420/2008) bzw. eine systematische Koordination, welche möglichst viele Strassen- und Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet abdecken würde. Eine umfassende Zuteilung sei jedoch vorliegend nicht ersichtlich. So habe die Vorinstanz auf eine hohe Anzahl von Freigaben geschlossen. Ausserdem habe die Vorinstanz (zu

Unrecht) auf den Nachweis von Individualabreden verzichtet. Denn die Markierungen (Sterne bzw. Schutz) auf den MA- und/oder HA-Listen würden weder die Einzelsubmissionsabsprachen noch deren Umsetzung beweisen. Hierzu seien auch die ökonomischen Analysen der Vorinstanz nicht hilfreich. Auch in Bezug auf die Eigenofferten fehle ein entsprechender Nachweis, dass das Unternehmen, das eine EO gemeldet habe, auch durch Stützofferten unterstützt worden sei (Beschwerde Rz. 14, 113 ff., 170 ff., 189 ff., 207 ff., 210 ff., 215 f.; Replik Rz. 33, 36 ff., 51, 54 ff., 57 ff.; Stellungnahme zur Duplik Rz. 14; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 9, 11 ff.). Ein Grundkonsens, weitere Abreden zu treffen, reiche als Beurteilungskriterium nicht aus; es brauche darüber hinaus gehende Anforderungen (Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 11). Im Sinne der EU-Rechtsprechung sei ein gemeinsames, komplementäres und übergeordnetes Ziel sowie die Verbindung zwischen den Einzelabsprachen bzw. ein Gesamtplan erforderlich, was jedoch vorliegend nicht nachgewiesen sei. Projektbezogene Vereinbarungen sowie situatives Abredevverhalten seien zumeist in einem zufälligen Rhythmus erfolgt, was den soeben genannten Zielerfordernissen nicht nachkomme (Beschwerde Rz. 194 ff., 202, 204 ff., 218 ff., 224 ff., 227; Replik Rz. 54 f.; Stellungnahme zur Duplik Rz. 13; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 13 f.).

8.2.4.2.3 Da die Vorinstanz in den Aargauer Fällen (*Aargauer Submissionsabsprachen*, RPW 2012/2 S. 270 ff., 388 Rz. 956) kein Rotationssystem, sondern nur eine lose Rahmenvereinbarung als „Dach“ über einzelne abgesprochene Projekte bejaht habe, habe sie dort Einzelabreden geprüft. Dass Einzelabreden in der Aargauer Fallkonstellation geprüft werden müssen, habe auch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt (E. 8.2.4.1.2 m.H.). Ebenfalls habe die Vorinstanz in den Zürcher Fällen (*Wettbewerbsabsprachen im Kanton Zürich*, RPW 2013/4 S. 524 ff., S. 559 f., S. 572 f., Rz. 174 ff., 267 ff., 299 ff.) auf Einzelabreden geschlossen (Beschwerde Rz. 203 ff.; Replik Rz. 61 ff.). Denn in beiden Fällen hätten sich die Abreden – wie auch vorliegend – situativ und projektbezogen gestaltet. Ein Rotationssystem habe auch im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen werden können. Daher hätte die Vorinstanz im vorliegenden Fall, wie sie es auch in den Aargauer und Zürcher Entscheiden getan habe, Einzelabreden prüfen sollen. Auf Einzelabreden habe sich die Vorinstanz auch im Fall *Elektroinstallationsbetriebe Bern* (RPW 2009/3, 196 ff., 204 Rz. 51 ff.) bezogen. Hier seien über 100 Projekte an sogenannten „E-7-Treffen“ abgesprochen worden. Diese „E7-Treffen“ hätten das situative (Absprache-) Verhalten institutionalisiert, was umso mehr für die Prüfung von Einzelabreden spreche (Beschwerde Rz. 203, 219; Replik Rz. 61 f.).

8.2.4.3

8.2.4.3.1 Soweit die Beschwerdeführerin generell-abstrakte Kriterien, eine systematische Koordination, wie ein Rotationssystem, oder einen (finanziellen) Ausgleichsmechanismus verlangt, verkennt sie, dass sich die *Beurteilung des bewussten und gewollten Zusammenwirkens* auf die Regeln des Obligationenrechts stützt. In diesem Sinne kann ein Wille ausdrücklich oder stillschweigend bzw. konkludent (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR) geäußert werden (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.1 *Altimum*; Urteil B-4024/2021 E. 12.1.5 *Automobilleasing Ford Credit*; E. 8.2.2.1 f.), was auch für einen Informationsaustausch gilt (BLATTMANN, S. 267). Demnach kommt die in der „Tessiner Konvention“ geregelte Projektzuteilung und Rotation einer „expliziten Willensäußerung“ näher. Allerdings kann, wie bereits mehrfach erwähnt, auch die konkludente Willensäußerung (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR) bzw. ein konkludenter Konsens Gegenstand von Art. 4 Abs. 1 KG sein. Zudem werden vom Begriff der Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle) erfasst. Ausserdem ist der Abredebegriff in Art. 4 Abs. 1 KG an keine Form gebunden (Urteile B-4024/2021 E. 12.1.2 *Automobilleasing Ford Credit*; B-4596/2019 E. 5.2.1.1 *CA Auto Finance Suisse SA* und B-141/2012 E. 4.4.3.1.3, 4.4.3.7.3 *Estée Lauder*; E. 8.2.2.1), weshalb es keine Rolle spielt, ob die Projektzuteilung geregelt oder situativ bzw. an den MA-Sitzungen oder an den „Lead“-Besprechungen oder gar konkludent erfolgt ist. In diesem Sinne hilft es der Beschwerdeführerin auch nicht weiter, wenn sie sich hierzu auf die Aussagen der Selbstanzeiger (Beschwerde Rz. 208) beruft.

8.2.4.3.2 Des Weiteren lässt das Kartellrecht unter Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG die Prüfung der Widerlegung der Vermutung zur Wettbewerbsbeseitigung zu (vgl. insb. BGE 143 II 297 E. 4.1 f. *Gaba*; Urteile 2C_785/2022 vom 16. April 2024 E. 5.6.1 *VPVW Stammtische/Projekt Repo* und B-4024/2021 E. 15.1.2 15.3.1 *Automobilleasing Ford Credit*), weshalb aus kartellrechtssystematischer Sicht auch Art. 4 Abs. 1 KG, die Vorstufe von Art. 5 KG, nicht nur vollumfassende Wettbewerbsabreden ins Visier fassen kann (E. 9.3, 9.4.3.7.5.2). Daher helfen der Beschwerdeführerin die Argumente, dass es Freigaben gegeben habe oder dass die Berechnungen der Erfolgsquote nicht stimmen würden, nicht weiter (vgl. E. 9.3; siehe auch Vernehmlassung Rz. 36, 41). Was die Rüge (Stellungnahme zur Duplik Rz. 14) angeht, dass sich Freigaben doch sehr kompetitiv gestaltet hätten, übersieht die Beschwerdeführerin hier den Gesamtkontext in Bezug auf das MA- und EO-System, da sich eine Freigabe jeweils auf ein einzelnes Projekt bezieht (E. 8.4.3.1.2). Ausserdem legt die Vorinstanz richtig dar

(Duplik Rz. 25), dass sich ohne Zuteilungskonsens die Freigaben ohnehin als obsolet erwiesen hätten, da es ohne diesen gar keine Freigabe-Entscheidung gebraucht hätte, um auf die Projekt-Zuteilung zu verzichten.

Demnach ist im Kartellgesetz selbst die Grundlage für die Prüfung eines (konkludenten) Gesamtkonsenses ersichtlich (vgl. auch Vernehmlassung Rz. 35, 99), weshalb sich die Frage erübrigt, ob dies eine Rechts- oder Sachverhaltsfrage darstellt oder ob es weitere Prüfungskriterien zu einem Gesamtkonsens braucht. In diesem Sinne hat die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme zur Gesamtabrede (S. 3 f.) richtig dargelegt, dass eine Gesamtabrede verschiedene Organisationsgrade (vom Quotensystem bis zur ad hoc-Vereinbarung) aufweisen kann. Daher sind ein festes Rotationssystem mit Ausgleichs- oder Kompensationssystematik oder einem Vereinbarungstext nicht erforderlich. Demnach reicht – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – ein konkludenter Gesamtkonsens als Prüfungskriterium aus. Dies haben auch die Urteile in Sachen *Engadin I* (vgl. insb. Urteil B-3096/2018 E. 44 *Foffa*) bestätigt. Vorliegend wird in E. 8.2.5 geprüft, ob dem MA- und/oder EO-System ein Gesamtkonsens inhärent ist.

8.2.4.3.3 Erst recht sind auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG die Prüfung von Einzel- oder Umsetzungsabreden (Urteile B-3096/2018 E. 49 *Foffa* und B-3290/2018 E. 53 *Lazzarini*) oder der Beweise hierzu nicht erforderlich. Eine Umsetzung ist auch bei einem konkludenten Konsens nicht erforderlich. Demnach erweisen sich die Rügen, dass die Markierungen auf den HA-Listen („S“) oder auf den MA-Listen (Sterne) ohnehin nicht eine Einzelsubmissionsabsprache beweisen, mit Blick auf die Prüfung von einem Gesamtkonsens als unbegründet. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Vorinstanz habe nicht nachweisen können, ob die auf den MA-Listen markierten Projekte in der Tat entsprechend ihrer Markierungen zugewiesen worden seien, erweisen sich diese Rügen ebenfalls als unbegründet, da sie bereits auf die erfolgte Umsetzung zielen. Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Rügen, dass nicht erstellt sei, ob der Erstofferent einer Eigenofferte wirklich Schutz von den weiteren EO-Offerten erhalten habe. Soweit die Rügen darauf zielen, dass die „ökonomische und statistische Analyse“ der Vorinstanz (act. [...]) nicht einmal eine Umsetzung habe nachweisen können, erweisen sie sich daher auch als nicht stichhaltig.

8.2.4.3.4 Was das Verständnis der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Auslegung der EU-Rechtsprechung zur Gesamtabrede angeht, ist sie da-

rauf hinzuweisen, dass die Urteile *Engadin I* das Konzept der Gesamtabrede aus dem EU-Recht übernommen haben (vgl. Urteile B-3096/2018 E. 42 ff. *Foffa*; B-3097/2018 E. 52 ff. *Koch*; B-3290/2018 E. 46 ff. *Lazzarini*; E. 8.2.2.5). Soweit die Beschwerdeführerin im Sinne der EU-Rechtsprechung ein gemeinsames, komplementäres und übergeordnetes Ziel sowie eine Verbindung zwischen den Einzelabsprachen bzw. einen Gesamtplan voraussetzt, wird in E. 8.2.5 geprüft, ob dem MA- und/oder EO-System ein (Gesamt-)konsens inhärent ist. Wie gerade oben ausgeführt, müssen diesem (Gesamt-)konsens jedoch keine generell-abstrakten Kriterien, wie eine systematische Koordination oder ein Rotationssystem zugrunde liegen. Ohnehin entstammen die Begrifflichkeiten der Vereinbarung und der abgestimmten Verhaltensweise aus Art. 4 Abs. 1 KG dem EU-Kartellrecht (Art. 101 Abs. 1 AEUV; vgl. E. 8.2.2.1).

Soweit die Beschwerdeführerin das Konzept der Gesamtabrede in Bezug auf frühere Entscheide generell von der Hand weisen will, dringt sie ebenfalls mit diesen Rügen nicht durch, da diese früheren Entscheide auch von den soeben zitierten Urteilen in Sachen *Engadin I* überholt sind.

8.2.4.3.5 Sodann kann aus dem Nichtvorhandensein von konkreten Beweisen betreffend ein übergeordnetes verbindendes Element (z.B. „Dach“ oder „Rahmenvereinbarung“) in den *Aargauer Urteilen* nicht generell auf das Nichtvorhandensein von solchen Beweisen im vorliegenden Fall geschlossen werden.

8.2.4.3.6 So lagen den Aargauer-Fällen keine den MA- und EO-Listen vergleichbaren Listen, welche zwischen allen beteiligten Unternehmen zirkulierten, zugrunde. Es gab einzig die sog. *Birchmeier-Liste*, d.h. ein neunseitiges, vom Unternehmen Birchmeier stammendes handschriftliches tabellarisches Dokument, in welchem dieses Unternehmen während der Dauer der Absprachetätigkeit über die von ihr geschützten Projekte Buch geführt hatte (Urteile 2C_845/2018 E. 2.5 *Umbricht*; B-880/2012 *Umbricht* und B-807/2012 *Erne* beide E. 8.6.1 m.H. auf Verfügung *Aargauer Submissionsabsprachen*, RPW 2012/2 S. 270 ff., 388 Rz. 942). Die Birchmeier-Liste weist höchstens zu den HAL Parallelen auf. Im Gegensatz zu den Aargauer Fällen existieren vorliegend die MA- und EO-Listen als verbindendes Glied zwischen den einzelnen Projekten.

8.2.4.3.7 Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter (Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 10 f.), dass die Vorinstanz betreffend die Gesamt-

abrede vom Vorgehen eines „ökonomisch rational“ denkenden Unternehmens ausgegangen sei. Wenn ein solches in einer Einzelabrede Schutz gewähre, rechne es danach damit, „etwas zu Gute“ zu haben. Entsprechend dieser Argumentationslinie habe jedes Unternehmen, das in einer Einzelabrede Schutz gewährt hat, danach „etwas zu Gute“ (z.B. Schutz durch eine weitere Abrede). In den Aargauer Fällen hätte man bei diesem Konstrukt konsequenterweise auf Einzelabreden geschlossen. Wie bereits aufgeführt, lag dort aber kein dem MA- und EO-System entsprechendes Konstrukt vor. Vorliegend hat die Vorinstanz jedoch das MA- und EO-System in Bezug auf eine Gesamtabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG geprüft (Verfügung Rz. 282 ff., 864 ff., 1194 ff.) und sich nicht einzig auf die Argumentationsstruktur des „ökonomisch rational denkenden Unternehmens“ gestützt.

8.2.4.3.8 Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die WEKO-Verfügung *Elektroinstallationsbetriebe Bern* beruft und hieraus die Prüfung von Einzelabreden ableiten will, übersieht sie, dass es sich in diesem Fall um eine *einvernehmliche Regelung* gehandelt hat. Die 100 diesem Fall zugrundeliegenden Absprachen wurden daher, unabhängig davon, ob sie bestritten waren oder nicht, *im Einzelnen nicht* geprüft (RPW 2009/3, 196 ff., 204 Rz. 51 ff., 53 mit Fn. 53). Demnach kann die Beschwerdeführerin in dieser Hinsicht keine Schlussfolgerungen aus dem Fall *Elektroinstallationsbetriebe Bern* ziehen.

8.2.4.4 Ob das MA- bzw. EO-System als ein Gesamtkonsens oder als eine Gesamtabrede unter die in Art. 4 Abs. 1 KG genannte Vereinbarung oder unter eine abgestimmte Verhaltensweise zu subsumieren ist, ist gesondert in E. 8.2.5 zu prüfen. Eine Gesamtabrede ist jedenfalls gemäss den gesetzlichen Grundlagen und der aktuellen Rechtsprechung nicht schon per se als ein unzulässiges Konstrukt zu verstehen.

8.2.5 Vorliegen eines sachlichen Gesamtkonsenses

8.2.5.1 Unstrittig ist, dass es sich vorliegend um Unternehmen auf gleicher Marktstufe handelt. Näher zu prüfen bleibt, ob dem MA- und EO-System sowie dem damit verbundenen Informationsaustausch ein Gesamtkonsens zugrunde liegt.

8.2.5.2 Was die Voraussetzungen für einen Gesamtkonsens angeht, wurde bereits in E. 8.2.4.3.1 f. aufgezeigt, dass Art. 1 Abs. 2 OR neben der ausdrücklichen Willensäusserung (z.B. eine Konvention) auch die stillschwei-

gende bzw. konkludente Willensäußerung erfasst und die Form der Willensäußerung nicht von Relevanz ist (vgl. E. 8.2.2.1 ff. m.H.). Zudem ist der Indizienbeweis zulässig (E. 6.5.2 ff. m.H.). Demnach ist ein schriftlich verfasstes Dokument mit einem Vereinbarungstext oder eine Konvention über eine geregelte bzw. umfassende Projektzuteilung, wie es die Beschwerdeführerin verlangt, nicht erforderlich (E. 8.2.4.3.1 f.; vgl. auch Vernehmlassung Rz. 35). Vorliegend sind die Echtheit der Mails, denen Urkundenqualität zukommt (E. 6.4.2 f. m.H.) und der den Mails angehängten MA- sowie EO-Listen nicht bestritten. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Beschwerdeführerin gegen sogenannte „Falscheinträge“ zum Zeitpunkt des Listenversandes zur Wehr setzte. Demnach sind die Mails des MA- und EO-Systems sowie deren Anhänge wie auch die HA-Listen (vgl. E. 8.2.1.3.2, 8.2.1.3.2.3) dem Beweis betreffend den Gesamtkonsens ohne Weiteres zugänglich.

Wie in E. 8.2.4.3.4 ausgeführt, ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass für eine Gesamtabrede ein gemeinsames, komplementäres und übergeordnetes Ziel, eine Verbindung zwischen den Einzelabsprachen sowie ein Gesamtplan nachgewiesen werden müsse. Allerdings fehle es an einem solchen Nachweis.

Im Folgenden sind das MA- und EO-System mit Blick auf einen Gesamtkonsens zu prüfen. Es ist zuerst zu eruieren, ob die beiden Systeme insgesamt oder separat zu prüfen sind. Hierzu sind die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Systeme zu beleuchten:

8.2.5.2.1 Die Bezeichnung beider Listentypen erfolgte nach derselben Systematik: „Marktabklärung (MA)“ oder „Eigenofferte (EO)“ <Jahreszahl> Nr. <Kalenderwoche>“ z.B. „MA 2009_16“ = MA-Liste der 16. Kalenderwoche im Jahr 2009; „EO 2009_24“ = EO-Liste der 24. Kalenderwoche im Jahr 2009; Verfügung Rz. 547, 873; vgl. E. 8.2.1.1.5).

8.2.5.2.2 Weiter wechselten beide Listentypen ab 2004 (EO 2004_18; MA 2004_20), also mit der Einführung der Kartellsanktionen, erstmals ihre Unternehmensbezeichnungen von Kürzeln (DZ, HA, OB, IM, WB, RE, TO, BB) zu den Kennzahlen 1-8 (Verfügung Rz 286 ff., 879, 975; E. 8.2.1.1.2., 8.2.1.6.5). Die Rückkehr zur Bezeichnung mit Kürzeln bei einigen MA-Listen im Jahr 2005 vermag an diesem Umstand nichts zu ändern.

8.2.5.2.3 Zudem weisen beide Listentypen alphabetisch nach Ortschaften, Angaben zu Projekt, Projektort und Bauherr samt Nummerierung auf, wobei anzumerken ist, dass die EO-Listen im Jahr 2007 – im Gegensatz zu den MA-Listen – ihr dynamisches Nummerierungssystem in ein fixes Nummerierungssystem wechselten (Verfügung Rz. 540 f., 875; E. 8.2.1.6.3). Dies hat jedoch vor allem Auswirkungen auf die Projektspezifizierung und weniger auf das Gesamtsystem, weshalb dadurch die Parallelität der beiden Systeme nicht in Frage gestellt wird. Die Kundgabe eines Projektinteresses mittels Sterne in den MAL bzw. mittels der Deklaration einer EO bzw. eines Kostenvoranschlags auf den EOL vermag ebenfalls die Gemeinsamkeiten der beiden Systeme nicht in Frage zu stellen. Zudem ging der Versand der EO-Listen mit den MA-Listen auf den jeweils folgenden MA-Sitzungszeitpunkt einher (E. 8.2.1.1.1, 8.2.1.6.2; Verfügung Rz. 920).

8.2.5.2.4 Da vor der MA 2006_10 bei vereinzelt MA-Projekten, welche mit einem oder zwei Sternen versehen waren, zusätzlich die Bezeichnung „EO“ oder „KV“ vermerkt war (vgl. dazu E. 8.2.1.6.2), ergibt sich erst recht, dass das EO-System aus dem MA-System hervorgegangen ist.

8.2.5.2.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass die MA-Listen und die EO-Listen zusammen und nicht isoliert zu betrachten sind. Kam ein neues Projekt auf den Markt, so durchlief es, wenn es ausgeschrieben wurde, das MA-System oder das EO-System. Demnach gingen die beiden Listensysteme – trotz spezifischer Besonderheiten – „Hand in Hand“ einher. Es gab für jedes Projekt ein „Auffangbecken“ je Listensystem.

8.2.5.3 Der Gesamtkonsens umfasste verschiedene Aspekte:

Da nun erstellt ist, dass das MA- und EO-System insgesamt zu betrachten sind, ist im Folgenden der dem MA- und EO-System zugrundeliegende Gesamtkonsens, welcher auf vier Aspekten beruht, zu prüfen:

8.2.5.3.1 *Erstens* zeigen die MA- und EO-Listen, dass es um die *Informationsbeschaffung* betreffend die Projekte ging (E. 8.2.1.2.3). Dies ist umso mehr aufgrund der Anzahl der dem MA- und EO-System zugeführten Projekte ersichtlich. Nach Feststellungen der Vorinstanz ging es um 750 MA-Projekte auf rund 90 MA-Listen, wovon die Vorinstanz 392 Projekte identifizieren konnte und 189 der identifizierten MA-Projekte mit einem oder zwei Sternen auf den MAL versehen waren (Verfügung Rz. 763 ff., 797 ff. mit Tabelle 15; vgl. E. 8.2.1.4.2). Zudem handelte es sich um rund je 500 in

den Jahren 2007 sowie 2008 gemeldete EO-Projekte und 290 Neumeldungen in der ersten Hälfte des Jahres 2009 (Verfügung Rz. 797 ff. mit Tabelle 27). Demnach bildeten das MA- und EO-System ein Gerüst zur Informationsbeschaffung („*Informationsteppich*“) von einer nicht unbeträchtlichen Zahl von öffentlichen und privaten Projekten. Dieser „*Informationsteppich*“ war nur den acht Unternehmen und nicht weiteren Bauunternehmen zugänglich.

Dem MA-System lag ein Projektmeldemechanismus über die in der Region ausstehenden Projekte zugrunde. Die Teilnahme daran ist auch der Beschwerdeführerin nach 2004 zuzurechnen (E. 8.2.5.5.2). Was das EO-System betrifft, so existierte im Gegensatz zum MA-System kein separater Projektmeldemechanismus. Aber dasjenige der acht Unternehmen, das eine EO oder einen Kostenvoranschlag (KV) einreichte, meldete das Projekt auch für die EO-Listen (Verfügung Rz. 886), weshalb sich im EO-System der Projektmeldemechanismus aus faktischen Gegebenheiten ergab.

Daher erfasste der *erste Aspekt* des Konsenses die Schaffung des „*Informationsteppichs*“, indem die acht Unternehmen das von ihnen geschaffene MA- und EO-System mit Projekten bewirtschafteten.

8.2.5.3.2 *Zweitens* ging es um die Ermittlung von Interessen. Die Ermittlung der Interessen betreffend MA- oder EO-Projekte gestaltete sich unterschiedlich. Beim MA-System bekundeten die acht Unternehmen ihre Interessen mittels einem oder zwei Sternen (Verfügung Rz. 550, 575 f.; E. 8.2.1.2.2). Beim EO-System war das Interesse des Ersteinreichenden einer Eigenofferte oder des KV durch die Projektmeldung ersichtlich. Nach Feststellungen der Vorinstanz haben alle acht Unternehmen im beurteilungsrelevanten Zeitraum auch regelmässig Projekte für die EO-Listen gemeldet (Verfügung Rz. 886, 889, Tabelle 26; E. 8.2.5.3.1). In diesem Sinne ist auch auf die älteren MA-Listen der Jahre 2004, 2005 und zu Beginn des Jahres 2006 zu verweisen, da in diesen Listen bei vereinzelt Sternen zusätzlich die Bezeichnung „EO“ oder „KV“ vermerkt war (E. 8.2.1.6.2). Je nach System hatte man sich also auf eine gemeinsame „Sprache“ betreffend das Interesse an einem Projekt geeinigt.

8.2.5.3.3 *Drittens* ging es bei beiden Systemen um ein Sichtbarmachen von *Interessenskonflikten*. Beim MA-System waren die Interessen mittels einem oder zwei Sternen ersichtlich. Falls bei mehr als einem Unternehmen ein Stern vermerkt war, lag offensichtlich ein Konflikt vor. Zudem gab es jeweils am Ende der Listen die „Total-A-Interessen“ (Verfügung

Rz. 584 ff.), welche die Summen der geltend gemachten Interessen aufzeigten (E. 8.2.1.2.4). Der Mechanismus der „Total-A-Interessen“ indiziert ein Gesamtkonstrukt, da er auf den übergeordneten Aspekt hinweist. Denn die „Total-A-Interessen“ fungierten als Hilfestellung zur „fairen“ Interessenverteilung.

Beim EO-System waren die Interessen durch das meldende Unternehmen „markiert“. Hätte ein anderes Unternehmen zum gleichen Projekt ebenfalls eine EO-Meldung erstattet, wäre ebenfalls ein Interessenskonflikt ersichtlich gewesen.

8.2.5.3.4 *Viertens* ging es um die Schaffung einer einvernehmlichen Lösung der Interessenkonflikte. In Bezug auf das EO-System war der Interessenkonflikt durch die Erstmeldung der EO, da in der Regel der Erstofferierende das Projekt auch zugesprochen erhielt, „gelöst“. Im MA-System bildeten die Sitzungen Grundlage für die Planung weiterer Verhandlungen. Hier beschlossen die acht Unternehmen, wer den „Lead“ weiterer Verhandlungen übernehmen sollte (Verfügung Rz. 606, 652 f., 672; E. 8.2.1.2.5).

Dies zeigen insb. die HA-Listen auf (zur Beweisqualität der HA-Listen, vgl. E. 8.2.1.3.2), welche festhalten, welches Unternehmen Schutz oder Teilschutz erhielt. So war zudem auf den HA-Listen (und teilweise auch auf den Offertöffnungsprotokollen) ersichtlich, wer das Projekt in der Tat zugeteilt erhielt. Daneben war an den MA-Sitzungen Thema, ob ein MA-Projekt bei grossem Auftragswert (Verfügung Rz. 688) oder zu vielen Interessenten „dem Wettbewerb preiszugeben“ bzw. „freizugeben“ war (vgl. dazu die MA 2009_16 Nr. 98, Projekt F [...] mit der Handeintragung „Freigabe“ durch einen Vertreter der Hagedorn, abgebildet in Verfügung Rz. 344 f. Abbildung 27, 661 Abbildung 37, siehe dazu auch die MA 2009_16 mit Handnotizen in E. 9.7.3.2). In diesem Sinne erschien auch in den HA-Listen der Begriff „Freigabe“ oder ab 2009 „OFFEN“.

8.2.5.4 Daher liegen in casu insgesamt vier Aspekte bezüglich eines (tatsächlichen) Gesamtkonsenses vor.

Demnach ist der Konsens so zu umschreiben, dass das MA- und EO-System als *Fundament zur einvernehmlichen Projektzuteilung* gedient hat.

Daher stehen die MA und EO-Listen als komplementäres und übergeordnetes System über und zwischen den einzelnen Projekten bzw. Absprachen. Soweit die Beschwerdeführerin mit dem fehlenden Nachweis eines

übergeordneten Systems argumentiert (Beschwerde Rz. 187 ff., 206; Replik Rz. 53 ff.; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz.11, 25), ist sie darauf hinzuweisen, dass nach Feststellung der Vorinstanz ca. 90 MA-Listen und über 80 EO-Listen vorliegen (Verfügung Rz. 760, 873). Die MA- und EO-Listen haben alle acht Unternehmen bis zum Abschluss des beanstandeten Verhaltens jeweils per Mail zugestellt erhalten (E. 8.1, 8.2.1.1.1, 8.2.5.5.2, 10.7, 10.10.1). E-Mails kommt Urkundenqualität zu (E. 6.4.2). Ebenfalls haben die HA-Listen (zur Beweisqualität der HAL vgl. E. 8.2.1.3.2) dieses Verhalten dokumentiert, weshalb entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin die Anforderungen des „*Vollbeweises*“ oder des „*Überzeugungsbeweises*“ (E. 6.5.1, 6.5.4; 8.2.2.2) erfüllt sind. Demnach liegt auch, wie bereits in E. 8.2.4.3.5 f. ausgeführt, eine andere Konstellation als in den *Aargauer* Fällen vor, da diesen Fällen keine den MA- und EO-Listen vergleichbaren Listen zugrunde lagen. Dass ein konkludenter (und auch nicht umfassender) Konsens ohne Kontrollmechanismen und auch ein Indizienbeweis die Anforderungen eines Gesamtkonsenses erfüllt, wurde bereits in E. 8.2.2.1 ff., 8.2.4.3.1 f. und 8.2.5.2 aufgezeigt. Auch die situative Abredeteilung ist daher – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (Stellungnahme zur Duplik Rz. 14) – Bestandteil dieses Gesamtkonsenses.

Bevor der Gesamtkonsens insgesamt bejaht werden kann, müssen aber *weitere Rügen*, welche diesen infrage stellen, aufgegriffen werden.

8.2.5.5

8.2.5.5.1 Was die Rüge angeht (Beschwerde Rz. 101 ff, 105, 110; Replik Rz. 36 ff., 42), die Vorinstanz sei nicht in der Lage gewesen, mit ihren statistischen Analysen den Beweis für eine Gesamtabrede zu erbringen, erweist sich diese als nicht stichhaltig, da wie gerade oben aufgezeigt, das MA- und EO-System insgesamt die Beweisanforderungen an einen Gesamtkonsens erfüllt.

8.2.5.5.2 Soweit die Beschwerdeführerin ihre individuelle Teilnahme am MA- und EO-System und an den diesbezüglichen Sitzungen infrage stellt, ist festzuhalten, dass *alle acht* Unternehmen (so auch die Beschwerdeführerin) bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009 die MA-Listen (vgl. act. [...] S. 446) und EO-Listen (act. [...] S. 374) per Mail (zur Urkundenqualität von Mails vgl. E. 6.4.2 f. m.H.) zugestellt erhalten haben (E. 8.2.1.1.4). Sie haben sich nicht gegen die Zustellung zur Wehr gesetzt (E. 8.2.5.2, 10.6 f.). Die Beschwerdeführerin hat sich auch nicht aktiv von diesen Mails distanziert und hat damit von den diesen Mails angehängten

MA- und EO-Listen sowie von deren Inhalten Kenntnis genommen (E. 10.6 f.). Die Vorinstanz hat die acht Unternehmen in Bezug auf die Sitzungsteilnahme geprüft (vgl. Verfügung Rz. 322 ff., 379 ff.), weshalb keine Umkehr der Beweislast vorliegt (E. 6.1 f., 10.6 f. m.H. auf E. 10.10 ff.). Auf den MA- und EO-Listen war zudem die Beschwerdeführerin bis zuletzt unter der „Kennziffer 2“ aufgeführt. Dasselbe gilt auch für die Terminlisten der MA-Sitzungen, wo die Beschwerdeführerin turnusmässig über mehrere Jahre an den MA-Sitzungen als Gastgeberin eingeplant war (Verfügung Rz. 314; E. 8.2.1.1.3 mit Abbildung 3 [entspricht Verfügung Rz. 298 Abbildung 25]). Ausserdem geht es bei der Beurteilung des vorliegenden Gesamtkonsenses nicht nur um die Sitzungen und die Teilnahme daran, sondern um das Gesamtkonstrukt der einvernehmlichen Projektzuteilungen. Hiervon sind neben den E-Mails samt Listen auch die sogenannten „Lead“-Besprechungen (vierter Aspekt des Gesamtkonsenses) betroffen (Bst. A.j.b, E. 8.2.1.2.5, 8.2.5.3.4). Insgesamt hat die Beschwerdeführerin eine aktive Rolle im MA- und EO-System gespielt (vgl. dazu auch E. 10.10 ff.).

Das subjektive Element betreffend jede Einzelabrede und die diesbezügliche Zuteilung ist nicht erforderlich, da es bei einem Gesamtkonsens nicht auf Einzel- oder Umsetzungsabreden ankommt (Urteil B-3096/2018 E. 49 *Foffa*).

8.2.5.6 Zusammenfassend ist ersichtlich, dass der vorliegende Konsens in konkludenter Weise als Resultante der von den Parteien abgegebenen und wechselhaften Erklärungen zu verstehen ist (BSK OR–CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT; Art. 1 OR N 8, 17), indem die acht Unternehmen, so auch die Beschwerdeführerin, in beiden Systemen – wenn auch auf verschiedene Arten – einen „Informationsteppich“ betreffend private oder öffentliche Projekte schufen, das Sichtbarmachen von Interessen bzw. -konflikten ermöglichten und damit einvernehmlich eine Lösung der Projektzuteilung arrangierten, weshalb das *MA- und EO-System als Fundament zur einvernehmlichen Projektzuteilung diene* (Aspekte 1-4 des Gesamtkonsenses).

8.2.5.7 In casu liegt folglich ein konkludenter Gesamtkonsens von Unternehmen auf gleicher Marktstufe und somit eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

8.3 Wettbewerbsparameter auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG

8.3.1

8.3.1.1 Eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG liegt insbesondere dann vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge, Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung, Bezugsquellen, Absatzmärkte, Absatz- bzw. Vertriebskanäle) eingeschränkt bzw. die Festlegung der Wettbewerbsparameter gelenkt wird (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.5 *Pfizer II*; Urteil B-4024/2021 E. 12.3.2 *Automobilleasing Ford Credit*; MARBACH/ DUCREY/ WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, S. 324, N 1460 f.; nachfolgend: MARBACH/DUCREY/WILD; BLATTMANN, S. 289). Die Einschränkung der Handlungsfreiheit erfordert keinen weiteren Prüfungsschritt auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG (Urteil B-141/2012 E. 4.7.4.3 m.H. *Estée Lauder*).

8.3.1.2 Das Kartellgesetz zählt die *Wettbewerbsparameter* nicht abschliessend auf (Urteil B-141/2012 E. 4.5.3.2 m.H. *Estée Lauder*; MARBACH/DUCREY/WILD, S. 323 Rz. 1459). Bei einem Wettbewerbsparameter geht es um Faktoren, denen die Marktgegenseite für den Geschäftsabschluss Bedeutung zumisst (Urteile B-4024/2021 E. 12.3.2 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.2.2.11 *CA Auto Finance* und B-141/2012 E. 4.5.3.1 *Estée Lauder*; BLATTMANN, S. 289). Die vertiefte Auseinandersetzung mit den Wettbewerbsparametern ist nicht Gegenstand der Beurteilung von Art. 4 Abs. 1 KG, sondern der Prüfung der kartellrechtlichen Unzulässigkeit nach Art. 5 KG (Urteile B-4024/2021 E. 12.3.5 *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 4.5.3.2 *Estée Lauder* m.H.). Eine Wettbewerbsabrede bzw. ein Informationsaustausch sollte auf der Prüfungsstufe von Art. 4 Abs. 1 KG *in einem Zusammenhang* zu einem Wettbewerbsparameter stehen oder Rückschlüsse auf diese (z.B. der Austausch wettbewerbssensibler Informationen) zulassen (Urteile B-4024/2021 E. 12.3.4 ff. *Automobilleasing Ford Credit*; B-141/2012 E. 4.5.3.1, 4.5.3.3 *Estée Lauder*; BLATTMANN, S. 289), was auch für die Kriterien zu den Wettbewerbsparametern in den Horizontalleitlinien 2011 gilt (vgl. insb. Rz. 75 ff., 86 ff.; vgl. E. 7.2.2). Wettbewerbsensible Informationen umfassen firmenspezifische oder strategische Informationen (Urteil B-141/2012 E. 4.5.3.3 *Estée Lauder*; BLATTMANN, S. 289; Horizontalleitlinien 2011 Rz.86). Strategische Daten verringern die strategische Ungewissheit auf dem Markt (Horizontalleitlinien 2011 Rz. 86).

8.3.1.3 In Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG nennt das Kartellgesetz die Aufteilung von *Märkten* nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Absatzmärkte oder -kanäle sind Wettbewerbsparameter (MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 1460). Normalerweise machen sich die Konkurrenten solche Märkte streitig (STOFFEL, in: Ducrey/Zimmerli [Hrsg.], SIWR V/2, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2023, S. 157 Rz. 305; nachfolgend: BEARBEITER, in: SIWR V/2).

8.3.2 Die Beschwerdeführerin rügt den Bezug zu Wettbewerbsparametern nur marginal. Einerseits bezieht sie sich auf Kapazitätsgründe (Beschwerde Rz. 93, 211; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 14). Andererseits legt sie dar, dass die Vorinstanz die Preiserhöhungen nicht wirklich habe beweisen können (Beschwerde Rz. 116 ff.), was vom Fall der Strassenbeläge Tessin, einem umfassenden Rotationskartell, abweiche (Beschwerde Rz. 216).

8.3.3

8.3.3.1 Mit dem MA- und EO-System haben die acht Unternehmen ein Fundament geschaffen, das ihnen die einvernehmliche Zuteilung von Projekten und mithin von Bauherren (Geschäftspartner) ermöglichte.

8.3.3.2 Durch die Aufteilung des Marktes im Strassen- und/oder Tiefbau (zur Marktabgrenzung E. 8.5) nach Geschäftspartnern und den Austausch strategisch relevanter Informationen (vgl. Horizontalleitlinien 2011 Rz. 86) wurde die Ungewissheit auf dem Markt verringert. Mit dem MA- und EO-System konnten die acht Unternehmen auch ihre Kapazitäten – ebenfalls strategisch relevante Informationen im Sinne der Rz. 86 der Horizontalleitlinien 2011 – optimal auslasten. Kapazitäten gehen eng mit dem Wettbewerbsparameter Menge einher. So ermöglichte der Informationsaustausch den acht Unternehmen das Mass der Arbeitsauslastung ihrer „Kollegen“ in Erfahrung zu bringen.

8.3.3.3 Wenn der Wettbewerb nicht oder nur eingeschränkt spielt, hat dies zudem auch Auswirkungen auf einen weiteren relevanten Parameter, den Preis, da ein geschütztes Unternehmen höhere Preise verlangen kann. Soweit die Beschwerdeführerin darlegt, die Vorinstanz habe allfällige Preiserhöhungen (vgl. Beschwerde Rz. 119) nicht ausreichend nachgewiesen, kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn es reicht auf der Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG aus, wenn eine Handlung im Zusammenhang zu einem Wettbewerbsparameter steht, was vorliegend zu bejahen ist.

8.3.3.4 Das MA- und EO-System bzw. die damit verbundene Verhaltenskoordination weisen somit einen Bezug zu verschiedenen Wettbewerbsparametern auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG auf.

8.4 Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

Art. 4 Abs. 1 KG erfordert neben einer auf Wettbewerbsparameter gerichteten Verhaltenskoordination (Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise) zwischen Unternehmen der gleichen oder verschiedener Marktstufen, dass diese eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

8.4.1 Grundlagen

8.4.1.1 Nach Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsbeschränkung *bezweckt* oder (*alternativ*) *bewirkt* sein (BGE 147 II 72 E. 3.6 *Pfizer II*; Urteil B-4024/2021 E. 13.2.2.3 *Automobilleasing Ford Credit*). Als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gilt grundsätzlich jeder Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.1 *Automobilleasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 5.3.1.1 m.H. *CA Auto Finance*). In der Regel wird mit der Prüfung des Bezweckens begonnen, weshalb ein Bewirken nur zu prüfen ist, wenn das Bezwecken zu verneinen ist (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.3 *Automobilleasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 5.3.1.3 m.H. *CA Auto Finance*).

8.4.1.2 Das „Bezwecken“ oder „Bewirken“ ist nach EU-Wettbewerbsrecht (Art. 101 Abs. 1 AEUV) auf *Tatbestandsebene* zu verstehen, da dem „Bezwecken“ oder dem „Bewirken“ Aussagen über die Unzulässigkeit einer kartellrechtlichen Handlung zu entnehmen sind, was auch für die Kriterien des *Bezweckens* (Horizontalleitlinien 2011 Rz. 59 und Rz. 72-74) und *Bewirkens* (Horizontalleitlinien 2011 Rz. 58 und Rz. 75-94) in den Horizontalleitlinien 2011 gilt. Im Unterschied dazu wird die Unzulässigkeit einer kartellrechtlichen Handlung im Schweizer Recht erst auf der Stufe von Art. 5 KG geprüft (BGE 147 II 72 E. 3.1 i.V.m. 3.5 in fine *Pfizer II*; Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.2 *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 4.6.1 *Estée Lauder*). Demnach ist im Schweizer Kartellrecht das „Bezwecken“ oder „Bewirken“ auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG nur auf *Definitionsebene* bzw. auf Begriffsebene einer Wettbewerbsabrede zu verstehen (Urteil B-141/2012 E. 4.6.1 *Estée Lauder* m.H.; ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Jusletter 29. Juni 2015, Rz. 4, 6). Dies gilt auch für die Kriterien des Bezweckens und Bewirkens in den Horizontalleitlinien 2011 im Kontext mit der Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG (E. 7.2.2).

8.4.1.3 Eine Abrede *bezweckt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten die Ausschaltung, Beeinträchtigung oder Lenkung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben. Der Gegenstand der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs, oder m.a.W. wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne (BGE 147 II 72 E. 3.6 *Pfizer II*; Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.5 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.3.1.5 m.H. *CA Auto Finance* und B-3096/2018 E. 46 *Foffa*). Eine einvernehmliche Strategie zur projektübergreifenden Koordination des Marktverhaltens ist als ein Bezwecken nach Art. 4 Abs. 1 KG zu werten (Urteil B-3096/2018 E. 44-46 *Foffa*).

8.4.1.4 Aufgrund der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG wird klargestellt, dass auch der potentielle Wettbewerb geschützt wird, weshalb es bereits ausreichend ist, dass eine Verhaltenskoordination den Wettbewerb möglicherweise beeinträchtigen kann (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*; Urteile des BVGer vom 12. Dezember 2023 *in Sachen Baubeschläge* B-5919/2017 E. 271 *Koch II* und B-5918/2017 E. 122 *Siegenia II*). Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind demnach nicht notwendig. Ein Potential bzw. eine Gefährdung des Wettbewerbs reicht aus (BGE 147 II 72 E. 3.6 *Pfizer II*; 143 II 297 E. 5.4.2 m.H. *Gaba*; Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.7, 13.2.2.21, 13.2.2.23 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.3.3.3 m.H. *CA Auto Finance* und B-141/2012 E. 4.6.4.3 f. *Estée Lauder*). Dabei muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die schwer feststellbaren subjektiven Absichten brauchen nicht nachgewiesen zu werden (sog. „objektivierter Zweckbegriff“; vgl. BGE 147 II 72 E. 3.6 *Pfizer II*; Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.13 ff. *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 4.6.4.2 m.H. *Estée Lauder*). Indessen kann die Absicht berücksichtigt werden, auch wenn sie kein notwendiges Element ist, um festzustellen, ob eine Vereinbarung wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.19 *Automobilleasing Ford Credit*; B-4596/2019 E. 5.3.3.6 m.H. *CA Auto Finance* und B-141/2012 E. 4.6.4.2 m.H. *Estée Lauder*). Unerheblich ist, von welcher Abredepartei die Initiative zur Aufnahme des unternehmerischen Zusammenwirkens ausging (BGE 147 II 72 E. 3.6 *Pfizer II*; Urteil B-4024/2021 E. 13.2.2.13 *Automobilleasing Ford Credit*).

8.4.1.5 Was den Informationsaustausch betrifft, sind Informationen über *zukünftiges* Verhalten nach EU-Wettbewerbsrecht als bezweckte Wettbe-

werbsbeschränkung zu betrachten, was auch für das Schweizer Kartellrecht gilt (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.9 f., 13.2.2.11 *Automobilleasing Ford Credit*; B-141/2012 E. 4.6.4.4 *Estée Lauder*; Urteil des EuGH vom 29. Juli 2024 C-298/22, Banco BPN/BIC Português, Rn. 80; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 155 f.; vgl. Horizontalleitlinien 2011 Rz. 73 f.). Ebenfalls ist bei einem Informationsaustausch, wenn derselbe den Mechanismus eines *Monitorings* aufweist, von einem Bezwecken auszugehen (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.27 *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 4.6.4.4 *Estée Lauder* insb. m.H. auf WAGNER-VON PAPP, Information Exchanges in the Draft Horizontal Cooperation Guidelines, Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht, KSzW I 2011, S. 87 ff., 90). Entscheidend für die verlangte Gefährdung ist die strategische Relevanz der ausgetauschten Daten (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.28 *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 4.6.4.4 m.H. *Estée Lauder*; Horizontalleitlinien 2011 Rz. 86).

8.4.1.6 Tendenziell sind echte öffentliche Informationen – solche liegen vor, wenn alle Wettbewerber einen nicht kostspieligen Zugang haben – eher wettbewerbsrechtlich unbedenklich (Urteile B-4024/2021 E. 13.1.1.15 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.2.2.38 *CA Auto Finance* und B-141/2012 E. 6.4.1.4.4 *Estée Lauder*; ULRICH EDELMANN, Informationsaustausch im Kartellrecht, 2015, S. 116; vgl. BLATTMANN, S. 298; Horizontalleitlinien 2011 Rz. 92). Bei Bieterwettbewerben, bei denen der Teilnehmerkreis anderenfalls mit Unsicherheiten behaftet bliebe und die Kenntnis der Identität der Teilnehmer Rückschlüsse auf die Konditionen ihrer Angebote zulässt, ist nach WAGNER-VON PAPP schon die organisierte Mitteilung der Identität der Teilnehmer als wettbewerbsbeschränkend anzusehen (FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, 2004, S. 233 f. m.H.).

8.4.1.7 Ein *Bewirken* nach Art. 4 Abs. 1 KG würde dagegen erfordern, dass die Abrede aufgrund ihrer Anwendung in der konkreten Sachverhaltskonstellation zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter führt, obwohl ihr Regelungsinhalt nicht darauf ausgerichtet ist (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.24 *Automobilleasing Ford Credit*, B-5919/2017 E. 272 *Koch II* und B-5918/2017 E. 123 *Siegenia II beide in Sachen Baubeschläge* je m.H.)

8.4.2 Standpunkte der Vorinstanz

8.4.2.1 Die *Vorinstanz* ging beim Bezwecken in Art. 4 Abs. 1 KG von einem objektivierten Zweckbegriff aus. Ein Bezwecken verlange nicht, dass eine

Wettbewerbsabrede bereits umgesetzt worden sei und sich Wirkungen auf dem Markt entfaltet hätten (Verfügung Rz. 1207 f. m.H.). Die vorliegende Gesamtabrede habe *Einzelsubmissionsabreden* zu Strassen- und/oder Tiefbauprojekte (z. B. Asphaltieren der Kantonsstrasse xy) umfasst, welche auf den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen gerichtet seien. Diesen hätte der Zweck innegewohnt, den Wettbewerb zwischen den offerteinreichenden Unternehmen auszuschliessen. Da die Vorinstanz bereits in früheren Entscheiden zu Einzelsubmissionsabreden ein Bezwecken bejahte, schloss sie auch bei der vorliegenden Gesamtabrede auf ein Bezwecken und alternativ auf ein Bewirken (Verfügung Rz. 1209 f.).

8.4.2.2 Im Sachverhaltsteil der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz die Zweckaussagen der Implenia und der anderen Unternehmen aufgezeigt (Verfügung Rz. 604-619) und einander gegenübergestellt (Verfügung Rz. 621-648). Zusammenfassend legt sie zur Zweckargumentation der Implenia dar, *dass die MA-Listen und Sitzungen dazu gedient hätten, die Zuteilung von Bauprojekten erfolgreich zu koordinieren* (Verfügung Rz. 620 m.H. auf 604). Insgesamt hält die Vorinstanz zum Zweck fest, dass es um die einvernehmliche Zuteilung der aufgelisteten Projekte sowie um die Festlegung des Zuschlaggewinners gegangen sei (Verfügung Rz. 647).

8.4.2.3 Was den Zweck des EO-Systems betrifft, sollte dieses sicherstellen, dass private Bauherren, welche bereits von einem der acht Unternehmen eine Eigenofferte verlangt haben, keine Chance auf eine echte Konkurrenzofferte erhielten (Verfügung Rz. 1211).

8.4.3 Vorbringen der Beschwerdeführerin und Würdigung

Die *Beschwerdeführerin* ist nicht damit einverstanden, dass die Vorinstanz (Verfügung Rz. 1209) eine bezweckte (und alternativ auch bewirkte) Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG bejaht hat.

8.4.3.1

8.4.3.1.1 Vorliegend ist erstellt, dass das *MA- und EO-System als Fundament zur einvernehmlichen Projektzuteilung diene* (Aspekte 1-4 des Gesamtkonsenses ,vgl. E. 8.2.5.3.1 ff., 8.2.5.4, 8.2.5.6) und somit einer einvernehmlichen Strategie zur projektübergreifenden Koordination gleichkam, weshalb alleine schon deshalb ein Bezwecken nach Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen ist (E. 8.4.1.3 m. H. auf Urteil B-3096/2018 E. 44-46 *Foffa*).

8.4.3.1.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sich ein wettbewerbsbeschränkender Zweck nicht aus einer Vielzahl bilateraler und multilateraler

Vereinbarungen ergeben könne (Beschwerde Rz. 194 ff.; Replik Rz. 29), da ein solcher gemäss EU-Rechtsprechung einheitlich und fortdauernd sein müsse (Beschwerde Rz. 193 ff., 204, 227; Replik Rz. 54; Stellungnahme zur Duplik Rz. 13, Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 5). Damit verkennt die Beschwerdeführerin aber, dass diese bilateralen und multilateralen Vereinbarungen und die diesen zugrundeliegenden Projekte im MA- und EO-System „eingebettet“ waren. Dieses hatte zum Ziel (Zweck), die Projektzuteilung einvernehmlich zu lösen. Ohnehin ist auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG die Prüfung von Einzel- oder Umsetzungsabreden nicht erforderlich (Urteil B-3096/2018 E. 49 *Foffa*), was daher auch für den Zweck einer Gesamtabrede gilt.

8.4.3.2 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass die Vorinstanz aus der von ihr anerkannten Verhaltensänderung in den Jahren 2002/2004 (vgl. Bst. A.j.b, Verfügung Rz. 150 ff., 280 ff., 1068 ff.) auf eine Änderung des Zweckes hätte schliessen müssen, da vor 2002 die Absprachen noch an den Sitzungen getroffen worden seien und es danach an den MA-Sitzungen nur noch zu Interessensabklärungen und Ermöglichung bilateraler Kontaktaufnahmen gekommen sei (Beschwerde Rz. 94 f.; Replik Rz. 28 f.). Zwar haben sich in der Tat gewisse Verhaltensweisen in den Jahren 2002/2004 geändert, das Ziel (die einvernehmliche Projektzuteilung) ist jedoch dasselbe geblieben. Ob die Projektabsprachen vor 2002 direkt an der Sitzung erfolgt sind oder nach 2002/2004 an separaten „Lead“-Besprechungen, vermag daran nichts zu ändern (vgl. auch Vernehmlassung Rz. 31 ff.).

8.4.3.3 Soweit sich die Beschwerdeführerin auf weitere in der Baubranche „übliche Zwecke“ (arbeitsrechtliche Themen wie Schicht- und Wochenendarbeit sowie Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrags, Informationen zur Zusammensetzung des Personalbestands oder sonstige Themen wie z.B. Garantiemanagement, Beschwerde Rz. 92) beruft, verkennt sie, dass diese Aspekte den Zweck der einvernehmlichen Projektzuteilung nicht infrage zu stellen vermögen.

8.4.3.4 In Bezug auf die Rüge, das MA- und EO-System habe die *Kapazitätsplanung* der anstehenden Projekte bezweckt, da SIMAP noch nicht existiert habe (Beschwerde Rz. 93), übersieht die Beschwerdeführerin einerseits, dass der Austausch über Kapazitäten bereits strategisch relevante Informationen betrifft (vgl. Horizontalleitlinien Rz. 86) und ebenfalls in der Nähe zum Wettbewerbsparameter Menge steht (E. 8.3.3.2). Da die Kapazitätsplanung auch eng mit der einvernehmlichen Projektzuteilung

einherging (E. 9.4.3.7.2.2), dringt die Beschwerdeführerin mit dieser Rüge nicht durch. Andererseits geht der vorliegende Informationsaustausch über den Informationsgehalt der Beschaffungsplattform SIMAP hinaus, welche im Untersuchungszeitraum noch nicht existierte (Urteil B-6844/2016 E. 8.4.4.3.1 ff. *Oberholzer*). Denn das MA- und EO-System umfasste zusätzlich (neben der Sammlung von anstehenden Projekten) die Kundgabe von Interessen und bot bei Interessenskonflikten einen „Konfliktlösungsmechanismus“ an (vgl. Aspekte 2-4 des Gesamtkonsens; E. 8.2.5.3.2-8.2.5.3.4).

Auch waren die MA- und EO-Listen – im Gegensatz zu SIMAP – nicht öffentlich zugänglich. Nur den acht Unternehmen war der Teilnehmerkreis und der Inhalt der MA- und EO-Listen bekannt (E. 8.4.1.6). Demnach kann die Beschwerdeführerin mit diesem Argument den Zweck der einvernehmlichen Projektzuteilung nicht in Frage stellen.

8.4.3.5 Ebenfalls kann die Beschwerdeführerin keinen Nachweis eines wettbewerbsbeschränkenden Zwecks nach Art. 4 Abs. 1 KG verlangen (Replik Rz. 54 f.; Stellungnahme zur Duplik Rz. 13). In Bezug auf das Bezwecken nach Art. 4 Abs. 1 KG reicht ein Potential einer Wettbewerbsbeschränkung aus. Tatsächliche Auswirkungen müssen nicht nachgewiesen werden (E. 8.4.1.4). Vorliegend ist erstellt, dass das MA- und EO System den Zweck zur einvernehmlichen Projektzuteilung hatten.

8.4.3.6 Insgesamt entspricht das MA- und das EO-System mit seinen vier Aspekten des Gesamtkonsenses (E. 8.2.5.3.1 - 8.2.5.3.4) einem „Mechanismus des *Monitorings*“ betreffend *künftig* (ausgeschriebene) Projekte (E. 8.4.1.5 f.). Damit war dem MA- und EO-System der Zweck der organisierten Zuteilung von künftigen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten und mithin von Bauherren (Geschäftsherren) an die acht beteiligten Unternehmen inhärent (Strategie zur projektübergreifenden Koordination, Urteil B-3096/2018 E. 44-46 *Foffa*, vgl. E. 8.4.1.3).

Die geführten Listen hatten, da den Bauherren keine effektive Auswahl unter den Anbietern verblieb, auch den Zweck, „*sich keinen oder nur so wenig Wettbewerb wie nötig*“ zu machen.

8.4.4 Demnach ist eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG zu bejahen.

Da das Bezwecken und das Bewirken in Art. 4 Abs. 1 KG alternativ zu verstehen sind (E. 8.4.1.1), erübrigt sich die Prüfung der Rügen, welche das Bewirken nach Art. 4 Abs. 1 KG aufgreifen (vgl. Beschwerde Rz. 227).

8.5 Marktabgrenzung

Die *Vorinstanz* hat sich in sachlicher Hinsicht in ihrer Verfügung auf einen Gesamtmarkt im Strassen- und/oder Tiefbau abgestützt (Verfügung Rz. 1240). In örtlicher Hinsicht schloss die Vorinstanz auf die Bezirke See-Gaster, March und Höfe (Verfügung Rz. 1248). In zeitlicher Hinsicht stützte sich die Vorinstanz auf die Jahre 2002-2009 (Verfügung Rz. 1249). Vorliegend ist die Marktabgrenzung als solches nicht bestritten.

Da die Beurteilung des Marktes vom Untersuchungsgegenstand abhängt (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 *Publigroupe*), welcher vorliegend die Gesamtabrede im Strassen- und oder Tiefbau in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe ausmachte, ist die vorinstanzliche Marktabgrenzung nicht zu beanstanden.

Demnach ist für die vorliegende Gesamtabrede (vgl. auch E. 9.4.3.3.2) der Markt zur Erbringung von Strassen- und/oder Tiefbauleistungen in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe im Beurteilungszeitraum (E. 8.1) relevant (vgl. ausführlich zur Marktabgrenzung: Parallelurteile B-6844/2016 *Oberholzer* und B-6849/2016 *Toller* jeweils E. 8.5).

8.6 Fazit zu Art. 4 Abs. 1 KG

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich somit, dass die mit dem MA- und EO-System bzw. dem diesbezüglichen Informationsaustausch einhergehenden Handlungen der Beschwerdeführerin betreffend die Vergabe von Projekten im Strassen- und Tiefbau im Untersuchungsgebiet unter eine bezweckte Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG (Gesamtabrede) zu subsumieren sind.

Ob das Verhalten der Beschwerdeführerin auch als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren ist, kann deshalb offenbleiben (E. 8.2.2.1).

Bei diesem Ergebnis erweist sich sodann die Rüge, wonach die Vorinstanz Einzelabreden statt eine Gesamtabrede hätte prüfen müssen und es aus verfahrensrechtlicher Sicht weder Aufgabe der Vorinstanz noch des Bundesverwaltungsgerichts sei, die Prüfung der Einzelabreden nachzuholen,

weshalb das Verfahren einzustellen sei (Antrag 1, Beschwerde Rz. 15, 190, 230 ff; Replik Rz. 66), als gegenstandslos.

9. Unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG

9.1 Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In der zweiten Konstellation ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (BGE 147 II 72 E. 6.1 *Pfizer II*; 143 II 297 E. 4.1 *Gaba*; 129 II 18 E. 3 *Buchpreisbindung*; Urteil des BGer 2C_39/2020 vom 3. August 2022 E. 8.1 *Diffulivre*, nicht publiziert in BGE 148 II 521).

9.2 Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erfüllen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich das Kriterium der *Erheblichkeit* nach Art. 5 Abs. 1 KG (BGE 147 II 72 E. 6.5 *Pfizer II*, 144 II 194 E. 4.3.1 *BMW*; 143 II 297 E. 5.6 *Gaba*; Urteil des BGer 2C_785/2022 E. 5.6.2.1 f. *VPVW Stammtische/Projekt Repo*; Urteile B-4024/2021 E. 15.1.6 *Automobileasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 6.1.6 *CA Auto Finance*). Die Frage, ob ein Vermutungstatbestand (Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG) vorliegt, ist damit nicht nur für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, sondern auch für die Frage, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen *erheblich* beeinträchtigt, wichtig (BGE 147 II 72 E. 6.1 *Pfizer II*; Urteile B-4024/2021 E. 15.1.6 *Automobileasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 6.1.6 *CA Auto Finance*).

9.3 Vorliegend hat die Vorinstanz offen gelassen, ob die Vermutung zur Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG aufgrund von genügendem Aussen- oder Innenwettbewerb widerlegt werden könne, da ohnehin eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG bestehe (Verfügung Rz. 1262, 1265, 1304, 1452, Dispositiv Ziff. 3). Soweit sich die Beschwerdeführerin im Kontext mit der Widerlegung der Vermutung auf den Aussen- und Innenwettbewerb und damit verbunden auf die Erfolgsquote, die Einhaltungquote sowie die Freigaben bezieht, erweisen sich daher diese Rügen (Beschwerde Rz. 141-150) als unbegründet.

9.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

9.4.1 Das Kartellgesetz lässt in Art. 5 KG eine dreistufige Abgrenzung zwischen unerheblichen, erheblichen und wettbewerbsbeseitigenden Beeinträchtigungen des Wettbewerbs erkennen (JUHANI KOSTKA, *Harte Kartelle*, 2010, Rz. 810; nachfolgend: KOSTKA).

Führt die Abrede zu *keiner* Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, so ist zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt und gegebenenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (BGE 147 II 72 E. 6.1, 6.5 *Pfizer II*; 143 II 297 E. 5.1.2 f., 5.16 *Gaba*; Urteil 2C_39/2020 E. 8.2 *Diffulivre*, nicht publiziert in BGE 148 II 521; Urteile B-4024/2021 E. 15.1.5 *Automobilleasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 6.1.5 *CA Auto Finance*). Bei einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs handelt es sich praxisgemäss um eine teilweise Aufhebung des Wettbewerbes, weshalb sie der Prüfung der Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) zugänglich ist (vgl. Urteil B-5919/2017 E. 311 *Baubeschläge – Koch II*).

Nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs wird vom Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit erfasst. Mit Bagatellen sollen sich die Wettbewerbsbehörden nicht beschäftigen müssen (BGE 143 II 297 E. 5.1.2 *Gaba*; Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 554). Die Erheblichkeit stellt eine Bagatellklausel dar und bildet ein Aufgreifkriterium, das bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG in Konsequenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch regelmässig erfüllt ist (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.5 *Pfizer II*, 144 II 194 E. 4.3.1 *BMW*; 143 II 297 E. 5.1.2, 5.1.6 *Gaba*; Urteile 2C_785/2022 E. 5.6.2.1 f. *VPVW Stammtische/Projekt Repo*, 2C_113/2017 E. 7.3.1 *Hallenstadion-Ticketcorner* und B-4024/2021 E. 15.4.1 *Automobilleasing Ford Credit*).

9.4.2 Wie bereits in E. 9.2 f. aufgeführt, ist Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG im Kontext mit der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung zu prüfen (E. 9.4.3). Allfällige Rechtfertigungsgründe werden in E. 9.5 thematisiert. Sodann wird in der Eventualerwägung 9.7 dargelegt, dass die Handanmerkungen auf der MA 2009_16 an der MA-Sitzung vom 16. April 2009 grösstenteils umgesetzt wurden (E. 9.7.3). Zudem wird in E. 9.7.4 geprüft, ob die Sitzung stattgefunden hat und wie es sich mit der Teilnahme an dieser verhielt.

9.4.3 Qualitative Kriterien der Erheblichkeit - Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m Abs. 1 KG

9.4.3.1 Nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

9.4.3.2 Wie schon in E. 9.2 erwähnt, erfüllen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich aufgrund ihres Gegenstandes das (qualitative) Erheblichkeitsmerkmal nach Art. 5 Abs. 1 KG (BGE 147 II 72 E. 6.5 *Pfizer II*; 144 II 194 E. 4.3.1 *BMW*; 143 II 297 E. 5.2.4 f. *Gaba*, Urteile B-4024/2021 E. 15.1.6 *Automobilleasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 6.1.6, 6.4.2 *CA Auto Finance*). Die Prüfung des quantitativen Elements ist bei den oben genannten Abredetypen in der Regel nicht mehr erforderlich (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.1 *BMW*; 143 II 297 E. 5.2.2, 5.2.5 *Gaba*; Urteil 2C_785/2022 E. 4, 5.6.2.1 *VPVW Stammtische/Projekt Repo*). Eine potentielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs reicht aus. Tatsächliche Auswirkungen oder eine erfolgte Umsetzung sind nicht erforderlich (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.2 *BMW*; 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*; Urteile 2C_785/2022 E. 5.6.2.2 *VPVW Stammtische/Projekt Repo* und B-4024/2021 E. 15.4.4 *Automobilleasing Ford Credit*).

9.4.3.3

9.4.3.3.1 Was Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG betrifft, nennt die Botschaft Vereinbarungen, die darauf *abzielen*, einen Markt gebietsmässig oder nach Geschäftspartnern aufzuteilen. Es geht in beiden Fällen um eine Segmentierung der möglichen Kundschaft bzw. der Lieferanten (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 568). Unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG sind auch Submissionskartelle zu subsumieren (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 449; STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 157 f. Rz. 305; vgl. auch KOSTKA, Rz. 1547 ff.). Dies gilt für *Einzelsubmissionsabreden* (vgl. dazu insb. die Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 7.3.1.2 ff. *Engadin II*; B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 11.2.2 ff., 11.2.5 *Engadin IV*; B-807/2012 E. 10.2.1 f. *Erne*; B-771/2012 E. 8.2.1. f. *Cellere*; B-829/2012 E. 9.2.1. ff. *Granella*; B-880/2012 E. 10.2.1. f. *Umbricht* [bestätigt durch Urteil 2C_845/2018 *Umbricht*]) und für *Gesamt-, Rahmen- oder Systemabreden* ([„*single and continuous infringement*“]; vgl. dazu die Urteile B-3096/2018 E. 82 f. *Foffa*; B-3097/2018 E. 64 *Koch*; B-3290/2018 E. 127 f. *Lazzarini* und B-420/2008 E. 8 *Strassenbeläge Tessin*).

9.4.3.3.2 Was den Untersuchungsgegenstand von „*Submissionsabreden*“ betrifft, so lassen sich, wie soeben aufgeführt, in der Praxis zwei Herangehensweisen unterscheiden: Eine *Gesamtabrede* unterscheidet sich von ihrer Natur her grundsätzlich von einer auf ein spezifisches Projekt bezogenen Einzelabrede: Sowohl der Handlungsunwert (Vorsatz, „kriminelle Energie“) als auch der Erfolgswert (Anzahl Geschädigte, betroffenes Marktvolumen, Kartellrenten) sind völlig unterschiedlich ausgeprägt. Bei einer Gesamtabrede haben die Abredeteilnehmer das Ziel, mittels eines Systems über einen längeren Zeitraum hinweg möglichst viele Submissionen zu ihren Gunsten zu verfälschen (Wirkung der Abrede erga omnes). (Potentielle) Geschädigte und damit Marktgegenseite sind *alle* Nachfrager entsprechender Leistungen im betroffenen Gebiet. Von einer solchen Abrede sind potentiell alle gegenwärtigen und zukünftigen Bauprojekte in der Region betroffen (auch wenn die Ausführung der einzelnen Projekte aus Sicht der jeweiligen Bauherren selbstverständlich unter sich nicht austauschbar ist). Sie bilden in ihrer Gesamtheit den relevanten Markt. Im Falle einer *Einzelabrede*, wird lediglich eine einzelne Submission verfälscht, weshalb es auch „nur“ *einen* Geschädigten gibt (Wirkung ad personam) und dem relevanten Markt auch nur das jeweilige Projekt zugrunde liegt (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 78 ff.; vgl. ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen, Rz. 44 ff.).

9.4.3.4 Mit anderen Worten sprechen sich bei einer *Einzelsubmissionsabrede* die Anbieter (hier die Bauunternehmen) bezüglich ihrer Kunden (Marktgegenseite bzw. Bauherren von öffentlichen und privaten Projekten) ab, indem sie die einzelnen Submissionen zuweisen (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 452). Faktisch geht der Mechanismus der Zuteilung der Geschäftspartner mit einer Preisabrede einher. Konkret wird vereinbart, welches der beteiligten Unternehmen die Ausschreibung gewinnen soll (*Schutznehmer*). Damit das vorbestimmte Siegerunternehmen auch wirklich gewinnen kann, ist es notwendig, dass die Abredeteilnehmer (*Schutzgeber*) die Höhe ihrer Preisofferten so koordinieren (Stützofferten oder Scheinofferten), dass der ausgewählte Sieger die tiefste Offerte einreicht. Eine Stützofferte wird somit nur „zum Schein“ eingereicht und bezweckt die Steuerung des Zuschlags zugunsten des geschützten Unternehmens. Eine Schutznahme ist erfolgreich, wenn die designierte Schutznehmerin den Zuschlag tatsächlich erhält (vgl. Urteile 2C_845/2018 Sachverhalt Bst. A *Umbricht* und B-645/2018 E.5 *Engadin IV*; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 407). Submissionsabsprachen haben somit zum Inhalt, dass die zu vergebenden Arbeiten – und damit die ausschrei-

benden Stellen als potentielle Geschäftspartner – einem der Abredebeteteiligten zugewiesen werden, was eindeutig als Abrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren ist (Urteil B-807/2012 E. 10.2.2. *Erne*).

9.4.3.5

9.4.3.5.1 Bei *Gesamt-, Rahmen- bzw. Systemabreden* (zum Charakter dieser Abredetypen E. 9.4.3.3.2) geht es um Submissionskartelle, die auf längere Zeit angelegt und oft mit einer aufwendigen Organisation verbunden sind (CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, 2008, S. 39). In diesem Fall verliert der Wettbewerb seine dynamischen Funktionen und notwendige Kapazitäts- und Strukturanpassungen bleiben aus (BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, 1999, Rz. 415).

9.4.3.5.2 Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts *Strassenbeläge Tessin*, haben die dort zu beurteilende Konvention und die regelmässig stattgefundenen Sitzungen die charakteristischen Merkmale einer Submissionsabsprache, bei welcher es um den Mechanismus der Auftragszuteilung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ging, aufgewiesen (Urteil B-420/2008 E. 7 *Strassenbeläge Tessin*). Das Bundesverwaltungsgericht hat sodann im Jahr 2023 mit den Urteilen *Engadin I* die projektübergreifende Koordination zwecks Ressourcenauslastung und Geschäftspartnerzuteilung ebenfalls unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG subsumiert. Diese Abredekonstellation ist demnach geeignet, die projektbezogene Zuteilung der Geschäftspartner zu erreichen, worunter auch die *indirekte* Zuteilung von Geschäftspartnern fällt. Dieser Qualifikation steht nicht entgegen, dass die Geschäftspartner nicht bereits zu Beginn der Gesamtabrede „direkt“ zugeteilt werden, sondern erst anlässlich der Umsetzungshandlungen. Die Anforderung der direkten Zuteilung wäre unmöglich zu erfüllen, da die zukünftigen (Einzel-) Projekte bzw. die dazugehörigen Geschäftspartner zu Beginn der Gesamtabrede noch gar nicht bekannt sind. Ansonsten würde dem „Institut“ der Gesamtabrede seine Effektivität abgesprochen, da alle Konstellationen, bei denen der Geschäftspartner zu Beginn der Gesamtabrede noch nicht bekannt sei, bereits von vornherein nicht sanktionierbar wären (Urteile *Engadin I*: B-3096/2018 E. 82 f. *Foffa* und B-3290/2018 E. 127 f. *Lazzarini*).

9.4.3.5.3 Unter Bezugnahme auf das Urteil *Nikon* des Bundesverwaltungsgerichts legen zwei der drei Urteile *Engadin I* dar, dass Art. 5 Abs. 4 KG jede Form der Gebietszuteilung erfasst, was auch im Grundsatz für Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG gilt (B-3096/2018 E. 82 *Foffa*; B-3290/2018 E. 127 *Lazzarini* m.H. auf B-581/2012 E. 7.3.2 *Nikon*). Das Urteil *Nikon* begründet dies

damit, dass Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zwar die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen nennt. Dagegen fehlt eine entsprechende Erwähnung indirekter Gebietszuweisungen in Art. 5 Abs. 3 Bst. c oder Art. 5 Abs. 4 KG. Der Vergleich zu Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG lässt angesichts der besonderen praktischen Bedeutung indirekter Preisangleichungsinstrumente (Rabatte, Skonti, Margen, Provisionen, Empfehlungen, Bandbreitenvorgaben) jedoch nur begrenzt Rückschlüsse auf den Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 Bst. c bzw. Abs. 4 KG zu (Urteil B-581/2012 E. 7.3.2 *Nikon*).

9.4.3.6 Standpunkte der Vorinstanz

9.4.3.6.1 Die Vorinstanz hat die Erheblichkeitsprüfung nach neuer und auch nach alter Praxis durchgeführt, da zum Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung, die schriftliche Urteilsbegründung des Urteils *Gaba* (BGE 143 II 297) noch nicht vorlag. Sowohl nach alter – hier hat die Vorinstanz noch die quantitativen Kriterien geprüft – wie auch nach neuer Praxis bejahte die Vorinstanz die Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Abs. 1 KG (Verfügung Rz. 1267 ff., 1269 mit Fn. 1381 [RPW Fn. 1376], 1271 ff., 1304).

9.4.3.6.2 Die Vorinstanz hat die qualitativen Elemente der Erheblichkeit bejaht (Verfügung Rz. 1221, 1270, 1277). Sie ist von einer weiten Auslegung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (Geschäftspartnerabrede) ausgegangen, da dieser nicht nur die *direkte*, sondern auch *indirekte* Zuteilungen von Märkten erfasse. Der vorliegenden Gesamtabrede, welcher das MA- und EO-System mit den seinen verbundenen Handlungen zugrunde lag (Verfügung Rz. 1220), sei zwar nicht zu entnehmen, welcher Geschäftspartner welchem Unternehmen zuzuordnen sei. Da die Gesamtabrede allerdings auf eine Aufteilung der Leistungen der acht Unternehmen zielte, habe sie zu einer Vielzahl von Zuteilungen von Projekten oder Geschäftspartnern geführt. Es gehe um den Mechanismus der Zuteilung von Geschäftspartnern (Verfügung Rz. 1219 f.). Die Gesamtabrede sei auf den Abschluss von Einzelsubmissionsabreden gerichtet gewesen (Verfügung Rz. 1275), welche aber nicht isoliert geprüft werden müssten (Verfügung Rz. 1221). Ausserdem verlange Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG keine umfassende Aufteilung von Märkten oder Geschäftspartnern (Vernehmlassung Rz. 105 ff.).

9.4.3.6.3 Auch habe die soeben beschriebene Gesamtabrede bei ihrer Umsetzung zwangsläufig Preisabreden zur Folge, welche es erlauben, unrentable Kapazitäten zu erhalten. Dies führe – jedenfalls mittel- bis langfristig – zu ineffizienten Branchenstrukturen (Verfügung Rz. 1276 f.).

9.4.3.7 Vorbringen der Beschwerdeführerin und Würdigung

9.4.3.7.1

9.4.3.7.1.1 Die Beschwerdeführerin ist mit der Beurteilung der Vorinstanz, das MA- und EO-System unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m Abs. 1 KG zu subsumieren, nicht einverstanden (Beschwerde Anträge 1-3; Replik Rz. 31 ff., 53 ff., 58 ff.). Sie legt dar, aus einzelnen Abreden über die Zuteilung von Geschäftspartnern nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG im Einzelfall, welche auch nicht nachgewiesen seien, könne man keine Gesamtabrede herleiten. Der vorliegende Fall liege anders als der Fall der Strassenbeläge Tessin (kein klarer Zuteilungsmechanismus sämtlicher Strassen- und Tiefbauprojekte, kein Rotationssystem; Replik Rz. 58 ff.).

9.4.3.7.1.2 Mit den Urteilen *Engadin I* (B-3096/2018 E. 82 f. *Foffa*; B-3290/2018 E. 127 f. *Lazzarini* [beide m.H. auf Urteil B-581/2012 E. 7.3.2 *Nikon*]) hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG auch die indirekte Geschäftspartnerzuteilung erfasst, wenn die Abredekonstellation zur projektübergreifenden Koordination geeignet ist, weshalb nicht auf Einzelabreden abzustellen ist (E. 9.4.3.5.2 f.). So ist auch das Schädigungspotential bei Gesamtabreden viel grösser als bei einer projektbezogenen Übereinkunft („erga omnes“ – „ad personam“; vgl. E. 9.4.3.3.2), weshalb Gesamtabreden folgerichtig von den Kerntatbeständen des Kartellrechts Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erfasst werden. Zudem nennt die Botschaft in Bezug auf Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG „Vereinbarungen, die darauf *abzielen*, einen Markt aufzuteilen“. Dies gilt auch für Abreden über die *Aufteilung von Geschäftspartnern* (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 568). Das Wort „*abzielen*“ in der Botschaft weist ebenfalls darauf hin, dass der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG weit gefasst ist und über die *direkte* Geschäftspartnerzuteilung hinausgeht und auch die *indirekte* Geschäftspartnerzuteilung erfasst. Daher kann die Beschwerdeführerin nicht auf der Stufe von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG den Nachweis von Einzelabreden oder die direkte Geschäftspartnerzuteilung fordern. Sie überspannt damit und auch mit der Forderung nach einem klaren Zuteilungsmechanismus bzw. einem expliziten Rotationssystem die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG. Ausserdem zeigen die folgenden Erwägungen auf, dass der mit dem MA- und EO-System geschaffene „Informationsteppich“ mit den weiteren drei Aspekten des Gesamtkonsenses die Voraussetzungen einer indirekten Geschäftspartnerzuteilung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfüllt.

9.4.3.7.2

9.4.3.7.2.1 Im vorliegenden Kontext mit dem MA- und EO-System sind die *vier Aspekte* des Gesamtkonsenses vorangehend aufgezeigt und bewiesen worden (vgl. E. 8.2.5.3.1 ff.): Den beiden Systemen waren (1) die Informationsbeschaffung („Informationsteppich“), (2) die Interessensermittlung, (3) das Sichtbarmachen von Interessenskonflikten und (4) die Schaffung eines einvernehmlichen Mechanismus hinsichtlich der Lösung von Interessenkonflikten inhärent. Diese vier Aspekte machten im Kontext mit dem MA- und EO-System *das Fundament der einvernehmlichen* (E. 8.2.5.4) *und auch fortgesetzten Projekt- und Geschäftspartnerzuteilung* und mithin der *projektübergreifenden Koordination* aus.

9.4.3.7.2.2 Die systematische Auflistung der Projekte auf den MA- und EO-Listen, welche die De Zanet und die Implenia den anderen Unternehmen regelmässig per Mail zustellten (E. 8.2.1.1.4), ermöglichte den acht Unternehmen ausserdem den Überblick über die Situation auf dem relevanten Markt (E. 8.5) zu behalten. So waren die Unternehmen dank des MA- und EO-Systems stets im Bilde, an welchen zukünftigen Aufträgen von welchen Bauherren ihre Konkurrenten ein Interesse hatten (Planung der Kapazitätsauslastung), was die *Markttransparenz* (auch ohne Zuteilung sämtlicher Projekte [vgl. dazu E. 9.3, 9.4.3.7.5.1 sowie gerade unten]) erhöhte (vgl. Horizontalleitlinien Rz. 76). Die Markttransparenz ist als Summe der zur Verfügung stehenden Marktinformationen zu verstehen (Urteil B-141/2012 E. 6.5.3.3.2 *Estée Lauder*; HANS-JÜRGEN STUHR, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Marktinformationsverfahren, 1975, S. 7). Auch aus den Hagedorn-Listen ist ersichtlich, dass es sich um eine Zuteilung von Projekten und Geschäftspartnern handelte.

9.4.3.7.2.3 Was die informationsaustauschspezifischen Aspekte angeht (vgl. Urteile B-141/2012 E. 6.4.1 *Estée Lauder* zur Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG und B-4024/2021 E. 13.1.1.14 ff. *Automobilleasing Ford Credit* sowie B-4596/2019 E. 5.2.2.6 ff. *CA Auto Finance*), so erfüllen das MA- und EO-System das Kriterium der *Häufigkeit* (Urteile B-4024/2021 E. 13.1.1.15 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.2.2.34 *CA Auto Finance* und B-141/2012 E. 6.4.1.1.1 *Estée Lauder*; Horizontalleitlinien Rz. 91), da man sich die MA- und EO-Listen im untersuchungsrelevanten Zeitraum alle zwei bis vier Wochen zusandte. Die auf den MAL eingetragenen Sterne und die auf den EO-Listen eingereichten Eigenofferten waren jeweils aktuell oder auf die Zukunft gerichtet (zum Kriterium der Aktualität bzw. Historizität: Urteile B-4024/2021 E. 13.1.1.15 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.2.2.23 f. *CA Auto Finance* und

B-141/2012 E. 6.4.1.2.1 *Estée Lauder*; Horizontalleitlinien Rz. 90). Zudem waren die Angaben nicht aggregiert (zum Kriterium der Aggregiertheit: Urteile B-4024/2021 E. 13.1.1.15 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 *CA Auto Finance* E. 5.2.2.20 f. und B-141/2012 E. 6.4.1.3.1 *Estée Lauder*; Horizontalleitlinien Rz. 89), da den Unternehmen aufgrund der Ziffern 1-8 bekannt war, von welchem Unternehmen die Sterne auf den MAL oder die Eigenofferten auf den EOL stammten (vgl. E. 8.2.1.1.2, 8.2.1.6.5, Abbildung 2). Die MA- und EO-Listen waren zudem nur den acht Unternehmen und nicht der Öffentlichkeit zugänglich (E. 8.4.1.6; zum Kriterium der Öffentlichkeit: Urteile B-4024/2021 E. 13.1.1.15 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.2.2.38, 5.2.2.46 f. *CA Auto Finance* und B-141/2012 E. 6.4.1.4.4 *Estée Lauder*; Horizontalleitlinien Rz. 92). Demnach untermauern die Ausführungen zu den Horizontalleitlinien und dem MA- und EO-System die Beurteilung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG.

9.4.3.7.3 Alleine schon anhand der Anzahl der 392 identifizierten MA-Projekte beziehungsweise der 193 MA-Projekte mit Schutz und/oder Sternen (vgl. Verfügung Rz. 797 Tabelle 15 mit Fn. 985 [RPW Fn. 980]), der 1382 von den Jahren 2007 bis Mitte 2009 gemeldeten EO-Projekte (Verfügung Rz. 897 Tabelle 27) sowie der rund 90 MA- und 80 EO-Listen (E. 8.2.1.4.2, 8.2.1.6.2; Verfügung Rz. 539, 873) ist es geradezu offensichtlich, dass es sich hierbei *nicht um eine Bagatelle* handeln kann.

9.4.3.7.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass die offene Auslegung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG durch die Vorinstanz zu bestätigen ist. Allerdings ist im Folgenden noch auf weitere diesbezüglich erhobene Rügen einzugehen.

9.4.3.7.5

9.4.3.7.5.1 Vorliegend wollten die beteiligten Unternehmen „*sich keinen oder nur so wenig Wettbewerb wie nötig*“ machen (E. 8.4.3.6), weshalb es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine Rolle spielt, dass der vorliegende Konsens (u.a. auch wegen Freigaben) nicht umfassend war (vgl. auch E. 9.3). Denn bereits mit der Vereinbarung einer Wettbewerbsabrede und nicht erst mit ihrer praktischen Umsetzung wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.2 *BMW*; 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*; Urteil 2C_785/2022 E. 5.6.2.2, 5.6.3 *VPVW Stammtische/Projekt Repo*). Ohnehin ist das quantitative Element der Erheblichkeit seit dem Urteil *Gaba* BGE 143 II 297 E. 5.2.2, 5.2.5 *Gaba* nicht mehr bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG zu prüfen (E. 9.3; 9.4.3.2), weshalb eine Abrede nicht vollumfassend sein muss.

9.4.3.7.5.2 Was die Rüge, wonach kein umfassender Zuteilungsmechanismus sämtlicher Strassen- und Tiefbauprojekte (u.a wegen Freigaben) vorliege (Replik Rz. 58 ff.), betrifft, so hat die Vorinstanz (vgl. E. 9.3), die Widerlegung der Vermutung zur Wettbewerbsbeseitigung offen gelassen und ist von einer Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG, ausgegangen. Ein vollumfassender Gesamtkonsens würde einer Wettbewerbsbeseitigung gleichkommen. Wenn alle Gesamtkonsense nach Art. 4 Abs. 1 KG vollumfassend, also wettbewerbsbeseitigend (wie es die Beschwerdeführerin vorbringt), sein müssten, würde sich aus kartellrechtssystematischer Sicht die Variante der Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 (i.V.m. Abs. 1) KG als obsolet erweisen (E. 8.2.4.3.2). So prüfte das Bundesverwaltungsgericht auch im von der Beschwerdeführerin vielfach zitierten Entscheid *Strassenbeläge Tessin* (Urteil B-420/2008 E. 9) die Widerlegung der Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung. Zwar wurde in diesem Urteil im Resultat auf eine Wettbewerbsbeseitigung geschlossen (E. 9.2.5). Dies heisst aber nicht, dass der Tessiner Fall – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – die Variante der Wettbewerbsbeeinträchtigung per se aus kartellrechtssystematischer Sicht ausgeschlossen hätte. Demnach muss ein Gesamtkonsens nicht vollumfassend sein.

9.4.3.7.6

9.4.3.7.6.1 Des Weiteren bemängelt die Beschwerdeführerin einen ungenügenden Nachweis der Auswirkungen der Gesamtabrede (Beschwerde Rz. 101 ff., 110 ff., 116 ff., 120 ff.; 130 ff., 135 ff, 154 ff., [156 ff., 164 ff.]; Replik Rz. [40 ff.], 45 ff., [48 ff.]; Stellungnahme zur Duplik Rz. 8 ff., Gutachten von Swiss Economics S.11, 15 ff, [19 ff.; Swiss Economics-Zusatzanalyse S. 2 ff.]).

9.4.3.7.6.2 Mit dem Urteil *Gaba* hat das Bundesgericht zusätzlich klargestellt, dass Auswirkungen bei harten Kartellabsprachen kein Prüfungserfordernis sind (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*). Es genügt, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können. Auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung kommt es nicht an (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*; BGE 144 II 194 E. 4.3.2 *BMW*; Urteil 2C_785/2022 E. 5.6.2.2. *VPVW Stammtische/Projekt Repo*; Urteil B-141/2012 E. 6.3.3.4 *Estée Lauder*).

9.4.3.7.6.3 Ausserdem hilft es der Beschwerdeführerin auch nicht weiter, wenn sie ausführt, dass die Vorinstanz die Erheblichkeit (bzw. deren qualitatives Element) gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG [recte] ausschliesslich mit

den (zu hoch berechneten) Erfolgs- und Einhaltungquoten begründet habe, weshalb diese Quoten trotz der (auswirkungsverneinenden) Gaba-Rechtsprechung vorliegend dennoch zu beachten seien (Replik Rz. 47). Die Beschwerdeführerin übersieht, dass sich die Vorinstanz in qualitativer Hinsicht nicht auf die Erfolgsquote, sondern auf die Handlungen des MA- und EO-Systems gestützt hat (vgl. E. 9.4.3.6; Verfügung Rz. 1219 ff., 1274 ff.). Demnach erweist sich diese Rüge im Kontext mit der Erheblichkeitsprüfung als unbegründet.

9.4.3.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass die offene Auslegung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG durch die Vorinstanz zu bestätigen ist.

9.5 Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG)

9.5.1 Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, nur dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (BGE 147 II 72 E. 7.2 *Pfizer II*).

Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a und Bst. b KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (1) notwendig sind, (2) 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 und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt wird. Das Ziel der Effizienzprüfung ist, die „positiven“ Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen. Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Voraussetzungen *kumulativ* erfüllt sein. Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen. Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (oben Ziff. [2]) gegeben ist (vgl. BGE 147 II 72 E. 7.2 *Pfizer II*; 143 II 297 E. 7.1 *Gaba*; Urteil 2C_785/2022 E. 5.7.1 *VPVW Stammtische/Projekt Repo*). Rechtfertigungsgründen liegen Sachverhalte zugrunde, welche *volkswirtschaftlich* wünschenswerte Ergebnisse (wie Kostensenkungen oder Innovationssteigerungen) zulassen, welche nur durch Kooperation und nicht durch autonomes Verhalten der Wettbewerber

entstehen können. Es reicht nicht aus, wenn sie nur aus *betriebswirtschaftlicher Sicht* eines *einzelnen Unternehmens* effizient sind (Urteil B-141/2012 E. 6.6.1.2.4 m.H. *Estée Lauder*).

9.5.2 Obwohl die Untersuchungsmaxime, wonach die Behörde die Beweisführungslast trägt, zur Anwendung kommt, geht diese mit einer Mitwirkungspflicht der Parteien einher (BGE 144 II 246 E. 13.4.2 *Altimum*; 129 II 18 E. 7.1 *Buchpreisbindung I*; Urteil 2A.430/2006 E. 10.2 *Buchpreisbindung II*; Urteil B-141/2012 E. 9.7.2.2 *Estée Lauder*). Erforderlich ist diesbezüglich die Begründung einer Aussage der Parteien zu den Rechtfertigungsgründen (BGE 144 II 246 E. 13.4.2 *Altimum*). Die Wettbewerbsbehörde muss nicht das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen beweisen. Sind solche Effizienzgründe – durch die Wettbewerbsbehörde oder die Parteien – nicht erstellt, bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende und damit grundsätzlich unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil der Beschwerdeführer aus, die damit die objektive Beweislast tragen (Urteil 2A.430/2006 E. 10.3 *Buchpreisbindung II*; Urteil B-141/2012 E. 9.7.2.2 m.H. *Estée Lauder*).

9.5.3 Vorliegend bringt die Beschwerdeführerin – wie schon im vorinstanzlichen Verfahren – nicht konkret vor, dass Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen. In der Verfügung legte die Vorinstanz dar, dass die Parteien grösstenteils das Bestehen von Abreden bestritten hätten und es demnach nicht nachvollziehbar gewesen wäre, wenn diese dann Effizienzgründe geltend gemacht hätten (Verfügung Rz. 1309). Daraus ergibt sich bereits aufgrund der fehlenden Rügen zu den Effizienzgründen, dass hier keine Rechtfertigungsgründe für das MA- oder EO-System ersichtlich sind.

9.6 Fazit zu Art. 5 KG

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich somit, dass die mit dem MA- und EO-System verbundenen Handlungen der Beschwerdeführerin auch den Tatbestand von Art.5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG erfüllen.

9.7 Nutzung der Informationen aus dem MA-System – veranschaulicht am Beispiel der MA 2009_16 (Sitzung von 16. April 2009)

9.7.1 Wenn auch eine potentielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausreicht, um eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nachzuweisen und tatsächliche Auswirkungen oder eine erfolgte Umsetzung hierzu nicht erforderlich

sind (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.2 *BMW*; 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*; Urteile 2C_785/2022 E. 5.6.2.2 *VPVW Stammtische/Projekt Repo* und B-4024/2021 E. 15.4.4 *Automobilleasing Ford Credit*), ist es vorliegend möglich, anhand von konkreten Umsetzungshandlungen aufzuzeigen, wie das MA-System zur Umsetzung von Einzelsubmissionsabreden benutzt wurde.

9.7.2 Anlässlich der Hausdurchsuchung wurde bei der Beschwerdeführerin eine Version der MA 2009_16 mit handschriftlichen Notizen sichergestellt (vgl. Verfügung Rz. 344 f. mit den Abbildungen 26 f.). Diese Handnotizen hat ein Mitarbeiter der Beschwerdeführerin während der MA-Sitzung vom 16. April 2009 verfasst. Einerseits kann man aus diesen Handnotizen Schlüsse ziehen, was an dieser Sitzung besprochen wurde. Andererseits kann man auch eruieren, wie das Besprochene umgesetzt wurde (E. 9.7.3). Ausserdem lassen die Handnotizen auch Hinweise auf die Sitzungsteilnahme zu (E. 9.7.4).

9.7.3 Umsetzungshandlungen im Einklang mit den Handnotizen auf der MA 2009_16

9.7.3.1 Auf der MA 2009_16 hat der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin *neun* Projekte mit Handmarkierungen versehen. Bei sechs dieser Projekte ist es noch während des Untersuchungs-/Beurteilungszeitraums (das heisst vor dem 11. Juni 2009, vgl. E. 8.1) zu einem Zuschlag gekommen, der mit den während der Sitzung vom 16. April 2009 notierten Interessenbekundungen und Handanmerkungen im Einklang steht. Da das Sitzungsdatum (16. April 2009) kurz vor Abschluss des Beurteilungszeitraums angesetzt war, gab es auch zwei Projekte mit Handanmerkungen, bei denen die effektive Vergabe erst nach dem 11. Juni 2009 stattgefunden hat (E. 9.7.3.4). Das Projekt „[G]“ [...] (DOP Nr. 571, MA 2009_16 [Handeintragung ohne Nummer]; act. [...] S. 2, 25, 87 f.; HA-09-10588; kein MA-WEKO-Eintrag) nimmt eine Sonderrolle ein (vgl. dazu E. 9.7.3.3).

Abbildung 5- Umsetzung der Handanmerkungen auf der MA 2009_16

Sechs erfolgreiche Umsetzungen im Untersuchungszeitraum – Projekte A-F (E. 9.7.3.2)

[...] Projekt G – **Sonderbetrachtung** (E. 9.7.3.3)

Zwei Umsetzungen nach dem Untersuchungszeitraum – Projekte H und I (E. 9.7.3.4)

Insgesamt neun Projekte mit Handnotizen auf der MA 2009_16

Abbildung 6- Umsetzung der Handanmerkungen auf der MA 2009_16

Auszug aus act.°[...], S. 169 ff.

9.7.3.2 Sechs Umsetzungshandlungen der Handnotizen im Beurteilungszeitraum

–Projekt A) „[A-Strasse]“ (Bauherrin politische Gemeinde; MA 2009_16 Nr. 3; MA 2009_9 bis MA 2009_16 ohne vorgedruckte Sterne; MA WEKO 15; DOP Nr. 914; I Hagedorn, HAL 09-10464, act. [...] S. 118 f., Meldung durch die Beschwerdeführerin (act. [...] S. 178 [ohne GG]):

Dieses Projekt hat der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin an der Sitzung vom 16. April 2009 von Hand durchgestrichen. Letztere hat bereits am 3. April 2009 den Zuschlag erhalten (act. [...] S. 118 f.). Auf dem Eintrag der HA-Liste (09-10464) ist Schutz (I) zugunsten der Hagedorn ersichtlich. Da die Sitzung der MA 2009_16 am 16. April 2009 stattgefunden hat und die Projektzuteilung bereits am 3. April 2009 erfolgt ist, entspricht die Durchstreichung den Fakten, da das Projekt nicht mehr aktuell war. Dass das Projekt weiterhin auf der MA 2009_16 bestehen blieb, dürfte damit zusammenhängen, dass es sich gemäss dem Offertöffnungsprotokoll um ein *Einladungsverfahren* handelte. Die De Zanet, welche die MA-Listen führte, war nicht eingeladen, weshalb sie nicht in Kenntnis des Zuschlages gelangen konnte, zumal die vorherige Sitzung am 2. April 2009 (MA 2009_14) ausgefallen war (act. [...] S. 18 [ohne GG]).

- Projekt B) „[...]“ (Bauherrin Privat; MA 2009_16 Nr. 23; MA WEKO 100 [unberücksichtigt], kein DOP-Eintrag, kein HAL-Eintrag; Meldung durch Walo auf Fragebogen II, Frage 21 [act. ...]):

Auf den MA 2009_09 bis MA 2009_22 ist bei der De Zanet und bei der Bernet Bau je ein vorgedruckter Stern zu diesem Projekt vermerkt. Auf der bei der Beschwerdeführerin sichergestellten MA 2009_16 Nr. 23 sind von Hand zwei eingekreiste Sterne zugunsten der Walo vermerkt. Im Fragebogen II, Frage 21 (act. [...]) legt die Walo dar, dass sie das besagte Projekt zusammen mit der Toller als ARGE in den Monaten Mai/Juni 2009 ausgeführt habe und es sich hierbei um dasselbe Projekt, wie die „[BB-Strasse]“ (MA WEKO Nr. 99, unberücksichtigt) gehandelt habe. Das Projekt „[BB-Strasse]“ ist nur auf der MA 2009_22 (ohne Sterne) zu finden. Die Walo gibt an (Fragebogen II, Frage 21 [act. ...]), dass sie keine weiteren Belege zu diesem „Projektpaar“ habe. Ebenfalls lassen sich in den Verfahrensakten keine weiteren Dokumente finden, welche auf die Rolle der Toller in der ARGE Walo/Toller bei diesem Projekt hinweisen (vgl. E. 6.4.3). Allerdings steht die Handumkreisung mit zwei Sternen zugunsten der Walo im Einklang mit dem Ausgang der späteren Projektvergabe zumindest an die Walo (vgl. Urteil B-6849/2016 E. 9.7.3.2 *Toller*).

- Projekt C) „[C-Strasse]“ (Bauherrin Kanton [...], MA WEKO Nr. 454; nur auf der MA 2009_16 Nr. 55; DOP Nr. 219; TI Hagedorn, HAL 09-10556, act. [...] S. 64, 77):

Bei diesem Projekt sind die Sterneinträge auf der MA-Liste 2009_16 (Nr. 55) von Hand durch den Mitarbeiter der Beschwerdeführerin vermerkt, wobei bei der Hagedorn zwei umkreiste Sterne eingetragen sind (vgl. auch Verfügung Rz. 416 f. mit Abbildung 29). Alle weiteren Unternehmen (ausser die Reichmuth und die Bernet Bau) haben eine Markierung von nur einem Stern. In der HA-Liste (09-10556) ist dokumentiert, dass die Beschwerdeführerin Teilschutz (TI) am 24. April 2009 erhalten hat, was mit dem Offertöffnungsprotokoll übereinstimmt, da ein externes Unternehmen (die W. _____ AG) ein tieferes Angebot eingereicht hat. Die Beschwerdeführerin erhielt das Projekt trotzdem mit der Oberholzer als ARGE zugesprochen (act. [...] S. 64, 77), weshalb der Handeintrag mit zwei Sternen zugunsten der Beschwerdeführerin mit dem Ausgang des mittels Einzelsubmissionsabsprache beeinflussten Vergabeverfahrens übereinstimmt. Die Vergabe an die ARGE HA/OB als zweitgünstigstes Gebot hängt möglicherweise auch damit zusammen, dass die Hagedorn bereits im Jahr 2006 das „Vorgängerprojekt“ bzw. das „2006-er-Projekt“ („[der C-Strasse]“; MA 2006_16, Nr. 80; MA WEKO 426 berücksichtigt, DOP Nr. 101;

[„S“ HA 06-7893]) ausgeführt hat. Für dieses Projekt (2006) erhielt die Beschwerdeführerin nach Angaben der Walo auch von der Oberholzer einen Schutz „S“ (act. [...] Anlage B Nr. 15 [Selbstanzeiger-Akten]). Vor diesem Hintergrund ist die Wahl der Oberholzer als ARGE-Partnerin beim „2009-er-Projekt“ nachvollziehbar.

Auch konnte an der vorgängigen Sitzung (MA 2009_14) das Projekt noch gar nicht besprochen worden sein, da diese Sitzung ohnehin ausgefallen war (act. [...] S. 18 [ohne GG]). Deshalb waren vorgedruckte Sterne zu diesem Projekt auf der MA 2009_16 nicht möglich. Die Offertöffnung zum „2009-er-Projekt“ erfolgte am 28. April 2009 (act. [...] S. 77), also noch vor der Sitzung zur MA 2009_19 am 7. Mai 2009, weshalb das Projekt nicht mehr auf der MA 2009_19 vermerkt war (vgl. Verfügung Rz. 351). Demnach ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin beim besagten Projekt auf der MA 2009_16 zusammen mit der Oberholzer als ARGE Schutz erhalten hat und die Fakten mit den Handeintragungen auf der MA 2009_16 übereinstimmen.

Anzumerken ist, dass die Verfügung aber in Bezug auf dieses Projekt in Rz. 441 eine ARGE der Walo und Oberholzer [recte: Hagedorn und Oberholzer] nennt, was an dieser Stelle nicht korrekt ist.

– Projekt D) „D-Strasse“ (Bauherrin politische Gemeinde; MA 2009_16 Nr. 61; MA 2009_09 bis MA 2009_22 ohne Sterne; WEKO Nr. 445; DOP Nr. 494; I Implenia, HAL 09-10610; act. [...] S. 130 ff.):

Der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin hatte das Projekt auf der MA 2009_16 Nr. 61 (Sitzung vom 16. April 2009) mit einem Eintrag von Hand mit einem Stern (zu Gunsten der Walo) versehen. Diesen Stern hat er dann wieder von Hand durchgestrichen. Ansonsten hat es keine Sterneinträge auf den MA-Listen zu diesem Projekt gegeben. Dieser Vorgang stimmt mit den Fakten überein. Auf der HA-Liste (09-10610) ist mit Datum vom 7. Mai 2009 Schutz („I“) für die Implenia vermerkt. Die Offertöffnung war am 18. Mai 2009. Am 11. Juni 2009 hat die Implenia den Auftrag zugesprochen erhalten (act. [...] S. 130 ff.).

– Projekt E) „[...]“ (Bauherrin Kanton [...]); MA 2009_16 Nr. 78; das Projekt war unter dem Namen „Projekt EE“ bereits auf den MA 2003_50 bis MA 2009_14 vermerkt; es ist auch unter dem Namen „Projekt EE“ auf der kons. MAL (MA WEKO Nr. 514 [berücksichtigt]) mit dem Hinweis auf die MA 2009_16 zu finden, obwohl es auf der MA 2009_16, auf der HAL sowie im Offertöffnungsprotokoll [DOP 221; act. [...] S. 65, 117] den Namen „Projekt E“ trägt; [I De Zanet, HAL 09-10592]). Bereits unter dem vormaligen Projekttitel „Projekt EE“

war bis zur MA 2007_03 das Projekt mit einem doppelten Interesse der De Zanet vermerkt. Dieses wurde auf der MA 2007_07 in ein einfaches Interesse umgewandelt.

In der Tat tauchte das doppelte Interesse der De Zanet aber wieder auf der MA 2009_16 auf, wo das Projekt auch seinen „endgültigen“ „Projekt E“ erhalten hat.

Zudem hat der Vertreter der Beschwerdeführerin die Interessen der De Zanet auf der MA 2009_16 von Hand umkreist. Am Eintrag „I“ auf der HAL (09-10592) ist ersichtlich, dass dieser Umkreisung Taten gefolgt sind und die De Zanet von Hagedorn einen Schutz erhalten hat, was auch das Offertöffnungsprotokoll (act. [...] S. 65, 117) bestätigte. Bei der Beschwerdeführerin, Implenia und der Walo war jeweils nur ein Stern von Hand vermerkt. Die genannten Unternehmen haben ihre Eingaben am 4. oder 5. Mai 2009 gemacht. Die Offertöffnung fand am 7. Mai 2009 um 10 Uhr morgens statt. Demnach ist erstellt, dass diese Handlungen auf der Sitzung zur MA 2009_16 und der damit verbundenen Handnotiz beruhen, da die darauffolgende Sitzung zur MA 2009_19 am 7. Mai 2009 um 17 Uhr, also bereits nach der Offertöffnung, geplant war (act. [...] S. 124 [ohne GG]).

– Projekt F „[...]“ (Bauherrin Kanton [...]; MA 2009 16 Nr. 98; MA WEKO Nr. 810 berücksichtigt, kein DOP-Verweis auf der MA WEKO; es existiert jedoch der DOP-Eintrag Nr. 717, bei dem ebenfalls ein Verweis zur MA WEKO fehlt; das Projekt ist im Offertöffnungsprotokoll des Kantons [...] [act. ... S. 65 f.] zu finden; es ging um ein offenes Verfahren mit Ausschreibung vom 3. April 2009 im Amtsblatt Nr. 14; kein HAL-Eintrag).

Ursprünglich hat der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin bei diesem Projekt zugunsten der De Zanet, der Hagedorn, der Implenia und der Walo je einen Stern von Hand vermerkt. Bei der Reichmuth waren es zwei Sterne. Die Sterne *aller* Unternehmen waren von Hand eingekreist. Über diese von Hand eingetragenen Sterne war dann das Wort „Freigabe“ geschrieben. Die Reichmuth gab in ihrer konsolidierten Projektliste (act. [...]) selbst an, das Projekt nicht erhalten zu haben. Im Offertöffnungsprotokoll ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin keine Eingabe gemacht hat, weshalb es auch keinen Eintrag auf den HA-Listen gibt. Die De Zanet hat eine „leere Eingabe“ gemacht. Ausserdem haben die Walo, Reichmuth, Implenia aus dem Kreis der acht Unternehmen neben vier externen Unternehmen am 30. April 2009 sehr unterschiedliche Eingaben gemacht. Die Implenia hat auch ein deutlich tieferes Angebot als die Reichmuth eingereicht, was umso mehr zeigt, dass man sich

nicht mehr an den ursprünglich doppelt eingetragenen Schutz zugunsten der Reichmuth gehalten hat, und nun die darüber geschriebene „Freigabe“ dominierte. Dies ist auch daran ersichtlich, dass alle Sterne – und nicht nur die der Reichmuth – eingekreist waren. Da es sich um ein offenes Verfahren handelte, war der Konkurrenzdruck von externen Unternehmen gross, weshalb der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin die von Hand eingetragenen Sterne mit „Freigabe“ überschrieben hat. Demnach wurde das Projekt entsprechend des Handeintrages als „Freigabe“ behandelt.

9.7.3.3 Projekt G) „[...]“

9.7.3.3.1 Was das Projekt „[G]“ (Handeintragung auf der MA 2009_16; einziger Eintrag auf einer MA-Liste (zum Sterneintrag siehe gerade unten); kein Eintrag auf der MA_WEKO; act. [...] S. 2, 25, 87 f.; TS Oberholzer, HAL 09-10588; DOP Nr. 571) betrifft, so nimmt dieses Projekt, wie bereits ausgeführt, eine Sonderstellung ein:

9.7.3.3.2 Das „Projekt G]“ hat der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin an der MA-Sitzung vom 16. April 2009 von Hand eingetragen. In vorgedruckter Version existierte es nie auf den MA-Listen. Daneben steht ein von Hand eingetragener Stern zugunsten der Walo. Da jedoch auf der HA-Liste (HAL 09-10588) Teilschutz für die Oberholzer – und nicht zugunsten der Walo – vermerkt ist, war im vorinstanzlichen Verfahren dieses Projekt bestritten. In der Verfügung (Rz. 704) hat die Vorinstanz dann gegenüber dem Verfügungsantrag korrigiert, dass sich der von Hand eingetragene Stern zugunsten der Walo auf das Projekt „[Σ]“ (MA 2009_16 Nr. 31; MA 2009_09 bis MA 2009_22 ohne Sterne; MA WEKO Nr. 142 berücksichtigt; DOP Nr. 539, kein HAL-Eintrag; act. [...] S. 9, 46 f.), und nicht auf das „Projekt G]“, beziehe.

9.7.3.3.3 Bei genauer Betrachtung der MA 2009_16 ist zwar der Vorinstanz zu folgen, da der Sterneintrag zugunsten der Walo in der Tat rein „geometrisch“ auf derselben Linie wie das Projekt „[Σ]“ liegt. Beachtet man, dass die Walo den Zuschlag zum Projekt „[Σ]“ erst am 4. August 2009 (act. [...] S. 46 f.) erhalten hat, so sind dies beinahe vier Monate nach dem Handeintrag vom 16. April 2009 und rund zwei Monate nach Abschluss des Beurteilungszeitraums (11. Juni 2009). Wenn der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin schon von Hand das Projekt „[G]“ auf der MA 2009_16 eingetragen hat, macht es keinen Sinn, dass er zu diesem Projekt gar keinen Stern vermerkt, zumal dieses Projekt einzig auf der MA 2009_16 genannt ist.

Das Projekt „[G]“ wurde erst am 14. April 2009 (also zwei Tage vor der MA-Sitzung zur MA 2009_16) beim Gemeinderat vom zuständigen Ingenieurbüro zur Genehmigung eingereicht (act. [...] S. 87 f.), weshalb es gar nicht auf einer früheren MA-Liste stehen konnte. Ebenfalls konnte das Projekt „[G]“ gar nicht mehr Gegenstand der darauffolgenden MA-Sitzung vom 7. Mai 2009 (MA 2009_19) sein, da die Offertöffnung bereits am 4. Mai 2009 erfolgt ist (act. [...] S. 25, 87 f.). Beim Projekt „[G]“, das nicht auf einer früheren Liste stehen konnte, ist das Gesagte insoweit ersichtlich, als dass die Besprechung der Interessenlage mit einem Stern von Hand vermerkt ist. Demzufolge gehört der Stern – entgegen der Ausführungen der Vorinstanz in Rz. 704 der Verfügung – zum Projekt „[G]“ und nicht zum Projekt „[Σ]“.

Die soeben gemachten Ausführungen lassen die bestrittene Widersprüchlichkeit des Handeintrages des Sternes für Walo und des Teilschutzes (TI) zugunsten der Oberholzer in der HA-Liste (HA-09-10588) beim Projekt „[G]“ wieder aufleben.

9.7.3.3.4 Was die *Teilschutzeintragung* zugunsten der Oberholzer in den HA-Listen (HAL 09-10588) betrifft, so hat die *Awestra* (und nicht die Oberholzer oder die Walo) den Zuschlag erhalten (act. [...] S. 25, 87 f.). Die Bezeichnung „Teilschutz“ (TI) auf der HA-Liste, ohne auf den Namen der „Oberholzer“ zu achten, steht daher insoweit mit den Fakten im Einklang, da ein drittes Unternehmen den Zuschlag erhalten hat. Fest steht, dass neben der *Awestra* die Walo, die Oberholzer, die Toller und die Beschwerdeführerin (in aufsteigender Höhe) ein Angebot eingereicht haben (act. [...] S. 25, 87 f.). Von der Höhe der Gebote ist zu folgern, dass die Walo nach der *Awestra* das zweitniedrigste Angebot gemacht hat, und dass der von Hand eingetragene Stern zugunsten der Walo in der MA 2009_16 als Teilschutz umgesetzt wurde. Die Walo gab später als zweite Selbstanzeigerin zum Projekt „[G]“ an, dass die Abrede folgenlos geblieben sei, da die *Awestra* nicht an dieser Submissionsabrede beteiligt gewesen sei (act. [...] Rz. 38). Obwohl die Beschwerdeführerin beim Führen ihrer eigenen Liste, die Oberholzer und nicht die Walo als Teilschutzempfängerin (HAL 09-10588) vermerkt hat, lässt der handschriftliche Sterneintrag zugunsten der Walo doch die Schlussfolgerung zu, dass das besagte Projekt an der MA-Sitzung 2009_16 thematisiert wurde und man anschliessend (erfolglosen) Teilschutz gewährt hat.

9.7.3.3.5 Diese Ungereimtheit auf der HA-Liste (TI zugunsten der Oberholzer [HAL 09-10588] und nicht zugunsten der Walo) vermag weder die

Handeintragungen auf der MA 2009_16 noch den Beweiswert der HA-Liste insgesamt infrage zu stellen (E. 8.2.1.3.2).

9.7.3.4 Zwei Umsetzungshandlungen der Handnotizen nach dem Untersuchungszeitraum

Die verbindliche Offerteingabe für die folgenden zwei Projekte erfolgte erst *nach* dem untersuchungsrelevanten Zeitraum, also *nach dem 11. Juni 2009*. Es ist nur insoweit auf diese beiden Projekte einzugehen, um aufzuzeigen, dass deren Umsetzung nach dem 11. Juni 2009 erfolgt ist.

– Projekt H) „[...]“ (Handeintragung auf der MA 2009_16 mit eingekreistem Stern zugunsten der Walo; vorgedruckte Eintragung auf der MA 2009_22 Nr. 30 Projekt „[H W]“ (ohne Sternangaben); MA WEKO Nr. 169“ unberücksichtigt“, welche auf die MA 2009_22 Bezug nimmt; kein DOP- und kein HAL-Eintrag).

Das Projekt „[H]“ hat der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin von Hand selbst auf der MA 2009_16 eingetragen und mit einem einfachen von Hand eingetragenen Stern zugunsten der Walo versehen. Die Walo hat als zweite Selbstanzeigerin in ihrer Stellungnahme vom 26. April 2016 (act. [...]; Rz. 40-42) zu diesem Projekt (Handeintrag auf der MA 2009_16) ergänzend angegeben, dass es sich hierbei um ein privates Projekt, für welches die Walo am 30. Juni 2009 eine Offerte eingereicht hatte, gehandelt habe. Die Sitzung vom 16. April 2009 (MA 2009_16) habe allerdings lange vor dem Eingabetermin stattgefunden. Es ist nun auf den Gesamtkontext zum Projekt einzugehen. Auf der folgenden MA 2009_19 ist das Projekt nicht mehr ersichtlich. Allerdings erscheint dann auf der letzten MA 2009_22 Nr. 30 ein Projekt mit dem Namen Projekt „[H W]“ (Meldung durch die Walo; Bauherr „„HÜ_____“ [privat], ohne Sternangaben; datiert mit „Sommer 2009“; MA WEKO Nr. 169 „unberücksichtigt“). In ihrer konsolidierten Liste (act. [...]) hat die Walo zudem ein Projekt mit dem Namen „[H SWG]“ aufgegriffen. Dies wirft die Frage auf, ob es sich bei der *Trilogie von Varianten* um den Projektnamen „[H]“ um dasselbe Projekt handelt.

Das Projekt „[H SWG]“ weist, wie das Projekt „[H W]“ auf der MA 2009_22 Nr. 30, auf denselben privaten Bauherren [HÜ. _____] hin und trägt, wie es zum von Hand vermerkten Projekt „[H]“ in der Stellungnahme der Walo als zweite Selbstanzeigerin vermerkt war, das Datum des 30. Juni 2009. Ergänzend ist anzumerken, dass die Toller zwar in ihrer konsolidierten Liste (act. [...]) zum Projekt „[H SWG]“ nur den Namen des Architekten HH. _____

angegeben hat und keinen Bezug zum privaten Bauherrn HÜ._____ hergestellt hat. Jedoch ist anhand der konsolidierten Liste der De Zanet (act. [...] S. 6) ersichtlich, dass HH._____ zwar die Bauleitung innehatte, wobei HÜ._____ als Bauherr fungierte. Die De Zanet hat das Projekt mit dem 1. Juli 2009 datiert. Dass diese ihre Eingabe erst einen Tag nach der Walo gemacht hat, ist gut möglich. Des Weiteren hat die De Zanet in ihrer konsolidierten Liste (act. [...] S. 6) die Angabe gemacht, dass das Projekt vermutlich an die Awestra gegangen sei, was wiederum mit den Aussagen der Walo als zweite Selbstanzeigerin (act. [...]; Rz. 41 f.) übereinstimmt, da diese darlegte, dass auch die Awestra eingegeben hatte.

Aus dem Gesamtgefüge der Umstände ist ersichtlich, dass es sich bei der *Trilogie* von *Varianten* der Projektbezeichnungen „[H]“, „[H SWG]“ und „[H W]“ um dasselbe Projekt handelt. Die Projekteingabe vom 30. Juni/1. Juli 2009 erfolgte allerdings erst *nach Abschluss des Untersuchungszeitraums*. Demnach können aus dem Projekt keine Schlussfolgerungen hinsichtlich der Umsetzung der Handeinträge auf der MA 2009_16 gezogen werden.

– Projekt I) „[I-Strasse]“ (MA 2009_16 Nr. 59, MA 2009_09 bis MA 2009_22 [keine vorgedruckten Sterne]; MA WEKO Nr. 448 berücksichtigt; Bauherrin Stadt [politische Gemeinde]; DOP Nr. 492; kein HAL-Eintrag).

Beim besagten Projekt wurde der Handeintrag zugunsten der Walo wieder von Hand durchgestrichen. Mit Beschluss vom 19. April 2010 hat die Bau- und Umweltkommission von [...] das Projekt der Implenia zugesprochen. Die Öffertöffnung erfolgte am 31. März 2010 (act. [...] S. 117-123), weshalb die Projektzuteilung im Sinne der Handdurchstreichung zwar nicht an die Walo – aber erst *nach* dem untersuchungsrelevanten Zeitraum – erfolgte. Demnach sind auch diesem Projekt keine Aussagen zur Umsetzung der Handanmerkungen in der MA 2009_16 zu entnehmen.

9.7.3.5 Zusammenfassendes Zwischenfazit

9.7.3.5.1 Aus den obigen Ausführungen in E. 9.7.3.2 ff. ergibt sich, dass den Handnotizen des Mitarbeiters der Beschwerdeführerin anlässlich der MA-Sitzung von 16. April 2009 effektiv Umsetzungshandlungen gefolgt sind und es bei *sechs* Projekten zu einer Vergabe im Sinne der Handnotizen gekommen ist.

9.7.3.5.2 Was das siebte Projekt „G [...]“ betrifft (E. 9.7.3.3), so erfolgte zwar die Umsetzungshandlung im Sinne der Sternsetzung zugunsten der Walo insoweit, als dass die Walo teilgeschützt wurde, da sie die zweittiefste

Eingabe machte und die Awestra mit dem niedrigsten Angebot den Zuschlag erhielt (act. [...] S. 25, 87 f.). Die Angabe Teilschutz (HAL-09-10588) gibt daher die faktischen Umstände insoweit wieder. Allerdings hätte der HA-Eintrag 09-10588 nicht der Oberholzer, sondern der Walo gegenüber gelten sollen. Dieser Fehler stellt jedoch weder die Beweisqualität der Handeinträge auf der MA 2009_16 noch die der HA-Listen (E. 8.2.1.3.2) infrage.

9.7.3.5.3 Was die beiden in E. 9.7.3.4 beschriebenen Projekte („[H]“ und „[I]“ angeht, so erfolgte deren Offerteingabe erst *nach* dem untersuchungsrelevanten Zeitraum (11. Juni 2009), weshalb diese Projekte keine Schlussfolgerungen zur Umsetzung der Handnotizen auf der MA 2009_16 zulassen.

9.7.3.5.4 Insgesamt handelt es sich demnach um *sieben* und nicht um neun Projekte, welche in Bezug auf die Umsetzung der Handeinträge des Mitarbeiters der Beschwerdeführerin im Beurteilungszeitraum relevant waren. Dies lässt die Schlussfolgerung zu, dass die acht Unternehmen sich die Projekte mehrheitlich so, wie sie es besprochen hatten, zuteilten. Dies geschah auch noch bis kurz vor dem 11. Juni 2009.

9.7.3.5.5 Im Allgemeinen ist anzumerken, dass die Vorinstanz mit der kons. MAL (act. [...]; E. 8.2.1.4) und mit dem DOP (act. [...]; E. 8.2.1.5) einen sehr wertvollen Beitrag zur Gliederung und Übersicht der Projekte geliefert hat. Leider sind im DOP die Aktenstücke, welche die einzelnen Offertöffnungen und weitere Informationen zu den Projekten enthalten, nicht genannt. Das Bundesverwaltungsgericht musste daher diese Quellen selbst in aufwändiger Kleinarbeit zusammensuchen, um die Einträge der Vorinstanz, welche für die vorliegende Prüfung relevant waren, überprüfen zu können. Ebenfalls gibt die kons. MAL nur Aufschluss über die letzte MA-Liste, wo ein Projekt genannt ist. Sie enthält dagegen keine Informationen, wann ein Projekt auf die MA-Liste gekommen ist.

9.7.4 *Sitzungsteilnahme der acht Unternehmen am 16. April 2009 zur MA 2009_16*

9.7.4.1 Aufgrund der Handnotizen der Beschwerdeführerin auf der MA 2009_16 ist erstellt, dass sie an der Sitzung zur MA 2009_16 am 16. April 2009 anwesend war. Demnach muss diese Sitzung stattgefunden haben.

9.7.4.2 Auch die Systematik in den Handnotizen zur MA 2009_16 weist auf das Stattfinden der Sitzung hin: Die Sterneintragungen waren jeweils – unabhängig davon, ob sie von Hand oder vorgedruckt waren – beim zu schützenden Unternehmen von Hand eingekreist. Beim „Freigabeprojekt“ F - „[...]“ waren sogar die Sterne *aller* Unternehmen eingekreist, was erst recht diese Systematik unterstreicht. Bei den Projekten „D - [...]“ und „I - [...]“ waren die eingekreisten Sterne, welche ursprünglich der Walo gegolten hatten, von Hand durchgestrichen. Nur beim Projekt A - [...]“ hat es keine solche Sterneinkreisungen oder -eintragungen gegeben, da der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin das Projekt insgesamt durchgestrichen hat. Die Beschwerdeführerin hatte das Projekt bereits am 3. April 2009, also vor der Sitzung am 16. April 2009, zugesprochen erhalten. Diese Systematik geht mit den in E. 9.7.3 beschriebenen Umsetzungshandlungen einher, was ebenfalls das Stattfinden der Sitzung vom 16. April 2009 indiziert. Ausserdem würden die Handnotizen auf der MA 2009_16 ohne das Stattfinden dieser Sitzung gar keinen Sinn ergeben, da nicht alle – sondern nur einzelne ausgewählte – Projekte auf der MA 2009_16 mit Notizen versehen waren. Zusätzlich setzte der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin zwei neue Projekte („G - [...]“ und „H - [...]“) von Hand auf die Liste, was im Alleingang keinen Sinn ergeben hätte.

9.7.4.3 Bei den Unternehmen 1 bis 7 waren handschriftlich teilweise Sterne mit Einkreisungen vermerkt, was ebenfalls auf deren Teilnahme an dieser Sitzung schliessen lässt. Was das achte Unternehmen, die *Bernet Bau*, angeht, so fungierte diese als Gastgeberin an dieser Sitzung. Hinzu kommt die Tatsache, dass in den Akten der Beschwerdeführerin ein Sitzungsplan für das Jahr 2009 mit Handanmerkungen eines Mitarbeiters der Beschwerdeführerin gefunden wurde. Hier ist beim Sitzungsdatum des 16. April 2009 die Ziff. 8 (Bernet Bau) zusätzlich von Hand eingekreist (act. [...] S. 195 [ohne GG]), was erst recht darauf hinweist, dass der Sitzungsort bei der Bernet Bau nicht „toter Buchstabe“ war. Ebenso lassen die Umsetzungshandlungen von sieben der neun Projekte (E. 9.7.3.2, 9.7.3.3) auf eine Sitzungsteilnahme und das Stattfinden der Sitzung schliessen. Ausserdem hat die *De Zanet* am Tag vor der Sitzung (15. April 2009) eine Einladungsmail (und nicht eine Absagemail) versandt (act. [...] S. 457 [ohne GG]). Was die *Walo* angeht, beziehen sich insgesamt acht der Handeintragungen, unabhängig davon, ob es Sterne oder Durchstreichungen waren, auf Letztere.

9.7.5 Fazit

9.7.5.1 Anhand der oben gemachten Ausführungen ist ersichtlich, dass sechs bzw. sieben der neun Handanmerkungen auf der MA 2009_16 umgesetzt wurden. Zwei weitere Projekte „[H]“, ([...]) und „[L]“ ([...]; E. 9.7.4) (Projekt I; E. 9.7.3.4) konnten nicht in die Analyse miteinbezogen werden, da deren Zuteilung erst *nach* dem untersuchungsrelevanten Zeitraum erfolgte.

Zudem ist erstellt, dass die Sitzung zur MA 2009_16 stattgefunden hat und die acht Unternehmen an dieser Sitzung teilgenommen haben.

9.7.5.2 Zusammenfassend ergibt sich, dass auch unter Berücksichtigung der Umsetzungshandlungen im Einklang mit den Handnotizen auf der MA 2009_16 sowie der Teilnahme der beteiligten Unternehmen an der Sitzung vom 16. April 2009 der Schluss der Vorinstanz, wonach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG erfüllt ist, nicht zu beanstanden ist.

10. Verwirkung und Verjährung

10.1

10.1.1 Die Beschwerdeführerin macht eine Verfolgungsverjährungsfrist von höchstens sieben Jahren im Sinne von Art. 97 Ziff. 1 Bst. d StGB geltend (Beschwerde Rz. 9, 33 ff., 43, 53-66, Replik Rz. 18-22; Stellungnahme zur Duplik Rz. 5). Hätte das beanstandete Verhalten bis im Juni 2009 gedauert, so wäre die Verfolgungsverjährung von sieben Jahren bereits im Juni 2016 eingetreten. Allerdings habe die Vorinstanz die Verfügung erst am 8. Juli 2016 erlassen und am 5. Oktober 2016 (Datum des Eröffnungsschreibens: 3. Oktober 2016 [act. [...], S. 4 f.]) den Parteien eröffnet, was mehr als sieben Jahre seien (Beschwerde Rz. 68, Replik Rz. 23; Stellungnahme zur Duplik Rz. 6). Daher hätte die Vorinstanz das Verfahren *einstellen* müssen. So wären keine *Sanktionierung* und keine Gebühren aufgrund von Art. 3 Abs. 2 Bst. c der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR. 251.2) auferlegt worden (Beschwerde Rz. 9, 69 f.; Replik Rz. 24, beide m.H. auf Antrag 1). Das Abstellen auf den Beschleunigungsgrundsatz (Replik Rz. 10, 15) reiche nicht aus.

10.1.2 Eventualiter beruft sich die Beschwerdeführerin auf die fünfjährige Frist in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG. Sie macht – hauptsächlich unter Berufung auf das Gutachten von Swiss Economics – geltend, dass die letzten kartellrechtlich bedenklichen Handlungen höchstens bis im März/April

2008 gedauert hätten, weshalb die fünfjährige Frist in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG bis zur Untersuchungseröffnung am 15. April 2013 verstrichen sei (Beschwerde Rz. 16, 233 m.H. auf Rz. 156 ff. [dort Verweis auf Swiss Economics-Gutachten, Ziff. 4 S. 19 ff.] und Antrag 2; Replik Rz. 48-50, 67). Ohnehin habe sich die Vorinstanz bei der Beurteilung dieser Frage entgegen ihrer Aussage in der Vernehmlassung (Rz. 88 f.), in der Verfügung (Rz. 355, 839 und 1293) auf ihre ökonomische und statistische Analyse gestützt (Replik Rz. 48), weshalb die Argumentation in Bezug auf das Gutachten von Swiss Economics sachgerecht sei. Für die Änderungen des Bieterverhaltens im Jahr 2009 würde es andere Ursachen als die Beendigung des Verhaltens geben; die Vorinstanz habe diese Alternativursachen nicht ausreichend geprüft. Die Beendigung des Verhaltens im Frühjahr 2008 sei plausibler, da es auch einen Streit um ein Grossprojekt gegeben habe (Beschwerde Rz. 13-5, 159, 164, 168). Die Vorinstanz hätte daher „in dubio“ [pro reo] davon ausgehen müssen, dass die Gesamtabrede, sofern diese überhaupt bestanden habe, spätestens im April 2008 beendet gewesen sei (Replik Rz. 50).

10.2 Die Vorinstanz argumentiert, dass das Kartellgesetz keine eigentliche Verfolgungsverjährungsfrist kenne und keinen Raum für Verjährungsbestimmungen anderer Rechtsgebiete aufweise. So gelte ausschliesslich der Beschleunigungsgrundsatz (Verfügung Rz. 1425 ff., insb. 1431 ff.; Vernehmlassung Rz. 10 ff., 26; Duplik Rz. 14 f.). Auch sei bewiesen, dass die Tathandlungen bis Mitte 2009 andauerten (Vernehmlassung Rz. 88 ff.).

10.3 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stützt sich die Anwendbarkeit der strafrechtsähnlichen Grundsätze im Kartellrecht direkt auf die EMRK und nicht auf das VStrR oder das StGB. In diesem Sinne geht die spezialgesetzliche Regelung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG zur zeitlichen Dimension der Sanktionierung kartellrechtlicher Tatbestände den Fristregelungen des VStrR und des StGB vor, weshalb auch nicht die anders gelagerten Fristen in Art. 54 ff. KG (Strafsanktionen) zur Anwendung kommen (Urteile 2C_698/2021 E. 5.3 *Swisscom WAN-Anbindung* und 2C_596/2019 E. 6.4 *Six*; vgl. Urteil B-771/2012 E. 9.2.4 in fine *Cellere*). Verwaltungssanktionen verwirken, wenn die Untersuchung nicht innerhalb der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eröffnet wird. Ab Eröffnung der Untersuchung gilt das Beschleunigungsgebot (Urteil 2C_596/2019 E. 6.3 *Six*).

10.4 Soweit die Beschwerdeführerin eine siebenjährige Verfolgungsverjährungsfrist nach Art. 97 Ziff. 1 Bst. d StGB geltend macht, zielen diese Rü-

gen offensichtlich an der Sache vorbei und sind durch die neuere bundesgerichtliche Praxis inzwischen überholt. Demnach kann die Beschwerdeführerin weder die Einstellung des Verfahrens noch die Aufhebung der Sanktionierung bzw. der Verfahrenskosten (Antrag 1) erwirken. Dasselbe gilt, soweit die Beschwerdeführerin aus Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, aus dem VStrR oder aus Art. 54 ff. KG eine Verfolgungsverjährungsfrist herleiten will.

10.5 Die fünfjährige Frist in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist *tatbezogen* und nicht unternehmensbezogen zu verstehen (Urteile B-5119/2019 E. 5, insb. E. 5.6 *Centorame* und B-5130/2019 E. 5, insb. E. 5.7 *Schlub*; BSK KG – TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a KG N 242a m.w.H). Die Vorinstanz hat vorliegend die Untersuchung am 15. April 2013 eröffnet, weshalb die Fünfjahresfrist nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG fünf Jahre früher, also ab dem 16. April 2008 beginnt. Demnach ist im Zusammenhang mit der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin zwischen dem 16. April 2008 und 11. Juni 2009, dem Datum der [mutmasslich] letzten Sitzung (Verfügung insb. Rz. 330, 362) noch an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG beteiligt war.

10.6 In Bezug auf das Fortdauern oder die Beendigung eines Gesamtkonsenses stellt eine fehlende Distanzierung nur einen Gesichtspunkt neben anderen dar (Urteil B-3096/2018 E. 36 *Foffa*; Urteil des EuGH vom 17. September 2015, Rs. C-634/13 P *Total Marketing Services*, Rz. 22 f. m. H.; ALEXANDER HARRER, Die Beendigung der Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs.1 AEUV, 2019, S. 167, nachfolgend: HARRER). In Bezug auf den Gesamtkonsens würdigt das Bundesverwaltungsgericht sämtliche Indizien (Urteil B-3096/2018 E. 36, 44 *Foffa*), wie insb. den konkludent geäusserten Verpflichtungswillen (Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.3 f. *Türbeschläge*). Dementsprechend ist eine Gesamtbewertung vorzunehmen (HARRER, S. 185; vgl. zur Thematik der aktiven Distanzierung auch Urteil 2C_81/2023 [E. 8.3.3, 8.4.1, 8.5] *[Name einer Fluggesellschaft] - Luftfracht* m.H. auf Urteil B-787/2014 E. 11.4.2).

10.7 Eine aktive Distanzierung der beanstandeten Handlungen durch die Beschwerdeführerin ist vorliegend nicht ersichtlich (Verfügung Rz. 412). In diesem Sinne hat sich die Beschwerdeführerin nicht gegen die Zustellung der Terminlisten zu den MA-Sitzungen, Einladungsmails oder gegen Listeneinträge, zur Wehr gesetzt. Die Beschwerdeführerin und die anderen sieben Unternehmen haben die Mails (zur Urkundenqualität von Mails vgl.

E. 6.4.2. m.H.) samt MA- und EO-Listen bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009 die MA-Listen (vgl. act. [...] S. 446) und EO-Listen (act. [...] S. 374) zugestellt erhalten (E. 8.2.5.2; 8.2.5.5.2, 10.10.1). Ausserdem hatte die Beschwerdeführerin durch die Mails Einblick in die MA- und EO-Listen, weshalb sie jeweils wusste, welche Projekte aktuell zur Diskussion standen. Wie die E. 10.10 ff. aufzeigen, hat sich die Beschwerdeführerin selbst am beanstandeten Verhalten beteiligt und sogar die HA-Listen bis zum 22. Juni 2009, also einige Tage nach dem für die Untersuchung relevanten Zeitraum, geführt.

10.8 Was eine aktive Distanzierung anbelangt, trifft die Parteien auch diesbezüglich eine Mitwirkungspflicht nach Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 40 KG (vgl. E. 6.1). Soweit sich die Beschwerdeführerin auf ihr ökonomisches Gutachten oder die Swiss Economics-Zusatzanalyse bezieht (Beschwerde 233 m.H. auf Rz. 156 ff. [dort Verweis auf Swiss Economics-Gutachten, Ziff. 4 S. 19 ff.]), um hieraus den Endzeitpunkt im März bzw. April 2008 herzuleiten, hilft ihr dies nicht weiter, da in den E. 10.10 ff. die praktischen Teilnahmehandlungen der Beschwerdeführerin am MA- und EO-System nach dem 16. April 2008 aufgezeigt werden (siehe hierzu auch E. 9.7). Dem kann die Beschwerdeführerin auch nicht entgegenhalten, dass sich die Verfügung in den Rz. 355, 839 und 1293 doch auf die statistische Analyse der Vorinstanz gestützt habe (Replik Rz. 48). Die Beschwerdeführerin übersieht dabei, dass sich die Vorinstanz in diesen Randziffern zusätzlich (und nicht nur ausschliesslich) auf ihre statistische Analyse gestützt hat und hauptsächlich von einer faktenbasierten Argumentation (Vernehmlassung Rz. 88 m.H. auf die Verfügung) ausgegangen ist. Daher kann auch entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 169) keine Rede von einer Verletzung der Unschuldsvermutung (E. 6.2) sein. So hat sich die Vorinstanz ausführlich mit den Sitzungsteilnahmen, Listen und Projekten auseinandergesetzt (vgl. insb. Verfügung Rz. 297 ff., 310 ff., 337 ff., 363 ff., 378 ff., 406 ff.). Die Beweismittel sind nicht derart, dass die Vorinstanz diese aus objektiven Gründen hätte in Zweifel ziehen müssen. Beispielsweise hat die Vorinstanz in Rz. 410 der Verfügung anhand der Projekte C - „[...]“ und E - „[...]“ auf der MA 2009_16 (E. 9.7.3.2) aufgezeigt, dass die Beschwerdeführerin im ersten Fall Schutznehmerin und im zweiten Fall Schutzgeberin war (siehe dazu E. 10.11.1.1 und 10.11.2.1).

Da nachfolgend ebenfalls faktenbasiert aufgezeigt wird, dass sich die Beschwerdeführerin am beanstandeten Verhalten zwischen dem 16. April 2008 und 11. Juni 2009 beteiligt hat, erübrigt sich vorliegend die Auswertung der statistischen Analyse mit Blick auf die Verjährungsfrage.

10.9 Soweit sich die Beschwerdeführerin auf Aussagen der beiden Selbstanzeigerinnen bezieht, wonach das beanstandete Verhalten im Jahr 2008 geendet habe (Beschwerde Rz. 159 m.H. auf act. [...] Rz. 51; act. [...] Rz. 218; sowie auf act. [...], Seite 6; act. [...] Frage 1; act. [...] Seite 4, C.2.; act. [...], Seite 10; alle nur vor Ort einsehbar)), ist ihr entgegenzuhalten, dass sich gerade im Rahmen dieser Zitate Aussagen finden, welche erst recht auf eine Beendigung des Handelns im Jahr 2009 hinweisen. Denn beide Selbstanzeigerinnen haben angegeben, sie hätten den anderen Unternehmen Mitte 2009 im Nachgang zu den Hausdurchsuchungen im Kanton Aargau und Zürich am 8. Juni 2009 (*Aargauer Submissionsabsprachen*, RPW 2012/2 S. 270 ff., S. 275 f. Rz. 23; *Wettbewerbsabsprachen im Kanton Zürich*, RPW 2013/4 S. 524 ff., S. 530 Rz. 19) mitgeteilt, dass sie sich künftig nicht mehr an der Koordination beteiligen wollten (act. [...] Frage 1 f.; act. [...] Rz. 218 ff.; beide nur vor Ort einsehbar). Ohnehin hatte die erste Selbstanzeigerin (Implenia) noch am 9. Juni 2009, also zwei Tage vor der [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009, die EO 2009_24 an alle acht Unternehmen versendet (act. [...] S. 374 ff. [ohne GG]), weshalb die Beschwerdeführerin mit dieser Rüge nicht durchdringt.

10.10 Sitzungsplanung/Teilnahme Sitzungen

10.10.1 Was die Sitzungsplanung und -teilnahme im Allgemeinen betrifft, so haben *alle acht* Unternehmen bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009 die MA-Listen (vgl. act. [...] S. 446) und EO-Listen (act. [...] S. 374) zugestellt erhalten. Auf den MA- und EO-Listen waren alle acht Unternehmen mit ihrer Kennziffer bis zuletzt aufgeführt (E. 8.2.5.5.2). Einmal pro Jahr hat die De Zanet eine *Terminliste zu den MA-Sitzungen* per Mail versendet. Die Terminlisten oder deren Entwürfe der Jahre 2006 bis 2009 liegen vor. Die Sitzungsorte waren auf diesen Terminlisten anhand der Kennziffern (Abbildung 2) der gastgebenden Unternehmen erkenntlich (vgl. E. 8.2.1.1.3 m.H auf Verfügung Rz. 285 ff. i.V.m. 296 ff.). Ausserdem ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin unbestritten, dass regelmässige Treffen stattgefunden haben (Beschwerde Rz. 91). Bestritten ist jedoch, ob diese Treffen (und auch weitere Handlungen) nach dem 16. April 2008 fortgeführt worden sind und ob die fünfjährige Frist bis zur Untersuchungseröffnung am 15. April 2013 (Art. 49a Abs. 3 Bst. c KG) eingehalten ist.

10.10.2 In Bezug auf die Einrede der Verjährung/Verwirkung ist bloss insoweit auf die Sitzungsdaten einzugehen, als dass erstellt ist, dass noch nach Mitte April 2008 eine aktive Teilnahme durch die Beschwerdeführerin an den Sitzungen erfolgt ist. Es ist nicht die Teilnahme jeder einzelnen Sitzung

zu beweisen; es geht insgesamt um die Teilnahme am Gesamtkonsens, wobei dafür gerade die Sitzungsteilnahme exemplarisch ist (E. 8.2.5.5.2). Zusätzlich sind insbesondere die E-Mails samt MA- und EO-Listen bzw. die mit dem MA-System verbundenen Handlungen von Relevanz.

10.10.3 Auch wenn die MA-Sitzung vom 28. Mai 2009 (MA 2009_22), welche im Unternehmen der Beschwerdeführerin hätte stattfinden sollen, ausgefallen ist (Verfügung Tabelle 1, Abbildung 1 und Abbildung 3), gibt es weitere Aspekte, welche eine Sitzungsteilnahme der Beschwerdeführerin sogar im Jahr 2009 belegen. So ist auf eine Liste zur Sitzungsplanung für das Jahr 2009 hinzuweisen, welche bei der Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin gefunden wurde (Verfügung Rz. 298, Abb. 25; act. [...], S. 195 [ohne GG]; Abbildung 3). Diese enthält Handanmerkungen eines Vertreters der Beschwerdeführerin betreffend eine Sitzungsverschiebung vom 19. März auf den 12. März 2009, wobei das Sitzungsdatum vom 5. März von Hand durchgestrichen ist. Des Weiteren hat die Beschwerdeführerin auf den letzten beiden MA-Listen (MA 2009_19 und MA 2009_22; vgl. act. [...] S. 167 ff. sowie S. 173 ff. [ohne GG]) Projekte, welche gerade kurz vor oder nach ihrer Ausschreibung standen, mit oranger Farbe markiert, was zeigt, dass die Beschwerdeführerin die gelisteten Projekte aktiv verfolgte. Auch wenn die Sitzung zur MA 2009_22 mangels Ausschreibungen ausgefallen ist, wurde die entsprechende MAL versendet (act. [...] S. 446). Die Beschwerdeführerin hat darauf Projekte markiert. Auch beweisen die Handnotizen eines Mitarbeiters der Beschwerdeführerin auf der MA 2009_16 dessen Anwesenheit an der Sitzung vom 16. April 2009 (E. 9.7.4). Wären die Sitzungsdaten im Jahr 2009 nicht mehr für die Beschwerdeführerin von Relevanz gewesen, so hätte keine Notwendigkeit für diese Handanmerkungen bestanden.

10.11 Das MA-System

10.11.1

10.11.1.1 In Bezug auf Beispiele aktiv gelebter *Schutznahmen* der Beschwerdeführerin zwischen dem 16. April 2008 und dem 11. Juni 2009 ist auf die Ausführungen zu den Projekten A- „[...]“ und C - „[...]“ zu verweisen, welche bereits im Rahmen mit der MA 2009_16 (E. 9.7.3.2) aufgegriffen wurden.

10.11.1.2 Insgesamt ergibt sich aus den HA-Listen, dass die Beschwerdeführerin zwischen dem 16. April 2008 und dem 11. Juni 2009 im Untersuchungsgebiet 17-mal als Schutz- oder Teilschutznehmerin auftaucht, wobei

sie davon bei zwölf Projekten den Zuschlag erhalten hat. Die (gemäss HA-Listen offerierten) Auftragssummen dieser zwölf Projekte belaufen sich auf einen Betrag von über [3-5] Mio. Fr.

10.11.2

10.11.2.1 Was konkrete Beispiele aktiv gelebter *Schutzgaben* durch die Beschwerdeführerin zwischen dem 16. April 2008 und dem 11. Juni 2009 angeht, so ist auf die Projekte D - „[...]“ und E - „[...]“ in E. 9.7.3.2 – ebenfalls im Kontext mit der MA 2009_16 – zu verweisen. Ausserdem ist das Projekt G - „[...]“ (vgl. E. 9.7.3.3) ebenfalls als Schutzgabe der Beschwerdeführerin zu werten, wenn auch der entsprechende HA-Eintrag (HAL 09.10588) die Oberholzer und nicht die Walo genannt hat. So weisen die Gesamtumstände auf eine Schutzgabe der Beschwerdeführerin hin.

10.11.2.2 Nach Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts ist auf den HA-Listen vermerkt, dass die Beschwerdeführerin zwischen dem 16. April 2008 und dem 11. Juni 2009 im Untersuchungsgebiet bei 64 Projekten einem der anderen Unternehmen *aus dem Kreis der acht Unternehmen* Schutz gewährt hat. Die offerierten Auftragssummen der Hagedorn betreffend die 64 Projekte betragen über [10-12] Mio. Fr.

10.11.2.3 Neben den oben genannten 64 Projekten hat die Beschwerdeführerin zwischen dem 16. April 2008 und dem 11. Juni 2009 im Untersuchungsgebiet bei dreizehn Projekten einem *dritten* Unternehmen ausserhalb des Kreises der acht Unternehmen einen Schutz gewährt. In sieben Fällen war die Schutzgewährung offenbar erfolgreich.

10.11.3 Ausserdem hat die Beschwerdeführerin auf den HA-Listen zwischen dem 16. April 2008 und dem 11. Juni 2009 im Untersuchungsgebiet insgesamt 78 Offerten mit „*Freigabe*“ oder „*Offen*“ bezeichnet.

10.11.4 Was die *Meldung* von MA-Projekten angeht, so existiert ein Fax der Beschwerdeführerin, in welchem diese noch MA-Projekte vom April und Mai 2009 an die De Zanet gemeldet hat (act. [...] S. 178 [ohne GG]). Dies steht im Einklang mit der Antwort zu Frage 22b des Fragebogens II der Beschwerdeführerin vom 27. Mai 2014, wo von April 2009 die Rede ist (act. [...]).

10.11.5 Demnach ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin das MA-System auch noch zwischen dem 16. April 2008 und dem 11. Juni 2009 gelebt hat.

10.12 Das EO-System

10.12.1 Der letzte im Untersuchungszeitraum nachgewiesene elektronische Versand einer EO-Liste (EO 2009_24) an alle acht Unternehmen erfolgte am 9. Juni 2009 (act. [...] S. 374 [ohne GG]), also zwei Tage vor der [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009.

10.12.2 Im Folgenden ist aufzuzeigen, dass die Beschwerdeführerin das EO-System noch bis zum Abschluss des beanstandeten Handelns und sogar darüber hinaus (E. 10.12.3), also bis zum 11. Juni 2009, aktiv gelebt hat. In diesem Sinne sind die beiden letzten EO-Listen im Untersuchungszeitraum (EO 2009_22 und EO 2009_24) näher zu beleuchten. In den Akten befinden sich Belege, welche aufzeigen, wie die Beschwerdeführerin nach Entgegennahme der EO 2009_22 (26. Mai 2009; 10:55 Uhr [act. [...] S. 360 ff., ohne GG]) die EO 2009_24 vorbereitet hat. So erfolgte bereits um 11:34 Uhr ein interner Mail-Versand im Hause der Beschwerdeführerin (act. [...] S. 211 [ohne GG]), in welcher es darum ging, die EO 2009_22 zu aktualisieren. Dieser Mail war eine EO 2009_22 mit drei Handdurchstreichungen angehängt (act. [...] S. 213 ff. [ohne GG]). Diese drei Projekte, welche mit Handdurchstreichungen versehen waren, fanden sich ebenfalls in einer dieser Mail angehängten Liste, in welcher die EO-Projekte samt HAL-Nummern aufgeführt waren, welche die Beschwerdeführerin erhalten bzw. anderweitig vergeben wurden (act. [...] S. 212 [ohne GG]). Es handelt sich um Projekte, bei welchen die Beschwerdeführerin aufzeigte, dass sie für die darauffolgende EO 2009_24 nicht mehr relevant seien. Am 5. Juni 2009 faxte die Beschwerdeführerin der Implenia die Inhalte dieser Liste (die durchgestrichenen Projekte) sowie ihre neu gemeldeten Projekte für die EO 2009_24 (act. [...] S. 226 [ohne GG]). Die von der Beschwerdeführerin angebrachten Änderungen im Fax vom 5. Juni 2009 (Neumeldungen von Projekten sowie Durchstreichungen) wurden in die EO 2009_24 übernommen. Demnach stimmen die Änderungen der EO 2009_24 in Bezug auf die Beschwerdeführerin mit den Fakten überein, zumal die Beschwerdeführerin in ihrem Fragebogen von 22. Januar 2014 zu den EO angibt, dass sie bis ca. 2009 EO gemeldet habe und bis zu diesem Zeitpunkt die EOL geführt worden sei (act. [...] [ohne GG] Fragen 5a und 6a).

10.12.3 Des Weiteren existiert in den Akten der Beschwerdeführerin – zwar ohne Versandmail – eine EO 2009_26 (act. [...] S. 182 ff. [ohne GG]). Die dazugehörige Sitzung (25. Juni 2009) hätte aber erst nach dem 11. Juni 2009 stattgefunden. In Bezug auf die EO 2009_26 existiert ebenfalls ein Fax mit Projektmeldungen vom 22. Juni 2009 (act. [...] S. 209 [ohne GG]).

Ebenfalls befand sich in Bezug auf eine allfällige EO 2009_28 (geplantes Sitzungsdatum 9. Juli 2025) eine Faxmeldung vom 6. Juli 2009 an die Implenia in den Akten der Beschwerdeführerin (act. [...] S. 181 [ohne GG]). Zwar sind diese beiden Faxe nach dem Datum der [mutmasslich] letzten Sitzung versendet worden, aber sie untermauern umso mehr, dass die Beschwerdeführerin das EO-System bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung vom 11. Juni 2009 – wenn nicht sogar darüber hinaus – praktiziert hat.

10.13 Fazit

10.13.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass zwischen dem Abschluss der beanstandeten Handlungen (vgl. E. 10.10 ff. bzw. E. 9.7) und dem Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung am 15. April 2013 offensichtlich weniger als fünf Jahre vergangen sind. Die in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG normierte fünfjährige Frist ist demzufolge gewahrt.

10.13.2 Die Rügen der Beschwerdeführerin, wonach die Verwirkung oder Verjährung eingetreten sei, erweisen sich damit als unbegründet. Aus diesem Grund erübrigt sich auch die von der Beschwerdeführerin geforderte Auseinandersetzung mit dem ökonomischen Gutachten von Swiss Economics (vgl. E. 10.8). Dasselbe gilt betreffend die Rüge (Beschwerde Rz. 158), dass der Informationsaustausch zwischen den acht Unternehmen wegen eines Streites zu einem Grossprojekt bereits im Jahr 2008 aufgehört haben soll.

11. Sanktionierung

11.1 Standpunkte der Vorinstanz

Die *Vorinstanz* auferlegte der Beschwerdeführerin eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an einer Gesamtabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG in der Höhe von Fr. [2.3-2.5 Mio.] sowie zusätzlich, unter solidarischer Haftung gemeinsam mit Bernet Bau AG, einen Betrag von Fr. [77 % des Sanktionsbetrags der Bernet Bau AG] (Verfügung Dispositiv Ziff. 3.2).

In Bezug auf den für die Berechnung des Basisbetrags relevanten erzielten Umsatz führte die Vorinstanz Folgendes aus: Da die Gesamtabrede bzw. die Zusammenarbeit der acht Unternehmen Mitte 2009 endete, waren die Umsätze der einzelnen Unternehmen der Jahre 2006 - 2008 im Untersuchungsgebiet (Bezirke See-Gaster, March und Höfe) für die Berechnung

massgebend, wobei hierfür nicht jedes Einzelgeschäft nachgewiesen werden musste (Verfügung Rz. 1039 mit Tabelle 28, 1363 ff. mit Tabelle 32). Da es nicht zu einer flächendeckenden Umsetzung der Gesamtabrede gekommen war, erachtete die Vorinstanz einen Basisbetrag von 7% der erzielten Umsätze als sachgerecht (Verfügung Rz. 1378).

Die Gesamtabrede konnte sodann erst ab dem 1. April 2004 sanktioniert werden und dauerte bis Mitte 2009. Daher wurden die Basisbeträge um 50% erhöht (Art. 4 SVKG, Verfügung Rz. 1384). Erschwerende Umstände im Sinne eines wiederholten Verstosses (Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG) lehnte die Vorinstanz ab, da sie nicht alle Projekte identifizieren konnte, bei welchen es zu einer Einzelsubmissionsabrede kam und deshalb auch keine Aussage darüber getroffen werden konnte, wie oft jedes der acht Unternehmen an Einzelsubmissionsabreden beteiligt war (Verfügung Rz. 1388). Bei der Toller rechtfertigte sich zudem eine Minderung des Sanktionsbetrags wegen Kooperation mit der Behörde um 5%. Da die Walo, Bernet Bau und De Zanet vor Erlass der Sanktionsverfügung eine einvernehmliche Regelung (nachfolgend: EVR) abgeschlossen hatten, minderte die Vorinstanz deren Sanktionshöhe um 10% (Verfügung Rz. 1316, 1394 ff., 1398). Weiter erhielten alle Unternehmen eine zusätzliche Minderung von 10%, da sie die Gesamtabrede mehr als drei Jahre vor Untersuchungseröffnung aufgegeben hatten (Art. 6 Abs. 1 SVKG; Verfügung Rz. 1400). Eine passive Rolle gem. Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG verneinte die Vorinstanz bei allen acht Unternehmen, da sich alle Unternehmen bis Mitte 2009 insgesamt am MA-System beteiligten und EO-Projekte meldeten (Verfügung Rz. 1402 ff.).

Da Implenia als erste Selbstanzeigerin alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllte (Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 f. SVKG), wurde ihr die Sanktion erlassen (vgl. Verfügung, Rz. 1410 ff.). Der anderen Selbstanzeigerin Walo gewährte die Vorinstanz gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 12 ff. SVKG eine Reduktion der Sanktion im Umfang von 45% (Verfügung Rz. 1413 ff.). Aus Verhältnismässigkeitsgründen wurde die Sanktion der De Zanet reduziert (Verfügung Rz. 1434).

11.2 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die *Beschwerdeführerin* bringt im Wesentlichen vor, dass bei der Sanktionierung der falsche Umsatz zugrundegelegt (Beschwerde Rz. 234 ff.) und der Basiskoeffizient zu hoch angesetzt worden sei (Beschwerde Rz. 241 ff.). Die Heranziehung eines Dauerzuschlags sei zudem rechts-

widrig (Beschwerde Rz. 251 ff.) und die Vorinstanz hätte die Sanktion aufgrund der Einstellung des Verhaltens im April 2009 grosszügiger senken müssen (Beschwerde Rz. 255 ff.).

11.3 Allgemeines/Vorwerfbarkeit

11.3.1 Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist, wird mit einem Betrag von bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG). In den Art. 2 ff. SVKG hat der Bundesrat die Kriterien für die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des abstrakten – in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten – Sanktionsrahmens präzisiert (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.1 *Gaba*).

11.3.2 Vorliegend hat sich die Beschwerdeführerin an einer unzulässigen, gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG verstossenden Gesamtabrede beteiligt (vgl. E. 9.6). Unzulässig war die projektübergreifende Koordination (durch den dem MA- und EO-System inhärenten Informationsaustausch); die einzelnen Umsetzungsabreden waren vorliegend – entgegen der Beschwerdeführerin – nicht separat zu würdigen (vgl. E. 8.2.2.4). Damit ist der objektive Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. In subjektiver Hinsicht ist darüber hinaus ein Verschulden im Sinne von *Vorwerfbarkeit* vorauszusetzen (Urteile des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.2.2 *Publigroupe* nicht publiziert in BGE 139 I 72 und des BVGer B-3290/2018 E. 162 *Lazzarini*; B-807/2012 E. 11.2.1 *Erne*). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Verfügung Rz. 1350 ff.) ist vorliegend davon auszugehen, dass dem Wettbewerbsverstoss der Beschwerdeführerin mindestens ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.6 *Gaba*, 146 II 217 E. 8.5 *Swisscom ADSL II*, je mit Hinweisen) zugrunde lag. Sodann steht – wie in E. 10 ausführlich dargelegt – einer Sanktionierung auch in zeitlicher Hinsicht (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG) nichts entgegen. In diesem Sinne haben die acht Unternehmen bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009 die MA-Listen (vgl. act. [...] S. 446) und EO-Listen (act. [...] S. 374) zugestellt erhalten und von deren Inhalt Kenntnis gehabt. Wie in E. 10.10.3 ausführlich beschrieben, sind auf einer Liste zur Sitzungsplanung für das Jahr 2009 (Verfügung Rz. 298, Abb. 25; act. [...], S. 195 [ohne GG]; Abbildung 3) Handanmerkungen ei-

nes Mitarbeiters der Beschwerdeführerin betreffend Sitzungsverschiebungen zu finden. Auch wenn die Sitzung zur MA 2009_22 ausgefallen war, hat die Beschwerdeführerin auf dieser letzten vorhandenen MA-Liste mehrere Projekte mit Farbe markiert. Wie bereits in E. 9.7 aufgeführt, weist die Liste der MA 2009_16, welche Gegenstand der Sitzung vom 16. April 2009 war, Handnotizen eines Mitarbeiters der Beschwerdeführerin auf. Die Beschwerdeführerin war während der ganzen Untersuchungszeit mit der Ziffer „2“ auf den MA- und EO-Listen vermerkt. Daraus wird ersichtlich, dass sich die Beschwerdeführerin am beanstandeten Verhalten individuell beteiligt hat (E. 8.2.5.5.2). Daher hat die Beschwerdeführerin Kenntnis von diesem Verhalten gehabt (E. 10.10), weshalb die Vorwerfbarkeit zu bejahen ist.

11.4 Sanktionsbemessung

11.4.1 Den Wettbewerbsbehörden kommt in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten (Basisbetrag, Dauer sowie Erhöhungs- und Milderungsgründe) ein Ermessensspielraum zu (BGE 147 II 72 E. 8.5.2 *Pfizer II*; Urteil des BGer 2C_575/2023 vom 10. April 2024 E. 4.2 *französische Bücher*; Urteile B-4024/2021 E. 18.1.2. *Automobilleasing Ford Credit*, B-5919/2017 E. 419 *Baubeschläge Koch II* und B-7920/2015 vom 16. August 2022 E. 11.2.4 *VPVW Stammtische/Projekt Repo*). Dieser Ermessensspielraum wird einerseits durch die Vorschriften des Bundesrates in der SVKG begrenzt und konkretisiert, andererseits wird er auch durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz eingeschränkt (BGE 143 II 297 E. 9.7.2 *Gaba*; B-5919/2017 E. 420 *Baubeschläge Koch II*; B-831/2011 E. 1556 *SIX*; B-7633/2009 E. 709 *ADSL II*; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49 Abs. 1-2 N 61; ROTH/BOVET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a KG N 15, 17, 28 ff.; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Expertenwissen für die Praxis, 2. Aufl. 2023, Rz. 4.379; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a KG N 41). Jegliches Ermessen ist indes pflichtgemäss auszuüben (Urteil des BGer 2C_442/2023 vom 14. April 2025 E. 4.2 *Pfizer III*). Die Wettbewerbsinstanzen haben bei der Ermessensausübung das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot, den Grundsatz des öffentlichen Interesses, den Grundsatz von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Rechtssicherheit zu beachten (Urteil B-4024/2021 E. 18.1.2. *Automobilleasing Ford Credit*; ZIBUNG/HOFSTETTER, VwVG-Praxiskommentar, Art. 49 VwVG N 29).

11.4.2 Basisumsatz

11.4.2.1 Art. 7 SVKG transponiert die Sanktionsobergrenze aus Art. 49a Abs. 1 KG in die SVKG (PICHT, Art. 7 SVKG N 1, in: Wettbewerbsrecht II). Nach Art. 7 SVKG beträgt die Sanktion in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens. Innerhalb dieses abstrakten Sanktionsrahmens wird die konkrete Sanktion anhand der in Art. 2 ff. SVKG enthaltenen Kriterien in drei Schritten bemessen (Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG; BGE 147 II 72 E. 8.5.1. *Pfizer*; 146 II 217 E. 9.1 *Swisscom ADSL II*; 144 II 194 E. 6.2 *BMW*): Ermittlung des Basisbetrages (Art. 3 SVKG), Anpassung (des Basisbetrages) an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) sowie Erhöhung bzw. Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (Art. 5 und Art. 6 SVKG). Gemäss Art. 3 SVKG bildet der *Basisbetrag* der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10% des *Umsatzes*, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz (vgl. E. 8.5) erzielt hat (Urteil B-4024/2021 E. 18.2.1.1 ff. *Automobilleasing Ford Credit*).

11.4.2.2 Der *Umsatz* nach Art. 49a Abs. 1 KG wird aufgrund der Jahresrechnung der Unternehmen festgestellt (BGE 146 II 217 E. 9.2.2.1 *Swisscom ADSL II*; Urteil B-4024/2021 E. 18.2.1.4 *Automobilleasing Ford Credit*). Gemäss der Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes sind für die Umsatzberechnung die Regeln von Art. 9 KG und Art. 4 f. VKU sinngemäss anwendbar. Es wird auf den in den letzten drei Jahren erzielten Umsatz abgestellt (BBI 2002 2022 ff., 2037; nachfolgend: Botschaft KG 2002, 2037; KRAUSKOPF, DIKE KG, Art. 49a Abs. 1-2 N 36; LAUTERBURG, in: SIWR V/2, S. 710 Rz. 33). Art. 4 Abs. 1 VKU definiert den Begriff *Umsatz* als Erlöse, die die beteiligten Unternehmen während des letzten Geschäftsjahres mit Waren und Leistungen in ihrem normalen Tätigkeitsbereich erzielt haben, abzüglich von Erlösminderungen wie etwa Skonti und Rabatte oder Mehrwertsteuern. Bei Dienstleistungen ist der Erlös zu berücksichtigen, den das betreffende Unternehmen von seinen Kunden insgesamt vereinnahmt, einschliesslich der Erlöse für Vorleistungen und von Subakkordanten. Die Ausführung einer Arbeit durch ein anderes Unternehmen ist ein Kostenfaktor, welcher bei der Umsatzberechnung nicht abgezogen wird (PRÜMMER, DIKE KG, Art. 9 KG N 42 ff., 45 f. m.H.; vgl. auch BSK KG- REINERT/VISCHER, Art. 9 KG N 106 f.).

11.4.2.3 Vorliegend betraf die Gesamtabrede die projektübergreifende Koordination des Marktverhaltens (durch den mit dem MA- und EO-System

verbundenen Informationsaustausch) betreffend Strassen- und Tiefbauleistungen in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe im Zeitraum von April 2004 bis Mitte Juni 2009 (vgl. E. 8.1, 8.2.1, 8.5). Die *Beschwerdeführerin* hat die Marktabgrenzung als solches nicht bestritten (E. 8.5). Sie bringt auch nicht vor, dass die Vorinstanz bei der Berechnung des Basisumsatzes Projekte berücksichtigt habe, welche ausserhalb des relevanten Marktes angesiedelt seien (Beschwerde Rz. 234 f.). Es ist in sachlich-räumlicher Hinsicht insofern im Grundsatz nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz auf den Umsatz abstellte, welchen die Beschwerdeführerin in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe auf dem Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungszeitraum erzielte (Verfügung Rz. 1363 ff.).

11.4.2.4 Die *Beschwerdeführerin* stört sich jedoch daran, dass die Vorinstanz auch Umsätze aus Strassen- oder Tiefbau-Projekten für den Basisumsatz berücksichtigt habe (vgl. hierzu Verfügung Rz. 1040, 1364), welche sich *abstrakt* gar nicht dazu eignen würden, vom angeblichen Kartellverstoss betroffen zu sein. Sie legt dar, es gehe hierbei um Subunternehmerverhältnisse (aus dem Strassen und Tiefbau [SU/ST]), Regiearbeiten (aus dem Strassen und Tiefbau [RE/ST]), Direktvergaben nach Jahresvertrag (aus dem Strassen und Tiefbau [DJ/ST]) und Arbeitsgemeinschaften (AR). Wenn die Beschwerdeführerin ihre Arbeiten als *Subunternehmerin* ausgeführt habe, habe sie keinen Einfluss auf die Vertragskonditionen, sondern sie könne nur zustimmen oder ablehnen. Ebenfalls erbringe die Beschwerdeführerin als Teil einer *Arbeitsgemeinschaft* ihre Leistung an die ARGE und nicht an den Bauherrn, weshalb diese Leistungen nicht von einer allfälligen Abrede betroffen sein könnten. Dasselbe gelte bei *Regiearbeiten* und *Direktvergaben nach Jahresvertrag*, da sich hier die Aufgaben nach vorgefertigten Preislisten richten. Daher seien diese vier Unterkategorien (SU/ST, AR, RE/ST, DJ/ST) aus dem Umsatz herauszurechnen (Beschwerde Rz. 234 ff., 240 m.H. auf die Eingabe vom 30. Juni 2016 mitsamt Beilage [act....]; Replik Rz. 68).

11.4.2.5

11.4.2.5.1 Bei einer Gesamtabrede gilt für die Berechnung des Basisumsatzes nach Art. 3 SVKG der gesamte betroffene Markt als kartellbefangen (Urteil des BVGer B-3290/2018 E. 163 *Lazzarini*). Wenn die Beschwerdeführerin die oben beschriebenen Unterkategorien (SU/ST, AR, RE/ST, DJ/ST) nicht im Basisumsatz berücksichtigt haben will, widerspricht dies vorab dem Sinn und Zweck von Art. 3 SVKG. Dieser stellt als Ausgangspunkt für die Ermittlung des Basisbetrags auf jene *Märkte* ab, auf denen

die KG-tatbestandsmässige Wettbewerbsgefährdung bzw. -beeinträchtigung eingetreten ist (PICHT, Art. 3 SKGV N 3, in: Wettbewerbsrecht II). Das Geforderte widerspricht sodann auch dem zentralen Gedanken der kartellrechtlichen Botschaft 2001 (BBI 2002 2022 ff., 2037), wonach dank der Anknüpfung am Umsatz ein objektiv einfach zu ermittelndes Beurteilungskriterium als Ausgangspunkt für die Sanktionsbemessung dienen soll.

11.4.2.5.2 Zudem stützt sich die von der Beschwerdeführerin geforderte Herangehensweise (Herausrechnen der Unterkategorien SU/ST, AR, RE/ST, DJ/ST) auf eine ähnliche Denkweise wie bei Einzelabreden, welche bekanntlich nur abgesprochene Projekte ins Visier fassen. Allerdings geht es vorliegend nicht um isolierte Einzelabreden, sondern um eine Gesamtabrede. Denn die Ermittlung, ob ein einzelnes Projekt der genannten Unterkategorien abgesprochen wurde, würde der Prüfung von Einzelabsprachen gleichkommen, was vorliegend (bei einer Gesamtabrede) nicht geprüft werden muss (vgl. hierzu insb. E. 8.2.2.4 m.H., 8.6). Damit zielen die Rügen in Bezug auf die Unterkategorien (SU/ST, AR, RE/ST, DJ/ST) ins Leere. Bei einer Gesamtabrede ist ausserdem das Schädigungspotential viel grösser als bei einer projektbezogenen Übereinkunft („erga omnes“ – „ad personam“; vgl. E. 9.4.3.3.2), weshalb erst recht der gesamte betroffene Markt als kartellbefangen gilt (Urteil des BVerG B-3290/2018 E. 163 *Lazzarini*).

11.4.2.5.3 Darüber hinaus können die von der Beschwerdeführerin genannten Unterkategorien sehr wohl Leistungen umfassen, die im Rahmen von Projekten erbracht wurden, welche Gegenstand des MA- oder EO-Systems waren. Ausserdem hat die Vorinstanz bezüglich ARGE schlüssig dargelegt, dass solche mitunter auch gegründet wurden, wenn es über das MA- oder EO-System zu keiner Einigung über die Projektzuteilung gekommen war (Verfügung vgl. Rz. 605 ff., 623, 629 ff., 655). Dasselbe gilt für Subunternehmerverhältnisse. Dem Umstand, dass die von der Beschwerdeführerin als Direktvergaben oder Regierarbeiten gekennzeichneten Leistungen zu vorgegebenen Tarifen erbracht wurden, steht zudem nicht entgegen, dass die zugehörigen Projekte trotzdem auf den MA- oder EO-Listen aufgeführt waren. Ohnehin geht es vorliegend nicht um eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, sondern um eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG. Eine Projektzuteilung kann auch bei vorgegebenen Preisen erfolgen.

Daraus folgt, dass die erwähnten Unterkategorien beim relevanten Umsatz zu belassen sind. Dieser beträgt – ohne MwSt. – wie von der Vorinstanz korrekt festgestellt – Fr. [Basisumsatz] (Verfügung Rz. 1366, Tabelle 32).

11.4.3 Basisbetragssatz

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird der Sanktionsbetrag u.a. nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens bestimmt. Art. 3 SVKG hält konkretisierend fest, dass der Basisbetrag nach Schwere und Art des Verstosses gebildet wird. Unter Schwere ist die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential, und zu berücksichtigen ist zudem u.a. der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses, die Anzahl der Beteiligten (vgl. BGE 146 II 217 9.2.3.2 *Swisscom ADSL II* m.H.; BGE 144 II 194 E. 6.4 *BMW*; Urteil B-4024/2021 E. 18.3.1 m.H. *Automobileasing Ford Credit*) sowie auch die Marktbeeinträchtigung.

11.4.3.1 Die *Beschwerdeführerin* rügt, der Basiskoeffizient von 7% sei zu hoch (Beschwerde Rz. 241 ff.). Sie beruft sich hierbei auf die vorinstanzliche Fallpraxis (Beschwerde Rz. 248 f. m.H.). Auch habe es sich vorliegend nicht um eine flächendeckende Umsetzung der Gesamtabrede oder um eine Wettbewerbsbeseitigung gehandelt (Beschwerde Rz. 245, 247). Im Urteil *Gaba* (BGE 143 II 297 E. 9.7.1, 9.7.3) habe das Bundesgericht bei einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs den Basisbetrag mit 5% beurteilt (Replik Rz. 69). Ausserdem beruft sich die *Beschwerdeführerin* auf die „Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG)“ vom 1. Januar 2006 (S. 3). Sie legt dar, dass es sich vorliegend nicht um einen kombinierten Tatbestand, welcher bei der Beurteilung des Basisbetrages schwerer zu gewichten sei, gehandelt hätte. Die von der Vorinstanz behauptete Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) sei richtigerweise nicht auch noch als Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG beurteilt worden, weshalb der Basisbetrag weniger hoch anzusetzen sei (Beschwerde Rz. 246). Zudem macht die *Beschwerdeführerin* geltend, dass durch den zu hoch angesetzten Basisbetrag von 7% eine doppelte Bestrafung erfolgt sei, da einer Gesamtabrede ein viel höherer Umsatz als einer Einzelabrede zugrunde liege (Beschwerde Rz. 244; Replik Rz. 70). Ausserdem sei die Erfolgsquote aufgrund der fehlenden Codierung des Erfolgs in der kons. MAL nicht nachvollziehbar und zu hoch, da freigegebene Projekte nicht berücksichtigt worden seien (Beschwerde Rz. 136, 137 ff.,

141 ff., 148 ff., [152 f.], 154 f.). Die Beschwerdeführerin erachtet daher einen Basisbetrag von 2% als angemessen (Beschwerde Rz. 250; Replik Rz. 72).

11.4.3.2 Diese Argumentation vermag nur teilweise zu überzeugen. Die vorliegende Gesamtabrede war von einem hohen Grad an Koordinationswillen getragen. Sie führte gesamthaft zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. E. 9.6). Wie die Vorinstanz in Rz. 1378 ff. der angefochtenen Verfügung zutreffend ausführte, war die vorliegend nachgewiesene Gesamtabrede auch volkswirtschaftlich und sozial schädlicher als eine isolierte Einzelsubmissionsabrede (vgl. auch E. 9.4.3.3.2).

11.4.3.3 Was die Festsetzung des Basiskoeffizienten im Zusammenhang mit Submissionsabreden angeht, hat das Bundesverwaltungsgericht bereits in früheren Fällen hinsichtlich mehrerer Einzelsubmissionsabreden einen generellen Koeffizienten von 7% als nicht zu beanstanden bezeichnet (Urteile des BVGer B-771/2012 E. 9.6.6 *Cellere*, B-807/2012 E. 11.5.6 *Erne*, B-829/2012 E. 10.5.6 *Granella* und B-880/2012 E. 11.4.6 *Umbricht*; bestätigt durch Urteil 2C_845/2018 *Umbricht*). In der neueren Praxis hat das Gericht hinsichtlich einer vergleichbaren Gesamtabrede (Kartellfälle *Engadin I*) einen Satz von 7% ebenfalls als zulässig erachtet (Urteile B-3096/2018 E. 113 *Foffa* und B-3290/2018 E. 167 *Lazzarini*).

11.4.3.4 Vor diesem Hintergrund erscheint die Ansetzung eines Basisbetragsatzes von 7% mit Blick auf die Schwere und Art des vorliegenden Verstosses nicht per se als unangemessen.

11.4.3.5 Der Beschwerdeführerin ist allerdings insoweit zuzustimmen, dass die ungenügende Nachvollziehbarkeit der Erfolgsquote im vorliegenden Verfahren immerhin eine leichte, nun aber geheilte Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt (E. 5.2.4, 5.2.4.2). Zugleich ist die Beschwerdeführerin aber auch darauf hinzuweisen, dass die Begründung der Vorinstanz zum Basisbetragsatz von 7% (vgl. Verfügung Rz. 1376) nicht ausschliesslich auf den aus Sicht der Beschwerdeführerin „falsch berechneten“ und „nicht nachvollziehbaren“ Erfolgsquoten betreffend Umsätze und Anzahl Projekten von je 77% beruht. Diese Begründung wird durch Kennzahlen zur Marktdurchdringung in Bezug auf das MA- und EO-System ergänzt. Nach der unbestritten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz sind in den Jahren 2006 bis 2008 über die beiden Zuteilungssysteme Informa-

tionen zu Projekten ausgetauscht worden, die rund 67% des Marktvolumens ausgemacht haben (Verfügung Rz. 1375). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die nachgewiesene Gesamtabrede den Wettbewerb auf einem wesentlichen Teil des relevanten Marktes betroffen hat.

Betreffend die beiden Erfolgsquoten von je 77% ist zu bemerken, dass die Vorinstanz den „Erfolg“ folgendermassen umschrieben hat: Bei insgesamt 149 Submissionen, was einem Gesamtwert von Fr. 47.7 Mio. entspreche, habe dasjenige Unternehmen mit dem höchsten Interesse und/oder „Schutz“ gemäss HAL den Zuschlag erhalten. Dies entspreche anzahlmässig 77% der Gesamtanzahl der 193 mutmasslichen Einzelsubmissionsabreden sowie volumenmässig 77% von Fr. 62.3 Mio. (Verfügung Rz. 830 mit Fn. 1006 [RPW-Version Fn. 1001], Tabelle 24; Verfügung Rz. 1285). Hierbei ist anzumerken, dass bei dieser Berechnung nur identifizierte Projekte mit mindestens einem Stern und/oder „Schutz“, nicht aber Freigaben, berücksichtigt wurden (vgl. Swiss Economics-Gutachten S. 15). Zudem legt die Vorinstanz dar, dass von diesen Erfolgsquoten auch Fälle erfasst seien, bei denen mehrere Unternehmen das höchste Interesse mittels einem oder zwei Sternen geltend gemacht haben (vgl. Verfügung Rz. 828 ff. mit Fn. 1002 [RPW-Version Fn. 997]).

11.4.3.6 Aus dieser Umschreibung geht hervor, dass die Vorinstanz mit ihren beiden Erfolgsquoten von 77% nicht den Erfolg des MA-Systems insgesamt, sondern lediglich die Effektivität der (mutmasslichen) Einzelsubmissionsabreden, welche durch den Informationsaustausch des MA-Systems ermöglicht wurden, berechnet hat. Indem die Vorinstanz bei der Berechnung der Erfolgsquote dem Nenner nur jene Projekte zuführte, die nicht als Freigabe auf der HAL gekennzeichnet waren, stellte sie die Auswirkungen des MA-Systems – also die Erfolgsquoten – im Ergebnis grösser dar, als sie es wirklich waren. Allerdings geht nicht nur aus einem Eintrag auf der HAL als „Schutz“ und/oder einem identifizierten MA-Projekt mit Sternen, sondern auch aus einem HAL-Eintrag als „Freigabe“ unmittelbar hervor, dass das designierte MA-Projekt im Kreis der acht Unternehmen besprochen wurde. Im Unterschied zu den auf der HAL als „Schutz“ gekennzeichneten Projekten kam es bei diesen „Freigaben“ im Anschluss aber zu keinen weiteren Umsetzungshandlungen von Einzelsubmissionsabreden. Demnach ist es sachgerecht, die „Freigaben“ mit in den Nenner der Erfolgsquote zu inkludieren.

Ergänzt man Tabelle 24 der Verfügung (Rz. 830), in welcher die Vorinstanz die beiden Erfolgsquoten dargestellt hat, um die Anzahl (87) bzw. das Volumen (Fr. 97.5 Mio.) der Freigaben, wie sie in Tabelle 15 (Verfügung Rz. 797) vermerkt sind, ergibt dies ein neues Total von 280 (=193 +87) Projekten bzw. ein Volumen von Fr. 159.8 Mio. (=62.3 + 97.5). Berechnet man die Erfolgsquoten mit diesen neuen Zahlen im Nenner, resultiert daraus eine Erfolgsquote bei einer anteilmässigen Betrachtung von 53% und einer umsatzbasierten Erfolgsquote von 30% (vgl. Abbildung 7).

Abbildung 7: Umsetzung des MA-Systems und dessen Misserfolge (identifizierte Projekte der konsolidierten MAL; 2004 - Mitte 2009) gemäss Tabelle 24 unter Berücksichtigung der Freigaben in Tabelle 15

	Anzahl Submissionen	Prozent		Volumen in CHF Mio.	Prozent	
		exkl. Freigaben	inkl. Freigaben		exkl. Freigaben	inkl. Freigaben
Erfolg¹	149	77%	53%	47.7	77%	30%
Misserfolg1 (Erfolg eines anderen U der 8U) ¹	20	10%	7%	6.1	10%	4%
Misserfolg2 (Erfolg eines DrittU) ¹	24	12%	9%	8.5	14%	5%
Total (exkl. Freigaben) ¹	193	100%		62.3	100%	
Freigaben ²	87		31%	97.5		61%
Total (inkl. Freigaben)²	280		100%	159.8		100%

¹ vgl. Verfügung Rz 830 Tabelle 24; ² vgl. Verfügung Rz 715 Tabelle 15

Die in Abbildung 7 neu berechneten Erfolgsquoten kommen den Berechnungen im Swiss Economics-Gutachten (S. 15, Tabelle 2) nahe, da diese ebenfalls die Freigaben mitberücksichtigt haben. Die Gutachter von Swiss Economics erhielten eine Erfolgsquote in Bezug auf den Umsatz von 27.92% bzw. von 50.17% hinsichtlich der Anzahl Projekte.

11.4.3.7 Im Unterschied zu den Erfolgsquoten in der Verfügung (insb. die Angaben in Tabelle 24 [Rz. 830]) waren die Berechnungen der Gutachter von Swiss Economics für das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf die kons. MAL (act. [...]) ohne Weiteres nachvollziehbar.

Die Berechnungen zu den Erfolgsquoten in der Verfügung waren nicht nachvollziehbar, weil auf der kons. MAL insbesondere eine Codierung für das Kriterium „Erfolg“ fehlte. Ebenfalls nicht ersichtlich war auf der kons. MAL, bei welchen Projekten die Eingabefrist noch innerhalb des Untersuchungszeitraums bzw. der MAL-Periode lag. Damit ist unklar, auf welche 193 Projekte sich die Vorinstanz bei ihrer Erfolgsquotenberechnung im Nenner überhaupt bezogen hat (vgl. dazu das Swiss Economics-Gutachten S. 12 ff. bzw. Beschwerde Rz. 176 ff.).

Diese Unzulänglichkeit lässt sich anhand des folgenden Beispiels illustrieren: In Tabelle 15 der Verfügung (Rz. 797) werden in der zweituntersten Zeile betreffend „identifizierte MAL-Projekte mit Schutz und/oder Stern(en)“ 202 Projekte gezählt. In Fussnote 985 (RPW-Version Fn. 980) erfolgte dann eine „Korrektur“ auf 193 Projekte, da bei den restlichen neun Projekten die Eingabefrist erst nach dem 11. Juni 2009 angesetzt war. Welche Projekte von dieser Korrektur betroffen sind, bleibt unerwähnt und lässt sich auch nicht anhand der kons. MAL replizieren (E. 5.2.4.4).

Die im Gutachten aufgezeigten Mängel an der vorinstanzlichen Herleitung der Erfolgsquoten sind demnach zutreffend. Aus diesem Grund wird nachfolgend auf die tieferen Zahlen zu den Erfolgsquoten aus dem Gutachten (S. 15, Tabelle 2) abgestellt, welche sich für die Beschwerdeführerin als günstiger erweisen. Da – wie soeben in E. 11.4.3.6 aufgeführt – bei einer Erfolgsquotenberechnung ohne Berücksichtigung der Freigaben nur die Effektivität der (mutmasslichen) abgeschlossenen Einzelsubmissionsabreden und nicht die Effektivität des MA-Systems insgesamt erfasst wird, sind die von den Gutachtern berechneten Erfolgsquoten inklusive Freigaben (27.92% betreffend Umsätze und 50.17% betreffend Anzahl Abreden) massgebend.

11.4.3.8 Nach dem Gesagten kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass der Basisbetragsatz mit 7% zu hoch angesetzt ist. Allerdings ist der Beschwerdeführerin auch nicht zu folgen, wenn diese einen Basisbetragsatz von maximal 2% verlangt. So ist auch an den tieferen Erfolgsquoten von 27.92% bzw. 50.17% ersichtlich, dass gestützt auf den Informationsaustausch des MA-Systems effektiv erfolgreiche Einzelsubmissionsabreden geschlossen wurden. Unter Berücksichtigung, dass vorliegend eine Gesamtabrede nachgewiesen wurde, welche volkswirtschaftlich und sozial schädlicher ist als eine isolierte Einzelsubmissionsabrede (vgl. E. 9.4.3.3.2), und dass die MA- und EO-Projekte nach den unbestrit-

ten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz rund 67% des Gesamtmarktvolumens ausgemacht haben (Verfügung Rz. 1376), ist der Basisbetragsatz von 7% auf 6% zu senken.

11.4.3.9 Dem kann die Beschwerdeführerin auch nicht entgegenhalten, dass keine Beseitigung des Wettbewerbs stattgefunden habe (Beschwerde Rz. 245, 247; Replik Rz. 69) oder der Basisbetrag im oberen Drittel ohnehin zu hoch sei. Denn mit dem neu angesetzten Basisbetrag von 6% wird genügend berücksichtigt, dass der „Marktanteil“ der beiden Zuteilungssysteme 67% (und nicht 100%) ausgemacht hat. Ebenso wenig hilft der Beschwerdeführerin der Einwand, dass vorliegend kein kombinierter Tatbestand im Kontext mit einer Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vorgelegen habe, da Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG eine eigenständige Bedeutung hat und dieser Tatbestand (E. 9.6) sowie die Marktabdeckung von 67% durch das MA- und EO-System bereits erstellt ist (E. 11.4.3.5). Ausserdem wurde der Basisbetrag bereits auf 6% abgesenkt. Soweit die Beschwerdeführerin aus dem Urteil *Gaba* des Bundesgerichts (BGE 143 II 297 E. 9.7.3) einen Basiskoeffizienten von 5% herleiten will (Replik Rz. 69), übersieht sie, dass es sich dort um eine vertikale und nicht – wie vorliegend – um eine horizontale Konstellation gehandelt hat.

11.4.3.10

11.4.3.10.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine *doppelte Bestrafung*, da einerseits bei einer Gesamtabrede der gesamte auf den relevanten Märkten (und nicht der projektbezogene) Umsatz berücksichtigt worden und andererseits der Basisbetrag zu hoch angesetzt sei (Beschwerde Rz. 244, Replik Rz. 70). Aus dem Wortlaut von Art. 3 SVKG („*Der Basisbetrag der Sanktion bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.*“) ist jedoch ersichtlich, dass der Basisumsatz und der Basisbetragsatz zwei *unabhängig* voneinander getrennt zu beurteilende Kriterien sind. Der Basisumsatz ergibt sich sodann aus der Marktdefinition (Urteil B-4024/2021 E. 18.2.1.1 ff. *Automobilleasing Ford Credit*; PICT, Art. 3 SVKG N 12 m.H.; E. 11.4.2.1 ff. m.H. auf E. 8.5), welche sich nach festen Kriterien gestaltet. Die Auslegung des Begriffs „relevanter Markt“ vermag somit zwar den Basisbetrag, nicht jedoch den nach Ermessen festzusetzenden Basisbetragsatz zu beeinflussen. Ausserdem wurde vorliegend der Basisbetragsatz bereits auf 6% abgesenkt (E. 11.4.3.8).

11.4.3.10.2 Bei ihrer Rüge zur doppelten Bestrafung übersieht die Beschwerdeführerin zudem, dass bei der kartellrechtlichen Betrachtung von Einzelsubmissionsabreden nicht nur erfolgreiche, sondern auch erfolglose Schutznahmen sowie Stützofferten, welche keinen eignen Umsatz generieren, direkt auf der Grundlage von Art. 49a Abs. 1 KG der Sanktionierung zugänglich sind (Urteile B-4024/2021 E. 18.3.15 m.H. *Automobilleasing Ford Credit*, B-5172/2019 E. 9.4.2.5 ff. *Engadin II*, B-807/2012 E. 11.5.5.2 ff., 11.5.8 *Erne* und B-880/2012 E. 11.4.5.2 ff., 11.4.8 *Umbricht*; bestätigt durch Urteil *2C_845/2018 Umbricht*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a KG N 49 ff. m.H.; PICH, Art. 3 SVKG N 13, in: Wettbewerbsrecht II). Ausserdem würde sich bei einer Betrachtung im Sinne einer Reihe von Einzelsubmissionsabreden die Frage stellen, ob allenfalls ein Wiederholungszuschlag nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a KG zu erheben gewesen wäre. Aufgrund der Gesamtabrede erachteten sowohl die Vorinstanz wie auch das Bundesverwaltungsgericht vorliegend einen Wiederholungszuschlag (Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG) als nicht angebracht (E. 11.4.5.1). Daher wäre die Beschwerdeführerin bei Einzelsubmissionsabreden nicht automatisch besser gestellt gewesen.

11.4.3.11 Insgesamt zeigen die vorliegenden Ausführungen auf, dass an dem bereits von 7% auf 6% gesenkten Basisbetragsatz festzuhalten ist und die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen, welche auf eine Senkung des Basisbetrages auf 2% zielen, nicht durchdringt.

Der Basisbetrag beläuft sich damit vorliegend gestützt auf einen herabgesetzten Koeffizienten von 6% auf Fr. [Basisbetrag] (Fr. [Basisumsatz]*0.06).

11.4.4 Zuschlag für Dauer

11.4.4.1 Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert diese Erhöhung dahingehend, als dass der *Basisbetrag* bei einer *Dauer* zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50% und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes weitere angefangene Jahr um bis zu 10% zu *erhöhen* ist.

11.4.4.2 Vorliegend dauerte die nachgewiesene Gesamtabrede vom 1. April 2004 bis Mitte Juni 2009 (vgl. E. 8.1). Die Vorinstanz erachtete aufgrund der fünf Jahre dauernden Gesamtabrede eine Erhöhung des Basisbetrags um 50% als angemessen (Verfügung Rz. 1384).

11.4.4.3

11.4.4.3.1 Die Beschwerdeführerin sieht auch im Dauerzuschlag von 50% eine *doppelte Bestrafung*. Sie rügt in diesem Kontext ebenfalls, dass die Vorinstanz sich auf den Umsatz des gesamten relevanten Marktes und nicht auf den der einzelnen Submissionen gestützt habe, weshalb auch durch den Dauerzuschlag eine doppelte Bestrafung erfolgt sei (Beschwerde Rz. 251 ff.; Replik Rz. 73). Diese Rüge zielt ins Leere (vgl. dazu E. 11.4.3.10.2).

11.4.4.3.2 Ein Verzicht auf einen Dauerzuschlag hätte sodann zur Folge, dass eine Gesamtabrede, welche weniger als ein Jahr dauert, mit derselben Sanktion (abgesehen von allfälligen Erschwerungs- und Milderungsgründen) geahndet würde, wie eine länger andauernde Gesamtabrede. Daher kann erst recht nicht von einer doppelten Bestrafung die Rede sein.

11.4.4.4 Darüber hinaus zielt die grundsätzliche Kritik der Beschwerdeführerin an der Berücksichtigung eines Dauerzuschlags bei Dauerkartellen ins Leere. So lässt sich der inzwischen mehrfach bestätigten Praxis zu Art. 4 SVKG entnehmen, dass es unter Berücksichtigung eines gewissen zulässigen Schematismus und des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht bundesrechtswidrig ist, bei Wettbewerbsverstössen mit Dauercharakter den Basisbetrag um jeweils 10% pro angefangenes Jahr für die Dauer von einem bis fünf Jahren stufenweise zu erhöhen (BGE 146 II 217 E. 9.3 *Swisscom ADSL II*, Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.4, nicht publ. in: BGE 139 I 72 *Publigroupe*; Urteile des BVGer B-3096/2018 E. 115 *Foffa*, B-3097/2018 E. 102 *Resgia Koch*, B-3290/2018 E. 169 *Lazzarini*).

11.4.4.5 Hinsichtlich der Erhöhung bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren erwog das Bundesgericht kürzlich, dass Art. 4 Satz 2 SVKG hier einen „Jahreszuschlag“ vorsehe, weshalb die Forderung, den Zuschlag gestützt auf die Anzahl Monate zu berechnen, ausdrücklich abzulehnen sei (Urteil des BGer 2C_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.5 *Sport im Pay TV*; vgl. auch Urteil des BVGer B-4024/2021 E. 18.4, 18.4.2 ff. *Automobilleasing Ford Credit*).

11.4.4.6 Vorliegend dauerte die Gesamtabrede nachweislich zwar etwas länger als fünf Jahre. Allerdings ist gegen Mitte 2009 mit Bezug auf die betreffenden Umsetzungshandlungen ein gewisses Abebben des wettbewerbswidrigen Verhaltens zu konstatieren, wenngleich der Wettbewerb weiterhin erheblich beeinträchtigt war (vgl. E. 9.6 f.) und der Abschluss der

Handlungen definitiv auf den 11. Juni 2009 festzusetzen war. Zu beachten ist, dass die zweitletzte MA-Sitzung vom 27. Mai 2009 ausgefallen ist und sich die Unternehmen am 11. Juni 2009 nur noch getroffen haben, um den Beschluss zu fassen, auseinanderzugehen (E. 8.1, Parallelurteil B-6844/2016 E. 10.10.1 *Oberholzer*). Aus diesem Grund ist davon abzusehen, im Sinne der soeben in E. 11.4.4.5 zitierten Rechtsprechung aufgrund von nur wenigen Wochen einen zusätzlichen „Jahreszuschlag“ von 10% (total 60%) zu erheben.

Die von der Vorinstanz festgesetzte Erhöhung des Basisbetrags in der Höhe von 50% ist damit nicht zu beanstanden und im Ergebnis zu bestätigen.

11.4.4.7 Es resultiert demzufolge ein Zwischenergebnis von Fr. [...] (Fr. [Basisbetrag]*1.50).

11.4.5 Erschwerungs- und Milderungsgründe

11.4.5.1 Die Vorinstanz hat auf eine Erhöhung der Sanktionierung aufgrund *erschwerender Umstände* im Sinne von Art. 5 SVKG verzichtet (Verfügung Rz. 1388 ff.). Insbesondere hat sie erschwerende Umstände im Sinne eines wiederholten Verstosses (Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG) verneint, da sie nicht alle Projekte identifizieren konnte, bei welchen es zu einer Einzelsubmissionsabrede kam (Verfügung Rz. 1388). Diese Erwägungen scheinen nachvollziehbar und sind nicht zu beanstanden.

11.4.5.2 Dagegen hat die Vorinstanz eine Reduktion aufgrund *mildernder Umstände* im Sinne von Art. 6 SVKG teilweise bejaht (Verfügung Rz. 1391 ff.). So erhielten alle Unternehmen eine Minderung von 10%, da sie die Gesamtabrede mehr als drei Jahre vor Untersuchungseröffnung aufgegeben hatten (Art. 6 Abs. 1 SVKG; Verfügung Rz. 1400). Eine passive Rolle gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG verneinte die Vorinstanz indes bei allen acht Unternehmen, da sich alle Unternehmen bis Mitte 2009 am MA-System beteiligten und EO-Projekte meldeten (Verfügung Rz. 1402 f.).

11.4.5.3 Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet, der Betrag nach den Art. 3 und 4 SVKG vermindert. Dabei müssen die wettbewerbswidrigen Handlungen aus eigenem Antrieb eingestellt

werden (BGE 146 II 217 E. 9.4 *Swisscom ADSL II*; Urteil B-4024/2021 E. 18.6.1 *Automobilleasing Ford Credit*).

Art. 6 Abs. 2 SVKG hält sodann fest, dass bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG der Betrag nach den Art. 3 und 4 SVKG vermindert wird, wenn das Unternehmen dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt (Bst. a) bzw. Vergeltungsmassnahmen, die zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede vereinbart waren, nicht durchgeführt hat (Bst. b).

11.4.5.4 Die Beschwerdeführerin ist zunächst der Ansicht, die Reduktion von 10% gestützt auf Art. 6 Abs. 1 SVKG hätte viel höher ausfallen müssen, da sie die angebliche Gesamtabrede freiwillig und lange vor der ersten Intervention der Wettbewerbsbehörden beendet habe. Bei einer Aufgabe des Verstosses 46 Monate vor dem ersten Eingreifen des Sekretariats sei gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eine Reduktion von 75% vorzunehmen. Dies sollte gemäss Art. 6 SVKG belohnt werden, um einen Anreiz zur freiwilligen Aufgabe von Wettbewerbsbeschränkungen zu schaffen (Beschwerde Rz. 255 ff.; Replik Rz. 74).

11.4.5.5 Soweit sich die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den mildernden Umständen gemäss Art. 6 SVKG auf Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG bezieht, ist ihr nicht zu folgen. Art. 49a KG Abs. 3 KG regelt einzig, dass eine Belastung ganz entfällt, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt (vgl. dazu ausführlich E. 9.7 und 10). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, geht es in Art. 6 Abs. 1 SVKG indes darum, eine Sanktion zu reduzieren, wenn ein Unternehmen autonom zu kartellrechtsgemässen Verhalten zurückgekehrt ist; dies unabhängig davon, wie lange die Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung vor der Untersuchungseröffnung geschehen ist (Verfügung Rz. 1401, Vernehmlassung Rz. 118). Ausserdem hat die Beschwerdeführerin weder Informationen geliefert, eine Untersuchung zu eröffnen (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG) noch hat sie Hand zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung geboten, welche bei besonders guter Kooperation zu einer Reduktion bis zu 20% führen kann (RPW 2018/1 S. 112 Rz. 219 ff. *Verzinkung*; LAUTERBURG, in: SIWR V/2; S. 714 Rz. 45 m.H. auf das Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018).

Daraus folgt, dass im vorliegenden Fall die vorgenommene Kürzung um 10% im vorinstanzlichen Ermessen liegt (vgl. E. 11.4.1) und damit nicht zu beanstanden ist.

11.4.5.6 Nach der Berücksichtigung der Milderungsgründe resultiert demzufolge ein Zwischenergebnis von Fr. [...] (Fr. [Zwischenergebnis in E. 11.4.4.7] *0.9).

11.4.6 Verhältnismässigkeit

11.4.6.1 Bei der Festsetzung der Sanktion ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 2 Abs. 2 SVKG). Der Sanktionsbetrag muss deshalb in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des Wettbewerbsverstosses stehen. Zudem hat er für das sanktionierte Unternehmen tragbar zu sein (Urteile des BVGer B-654/2018 vom 18. April 2024 E. 12.5 *Engadin III*, B-5172/2019 E. 9.8.8.1 *Engadin II*).

11.4.6.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie durch die Gesamtabrede keinen nachweislichen Gewinn erzielt habe und auch die Vorinstanz nicht darlege, dass die behauptete Gesamtabrede konkrete preissteigernde Auswirkungen gehabt hätte. Dabei beruft sich die Beschwerdeführerin auf das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts (BGE 143 II 297 E. 9.7.1), wonach der mutmasslichen Gewinn angemessen zu berücksichtigen sei (vgl. Replik Rz. 71 m.H.).

11.4.6.3 Sofern die Beschwerdeführerin mit diesen Vorbringen dartun will, dass ein mutmasslich fehlender Gewinn sanktionsmildernd zu berücksichtigen sei, ist ihr zu entgegnen, dass dieser Fall in der SVKG nicht geregelt ist. Zwar trifft es zu, dass der mutmassliche Gewinn nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 Abs. 1 SVKG zu berücksichtigen ist, soweit er sich als abschätzbar erweist; dies ist vorliegend jedoch nach der begründeten Auffassung der Vorinstanz (Verfügung Rz. 1379) nicht bzw. nur mit unverhältnismässig grossem Aufwand der Fall (vgl. dazu auch Urteile *in Sachen Baubeschläge* B-5919/2017 E. 486 *Koch II* und B-5918/2017 E. 285 *Siegenia II*, B-581/2012 E. 9.2.5 *Nikon*; B-7633/2009 *ADSL II* E. 768). Ein besonders hoher Gewinn würde zwar als erschwerender Umstand sanktionserhöhend wirken (Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG). Von einer solchen Beurteilung hat die Vorinstanz abgesehen, weshalb die Beschwerdeführerin hieraus aber nicht den Umkehrschluss zu einer Sanktionsreduktion herleiten kann. So lässt auch der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG hierzu keinen Raum. In diesem Sinne ist Art. 49a Abs. 1 KG

nicht umgekehrt auf eine verhältnismässige Berücksichtigung von geringen tatsächlichen oder mutmasslichen Gewinnen ausgerichtet (Urteil *in Sachen Baubeschläge* B-5919/2017 E. 492 *Koch II*).

11.4.6.4 Der gegenüber der angefochtenen Verfügung beträchtlich herabgesetzte Sanktionsbetrag (vgl. insb. die Reduktion um 1/3 gemäss E. 11.4.7) trägt der vorstehend ausführlich aufgezeigten Schwere des Verstosses Rechnung und erscheint zudem unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls verhältnismässig und angemessen. Die Beschwerdeführerin legt zudem weder stichhaltig dar noch ist ersichtlich, dass der Sanktionsbetrag für sie nicht tragbar sein soll.

11.4.6.5 Daher erweist sich die auf die Verhältnismässigkeit gestützte Rüge als unbegründet.

11.4.7 Sanktionsreduktion aufgrund langer Verfahrensdauer

11.4.7.1 Schliesslich ist noch zu prüfen, ob die lange Verfahrensdauer vor dem Bundesverwaltungsgericht zu einer Reduktion des Sanktionsbetrags führt.

11.4.7.2 Gemäss der neusten kartellrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts bewegt sich – ausserhalb von ausserordentlichen Umständen – eine Beschwerdeverfahrensdauer von sechs Jahren am obersten Limit. So hat das Bundesgericht kürzlich bei einer achtjährigen Verfahrensdauer vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Kürzung von 25% (2/8) vorgenommen (Urteile des BGer 2C_75/2023 vom 19. Februar 2025 E. 12.5 und 2C_64/2023 2023 E. 12.5, *jeweils Abreden im Bereich Luftfracht*).

11.4.7.3 Im vorliegenden Fall liegen keine ausserordentlichen Umstände vor, weshalb eine Kürzung aufgrund langer Verfahrensdauer vorzunehmen ist. Es erscheint angezeigt, für die konkrete Berechnung auf die oben in E. 11.4.7.2 erwähnte bundesgerichtliche Praxis abzustellen. In casu beträgt die Verfahrensdauer vor dem Bundesverwaltungsgericht neun Jahre. Dementsprechend ist eine Kürzung der Sanktion von 3/9 (bzw. 1/3) vorzunehmen (sechs Jahre als oberstes Limit, d.h. für die darüber hinausgehende Dauer von drei Jahren im Verhältnis entsprechende Kürzung der Sanktionierung). Diese Kürzung beträgt somit Fr. [...] (1/3 von Fr. [Zwischenergebnis in E. 11.4.5.6]), womit sich ein Sanktionsbetrag von Fr. [1.3-1.5 Mio.] (2/3 von Fr. [Zwischenergebnis in E. 11.4.5.6]) ergibt.

11.5 Schliesslich wendet sich die Beschwerdeführerin auch nicht gegen den zusätzlich auferlegten Sanktionsanteil von Fr. [...] (entsprechend 77% des Sanktionsbetrags der Bernet Bau AG), den sie unter solidarischer Haftung mit der Bernet Bau AG zu tragen hat, weshalb sich weitere Ausführungen dazu erübrigen.

11.6 Im Ergebnis ist damit die vorinstanzliche Sanktion von Fr. [2.3-2.5 Mio.] auf Fr. [1.3-1.5 Mio.] zu reduzieren. Die Solidarhaftung gegenüber der Bernet Bau im Umfang von Fr. [77% des Sanktionsbetrags der Bernet Bau AG] ist hingegen zu bestätigen (vgl. E. 11.5).

12. Auferlegung von Verhaltenspflichten

12.1 Die Beschwerdeführerin hat auch die Aufhebung von Dispositiv Ziff. 1 beantragt (vgl. E. 2). Zu den darin angeordneten Massnahmen hat sie sich allerdings weder in der Begründung ihrer Beschwerde noch im Schriftenwechsel näher geäussert. Mit Blick auf das Parallelverfahren B-6844/2016 *Oberholzer* rechtfertigt sich jedoch auch vorliegend eine Überprüfung der verfügbaren Massnahmen, zumal die Begründung der Begehren die Beschwerdeinstanz nicht bindet (Art. 62 Abs. 4 VwVG; vgl. Urteil B-7920/2015 E. 12 *VPVW Stammtische/Projekt Repo*).

12.2 Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen. Der Wortlaut der Bestimmung enthält keinen Hinweis auf den zulässigen Inhalt entsprechender Massnahmen. Auch in der Botschaft des Bundesrats finden sich diesbezüglich kaum nähere Ausführungen (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I S. 468 ff., 604, 620; BGE 148 II 475 E. 4.3.2; Urteil B-5161/2019 E. 4.2, jeweils *Strassenbau Graubünden Implenja*, Urteil des BVGer B-716/2018 vom 23. November 2023 E. 15.3 *Engadin VI*).

In Bezug auf die Massnahmen, welche die Vorinstanz gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG anordnen kann, gibt es dementsprechend keinen abschliessenden Katalog. Damit verfügt die Vorinstanz bei ihrer Entscheid, ob und gegebenenfalls welche Massnahmen sie gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG anordnet, über einen weiten Beurteilungsspielraum. Es kann sich dabei um Anordnungen zu einem Tun oder einem Unterlassen handeln (BGE 148 II 475 E. 4.3.2 ff.; Urteil B-5161/2019 E. 4.2, jeweils *Strassenbau Graubünden Implenja*, Urteil B-716/2018 E. 15.3 *Engadin VI*).

Entsprechende Massnahmen müssen gemäss dem in Art. 5 Abs. 2 BV verankerten rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit geeignet,

erforderlich und für das betroffene Unternehmen zumutbar sein (BGE 148 II 475 E. 5 *Strassenbau Graubünden Implenja*). Die Verhältnismässigkeit beurteilt sich nach der Zwecksetzung des Kartellgesetzes, wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten (Art. 1 KG; vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I, S. 468 ff., 472 ff., 511 ff.; BGE 148 II 475 E. 4.3.4, 4.4; Urteil B-5161/2019 E. 4.2, 5.2, jeweils *Strassenbau Graubünden Implenja*). Die Verhaltensanordnung muss demzufolge eine verhältnismässige Massnahme zum Schutz wirksamen Wettbewerbs sein und in diesem Rahmen der Sicherstellung kartellrechtskonformen Verhaltens dienen (Urteil B-716/2018 E. 15.3 m.H. *Engadin VI*).

Die gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG auferlegten Verhaltenspflichten sind nach Art. 50 KG sanktionsbewehrt. Danach wird ein Unternehmen, das zu seinem Vorteil unter anderem gegen eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden verstösst, mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Die Verhaltenspflichten müssen nicht zuletzt angesichts dieses hohen Sanktionsrahmens genügend präzise formuliert werden (Urteile B-5161/2019 E. 6.3 *Strassenbau Graubünden Implenja*; B-716/2018 E. 15.3 *Engadin VI*).

Die Wettbewerbsbehörden können damit den Verfügungsadressaten bei direkt sanktionierbaren Verstössen neben einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG auch Verhaltenspflichten gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG auferlegen (BGE 148 II 475 E. 4.3.2; Urteil B-5161/2019 E. 4.3.3, jeweils *Strassenbau Graubünden Implenja*, Urteil B-716/2018 E. 15.3 *Engadin VI*).

12.3 Die angefochtene Verfügung auferlegt der Beschwerdeführerin die folgenden Verhaltenspflichten (zu deren Wortlaut: Sachverhalt Bst. A.i):

- Dispositiv-Ziffer 1.1 statuiert das Verbot, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe "anzufordern" oder "derartiges anzubieten";
- Dispositiv-Ziffer 1.2 untersagt der Beschwerdeführerin im Wesentlichen, sich im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen;
- Dispositiv Ziff. 1.3 verpflichtet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit von ihr erbrachten Strassen- und Tiefbauleistungen gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen.

Die Unterlassungsanordnungen beziehen sich auf spezifische Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Erbringung von Baudienstleistungen und umschreiben das zu unterlassende Verhalten hinreichend präzise. Das oben erwähnte Bestimmtheitsgebot ist damit gewahrt (vgl. Urteil B-716/2018 E. 15.4 *Engadin VI*).

12.4 Die von Dispositiv-Ziffer 1.1 bis 1.3 umschriebenen Verhaltensweisen haben den Austausch von Informationen über fundamentale Wettbewerbsparameter (Preis und Geschäftspartner bzw. Gebiet sowie [bestehendes oder fehlendes] Interesse an einem Auftrag) unter Konkurrenten zum Gegenstand.

Durch eine entsprechende Kontaktaufnahme mit Konkurrenten werden diese über das beabsichtigte unternehmerische Verhalten in Bezug auf das jeweilige Bauprojekt in Kenntnis gesetzt. Der Austausch von Informationen über Preise und Geschäftspartner unter Konkurrenten erlaubt es den beteiligten Unternehmen, das Marktverhalten ihrer Konkurrenten zu antizipieren. Ein solches Verhalten begründet deshalb die (widerlegbare) Vermutung, dass die Wettbewerber die auf diese Weise erhaltenen Informationen auch bei der Festlegung ihres Marktverhaltens berücksichtigen (BGE 147 II 72 E. 3.4.4 *Pfizer II*; Urteile B-5161/2019 E. 5.4.3.1 *Strassenbau Graubünden Implenja*; B-716/2018 E. 15.5 *Engadin VI*).

Das jeweils untersagte Verhalten steht im Widerspruch zum Grundanliegen des Kartellgesetzes, wonach die auf einem Markt tätigen Unternehmen die relevanten Wettbewerbsparameter unabhängig voneinander festzulegen haben. Es ist – wie soeben aufgezeigt – *geeignet*, die Ungewissheit zwischen den beteiligten Unternehmen über das zukünftige Verhalten des jeweiligen Konkurrenten im Wettbewerb auszuschliessen (BGE 147 II 72 E. 3.2 *Pfizer II*; Urteil B-716/2018 E. 15.5 *Engadin VI*).

12.5 Näher zu prüfen bleibt, ob diese Anordnungen zur Sicherstellung dieses Ziels auch *erforderlich* sind. Praxisgemäss setzt eine Unterlassungsanordnung nämlich eine Wiederholungsfahr im Sinne einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraus, dass ein vergleichbares kartellrechtswidriges Verhalten droht (BGE 148 II 475 E. 4.4 ff.; Urteil B-5161/2019 E. 4.3.3, 4.5 *jeweils Strassenbau Graubünden Implenja*, in diesem Sinne auch Urteil des BVGer B-3975/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 20 *Buchhändler Les Editions Flammarion*). Andernfalls ist die Anordnung von Massnahmen nicht erforderlich (Urteile B-5172/2019 E. 8.4.4 *Engadin II*; B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-765/2014, B-786/2014 und B-787/2014 [je]

vom 16. November 2022 E. 16.3.1 f. [bzw. E. 3.3.1 f., E. 14.3.1 f., E. 15.3.1], *Abreden im Bereich Luftfracht*).

Es ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass sich die Beschwerdeführerin bereits ab den 80er Jahren am „Vorgängersystem“ der nun hier zu sanktionierenden unzulässigen Wettbewerbsabreden (im Sinne einer Gesamtabrede) beteiligt hat (vgl. Sachverhalt Bst. A.j.b). Erst Mitte 2009 hat sie den Informationsaustausch eingestellt (vgl. E. 10). Vor diesem Hintergrund besteht ein gewisses Risiko, dass die Beschwerdeführerin sich im Rahmen von Ausschreibungen erneut kartellrechtswidrig verhalten könnte. Hieran nichts zu ändern vermag unter den gegebenen Umständen, dass der vorliegend als schwerwiegend zu beurteilende Verstoss nunmehr rund 15 Jahre zurückliegt. Die fragliche Massnahme ist insoweit zur Wahrung wirksamen Wettbewerbs erforderlich (BGE 148 II 475 E. 5.3 *Strassenbau Graubünden Implenja*; Urteile B-716/2018 E. 15.7 *Engadin VI*; B-3975/2013 E. 20 *Buchhändler Les Editions Flammarion*, insofern bestätigt durch Urteil des BGer 2C_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.7). Sodann hat das Bundesverwaltungsgericht kürzlich in einer vergleichbaren Situation (Gesamtabrede) die angefochtenen Unterlassungsanordnungen als rechtmässig bezeichnet (Urteil B-3290/2018 E. 204 *Lazzarini*).

12.6 Mit Blick auf die geringe Schwere des mit den Verhaltenspflichten verbundenen Eingriffs sind diese der Beschwerdeführerin auch ohne Weiteres *zumutbar*. Wie das Bundesverwaltungsgericht festgehalten hat, entfalten Unterlassungsanordnungen bei abgeschlossenen Wettbewerbsverstössen aufgrund der direkten Sanktionierbarkeit von sog. harten Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG kaum bemerkenswerte Rechtswirkungen (vgl. Urteil B-420/2008 E. 2.4.2 *Strassenbeläge Tessin*). Zudem besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Verhinderung künftiger Wettbewerbsabreden bei Ausschreibungen (Urteil B-716/2018 E. 15.7 *Engadin VI*).

12.7 Die in Dispositiv-Ziffer 1.1 bis 1.3 angefochtenen Verhaltenspflichten sind demzufolge verhältnismässige Massnahmen zur Vorbeugung eines erneuten wettbewerbswidrigen Verhaltens der Beschwerdeführerin bei Ausschreibungen von Bauprojekten und erweisen sich damit im Ergebnis als rechtmässig.

13. Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens

13.1 Die Beschwerdeführerin beantragt weiter die Aufhebung der vorinstanzlichen Kostenaufgabe gemäss Ziff. 16 des Dispositivs der Verfügung,

soweit sie davon betroffen ist (Beschwerde Anträge 1 bis 3). Zur Höhe der vorinstanzlichen Verfahrenskosten hat sie sich allerdings weder in der Begründung ihrer Beschwerde noch im Schriftenwechsel näher geäußert. Mit Blick auf das Parallelverfahren B-6849/2016 *Toller* rechtfertigt sich jedoch auch vorliegend eine kurze Überprüfung der verfügbaren Verfahrenskosten, zumal die Begründung der Begehren die Beschwerdeinstanz nicht bindet (Art. 62 Abs. 4 VwVG; vgl. Urteil B-7920/2015 E. 12 *VPVW Stamm-tische/Projekt Repo*).

13.2 In Ziff. 16 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz die Verfahrenskosten auf total Fr. 977'567.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin den Betrag von total Fr. 131'943.– auferlegt, wobei sie zusätzlich zu ihrem Kostenanteil Fr. 81'582.– unter solidarischer Haftung mit der Bernet Bau AG zu tragen hat (Verfügung Ziff. 16.2 des Dispositivs).

13.3 Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren richtet sich gestützt auf Art. 53a KG nach der Gebührenverordnung KG vom 25. Februar 1998 (GebV-KG, SR 251.2). Gebührenpflichtig ist gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen der Wettbewerbskommission oder des Sekretariats veranlasst. Keine Gebührenpflicht besteht gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV-KG für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben bzw. sich die vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Die Gebühr bemisst sich gemäss Art. 4 GebV-KG nach dem Zeitaufwand.

13.4 Die Beschwerdeführerin hat vorliegend – wie ausführlich dargelegt – gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c. i.V. m. Abs. 1 KG gegen das Kartellgesetz verstossen. Insgesamt scheint die Kostenverteilung in der angefochtenen Verfügung mit Bezug auf die Beschwerdeführerin nachvollziehbar und ist nicht zu beanstanden. So hat die Beschwerdeführerin – unabhängig von der teilweisen Gutheissung der Beschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht – die Durchführung der vorinstanzlichen Untersuchung mitveranlasst. Insoweit die angefochtene Verfügung nicht vollumfänglich zu bestätigen war, kann daraus praxisgemäss nicht abgeleitet werden, dass das vorinstanzliche Untersuchungsverfahren mit einem geringeren Aufwand hätte durchgeführt werden können. Die Abänderung der angefochtenen Verfügung durch dieses Urteil führt daher nicht dazu, dass eine Änderung des vorinstanzlichen Entscheids hinsichtlich der Verfahrenskosten

vorzunehmen wäre (Urteile B-3097/2018 E. 131 *Resgia Koch*; B-3290/2018 E. 209 *Lazzarini*).

Schliesslich wendet sich die Beschwerdeführerin auch nicht gegen den zusätzlich auferlegten Kostenanteil von Fr. 81'582.–, den sie unter solidarischer Haftung mit der Bernet Bau AG zu tragen hat.

13.5 Die Beschwerde ist damit bezüglich der vorinstanzlichen Verfahrenskosten abzuweisen.

14. Kosten des Beschwerdeverfahrens und Parteientschädigung

14.1 Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

14.2 Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von Fr. 1'000'000.– bis Fr. 5'000'000.– eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 7'000.– und Fr. 40'000.– vor. Wenn besondere Gründe es rechtfertigen, namentlich mutwillige Prozessführung oder ausserordentlicher Aufwand, kann das Gericht über diese Höchstbeträge hinausgehen (Art. 2 Abs. 2 VGKE). Maximal beträgt die Spruchgebühr in vermögensrechtlichen Streitigkeiten Fr. 50'000.– (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG).

14.3 Mit Blick auf die Höhe des Streitwerts, das umfangreiche Instruktionsverfahren, den grossen Aktenumfang sowie den erheblichen Prüfungs- und Begründungsaufwand in der Hauptsache ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 22'000.– festzusetzen.

14.4 Die gerichtlich festgestellte rechtmässige Sanktionshöhe beträgt neu Fr. [1.3-1.5 Mio.] (vgl. E. 11.6) im Vergleich zum ursprünglichen Sanktionsbetrag von Fr. [2.3-2.5 Mio.], was rund 57 % entspricht. Für das Teilunterliegen bzw. -obsiegen der Beschwerdeführerin ist weiter von Bedeutung,

dass das Gericht in E. 5.2 eine leichte, wenn auch geheilte, Gehörsverletzung festgestellt hat. Unter Berücksichtigung dieses teilweisen Obsiegens der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren wird ihr die Gerichtsgebühr infolgedessen um die Hälfte auf Fr. 11'000.– ermässigt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 22'000.– ist zur Begleichung der Verfahrenskosten zu verwenden. Der Restbetrag wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

14.5 Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Bundesbehörden haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

14.6 Die Beschwerdeführerin reichte im vorliegenden Verfahren keine Kostennote ein. Unter Berücksichtigung aller Umstände ist der Beschwerdeführerin ermessensweise eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 12'000.– zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Dispositiv-Ziffer 3.2 der angefochtenen Verfügung wird mit Bezug auf die der Beschwerdeführerin auferlegte Sanktion aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

„Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Gesamtabrede mit folgenden Beträgen belastet werden: Hagedorn AG mit einem Betrag von CHF [1.3-1.5 Mio.] sowie zusätzlich, unter solidarischer Haftung gemeinsam mit Bernet Bau AG, mit einem Betrag von CHF [77% des Sanktionsbetrags der Bernet Bau AG].“

3.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

4.

Die Verfahrenskosten in der Höhe von total Fr. 22'000.– werden der Hagedorn AG im Umfang von Fr. 11'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem von der Beschwerdeführerin einbezahlten Kostenvorschuss von Fr. 22'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 11'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

5.

Die Vorinstanz hat der Hagedorn AG eine reduzierte Parteientschädigung von total Fr. 12'000.– zu bezahlen.

6.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Christian Winiger

Fanny Paucker

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 16. Dezember 2025

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0438; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und
Forschung WBF (Gerichtsurkunde)