



Abteilung II
B-6849/2016

Urteil vom 24. November 2025

Besetzung

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

Parteien

Toller Unternehmungen AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Marquard Christen, LL.M.,
CMS von Erlach Poncet Partners 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 Toller

INHALTSVERZEICHNIS TOLLER	2
SACHVERHALT	5
A. VORINSTANZLICHES VERFAHREN	5
A.1 SACHVERHALT GEMÄSS DER ANGEFOCHTENEN VERFÜGUNG.....	12
B. BESCHWERDEVERFAHREN VOR BUNDESVERWALTUNGSGERICHT	15
B.1 PUBLIKATIONSVERFAHREN SEE-GASTER (B-6291/2017, B-6714/2017)	18
DAS BUNDESVERWALTUNGSGERICHT ZIEHT IN ERWÄGUNG	21
1. PROZESSVORAUSSETZUNGEN	21
2. STREITGEGENSTAND	22
3. GELTUNGSBEREICH DES KARTELLGESETZES	23
3.1 SACHLICHER GELTUNGSBEREICH	23
3.2 PERSÖNLICHER GELTUNGSBEREICH	24
3.3 RÄUMLICHER GELTUNGSBEREICH	25
3.4 VORBEHALTENE VORSCHRIFTEN	25
4. VERFAHRENSANTRÄGE.....	25
FORMELLE RÜGEN.....	28
5. EINBLICK IN DIE AKTEN DER SELBSTANZEIGERINNEN	28
6. UNTERSUCHUNGSGRUNDSATZ, BEWEISWÜRDIGUNG UND BEWEISMASS	29
6.1 UNTERSUCHUNGSGRUNDSATZ	29
6.2 BEWEISWÜRDIGUNG UND BEWEISMASS.....	31
6.3 BEWEISWÜRDIGUNG BETREFFEND HANDLUNGEN VOR 2002.....	33
6.4 BEWEISWERT DER SELBSTANZEIGEN	33
MATERIELLE RECHTSLAGE	36
7. BEZUG ZUM EU-KARTELLRECHT UND ZU DEN HORIZONTALLEITLINIEN	36
8. ART. 4 ABS. 1 KG.....	37
8.1 BEURTEILUNGSZEITRAUM/UNTERSUCHUNGSRELEVANTER ZEITRAUM.....	38
8.2 VEREINBARUNG BZW. GESAMTKONSENS NACH ART. 4 ABS. 1 KG	38
8.2.1 Sachverhaltliche Aspekte	38
8.2.1.1 Zum MA- und EO-System insgesamt (vgl. auch Bst. A.j.a ff.)	38
8.2.1.2 Die Marktabklärungslisten (MA-Listen oder MAL)	46
8.2.1.3 Die Hagedorn-Listen (HA-Listen oder HAL).....	50

8.2.1.4 Die konsolidierte Marktabklärungsliste (kons. MAL)	53
8.2.1.5 Der Datensatz Offertöffnungsprotokolle (DOP)	54
8.2.1.6 Die Eigenoffert-Listen (EO-Listen oder EOL)	55
8.2.2 Grundlagen	58
8.2.3 Standpunkte der Vorinstanz	61
8.2.4 Vorbringen der Beschwerdeführerin und Würdigung der Rügen zur Gesamtabrede insgesamt	62
8.2.5 Vorliegen eines sachlichen Gesamtkonsenses	66
8.3 WETTBEWERBSPARAMETER AUF DER STUFE VON ART. 4 ABS. 1 KG	74
8.4 BEZWECKTE ODER BEWIRKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG	76
8.4.1 Grundlagen	76
8.4.2 Standpunkte der Vorinstanz	79
8.4.3 Vorbringen der Beschwerdeführerin und Würdigung	80
8.5 MARKTABGRENZUNG	85
8.5.4 Sachlich relevanter Markt	86
8.5.4.3 Grundlagen	89
8.5.4.4 Würdigung	90
8.5.5 Räumlich relevanter Markt	92
8.5.6 Zeitlich relevanter Markt	92
8.5.7 Zwischenfazit zur Marktabgrenzung	93
8.6 FAZIT ZU ART. 4 ABS. 1 KG	93
9. UNZULÄSSIGE WETTBEWERBSABREDE NACH ART. 5 KG	93
9.4 ERHEBLICHE BEEINTRÄCHTIGUNG DES WETTBEWERBS	94
9.4.3 Qualitative Kriterien der Erheblichkeit - Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m Abs. 1 KG	95
9.4.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerin	95
9.4.3.2 Standpunkte der Vorinstanz	96
9.4.3.3 Grundlagen	97
9.4.3.4 Würdigung	100
9.4.4 Vorabklärungen in Sachen Meldesystem Baumeisterverbände	103
9.4.5 Keine direkte Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG	105
9.5 RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE (ART. 5 ABS. 2 KG)	106
9.6 FAZIT ZU ART. 5 KG	107
9.7 NUTZUNG DER INFORMATIONEN AUS DEM MA-SYSTEM – VERANSCHAULICHT AM BEISPIEL DER MA 2009_16 (SITZUNG VON 16. APRIL 2009)	107
9.7.3 Umsetzungshandlungen im Einklang mit den Handnotizen auf der MA 2009_16	108
9.7.3.2 Sechs Umsetzungshandlungen der Handnotizen im Beurteilungszeitraum	109
9.7.3.3 Projekt G) „[...]“	113
9.7.3.4 Zwei Umsetzungshandlungen der Handnotizen nach dem Untersuchungszeitraum	115
9.7.3.5 Zusammenfassendes Zwischenfazit	117
9.7.4 Sitzungsteilnahme der acht Unternehmen am 16. April 2009 zur MA 2009_16	118
9.7.5 Fazit	121

10. VERWIRKUNG UND VERJÄHRUNG	122
10.10 SITZUNGSPLANUNG/TEILNAHME AN SITZUNGEN.....	126
10.11 SCHUTZNAHMEN	127
10.14 EO-LISTEN	131
10.15 FAZIT	131
11. SANKTIONIERUNG	132
11.1 STANDPUNKTE DER VORINSTANZ	132
11.2 VORBRINGEN DER BESCHWERDEFÜHRERIN.....	133
11.3 ALLGEMEINES/VORWERFBARKEIT	134
11.4 SANKTIONSBEMESSUNG.....	135
11.4.2 Basisumsatz	135
11.4.2.5 Vorbringen und Würdigung zu den Umsatzzahlen 2006-2008.....	137
11.4.2.6 Vorbringen zu einem allgemeinen Pauschalabzug von [15-35] %.....	140
11.4.2.7 Neue Berechnung des Basisumsatzes	141
11.4.3 Basisbetragssatz	141
11.4.4 Zuschlag für Dauer.....	146
11.4.5 Erschwerungs- und Milderungsgründe	148
11.4.6 Verhältnismässigkeit	150
11.4.7 Sanktionsreduktion aufgrund langer Verfahrensdauer	151
12. AUFERLEGUNG VON VERHALTENSPFLICHTEN.....	152
13. KOSTEN DES VORINSTANZLICHEN VERFAHRENS.....	155
14. KOSTEN DES BESCHWERDEVERFAHRENS UND PARTEIENTSCHÄDIGUNG.....	157
DEMNACH ERKENNT DAS BUNDESVERWALTUNGSGERICHT	159

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),
- Implenja Schweiz AG, Dietlikon (nachfolgend: Implenja; 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 vor (Verfügung Rz. 49 f.).

In der Folge erklärten sich zwei Untersuchungsadressatinnen (die Implenja als erste Selbstanzeigerin und die Walo als zweite Selbstanzeigerin) zur Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden bereit und reichten beim Sek-

retariat *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 oder Beschwerdeführerin),
- 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 Beschwerdeführerin schriftlich zu den Einvernahmen sowie zum vorläufigen Beweisergebnis Stellung nahmen. Die Walo und die Implenja 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 Räumlichkei-

ten der Wettbewerbsbehörden eingesehen werden. In solche Akten nahmen die Beschwerdeführerin, die Implenia, 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. 100-106 mit Verfahrensanhträgen). 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. Aus den Marktabklärungslisten und Eigenoffertlisten gehe nicht hervor, ob es zu Submissionsabreden gekommen sei. Der Informationsaustausch beinhalte auch keine Zuteilung von Projekten. Zudem sei die Beschwerdeführerin schwergewichtig im Gartenbau tätig und der Markt sei zudem enger als der Gesamtmarkt im Strassen und/oder Tiefbau abzugrenzen. Weiter legte die Beschwerdeführerin dar, dass ihre passive Rolle auch in Bezug auf die Sanktionierung zu berücksichtigen sei (Verfügung Rz. 100-106).

Daneben reichte die Beschwerdeführerin zusammen mit Hagedorn, Reichmuth und Oberholzer ein *Gutachten von Swiss Economics* als Beilage der Stellungnahme zum Antrag ein (act. [...] Beilage 128; entspricht der Beschwerdebeilage Nummer 5; 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 [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.

6. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG auf Einsicht in die zur Eröffnung der Untersuchung führenden ökonomische Studie der Offertöffnungsprotokolle der Strassen- und Tiefbauarbeiten, welche vom Kanton St. Gallen von 2004 bis 2010 vergeben worden sind, werden abgewiesen.

7. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG auf weitere Erläuterung der statistischen Analysen und Zurverfügungstellung weiterer Co-dierungen betreffend die statistische Analyse werden abgewiesen.

8. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG auf Anpassung der statistischen Analyse des Sekretariats an das Vorbringen des Parteigutachtens werden abgewiesen.

[Ziff. 9 – 10 Anträge der OBERHOLZER]

11. Der Antrag der Toller Unternehmungen AG auf vollständige Offenlegung der internen Listen der Hagedorn AG betreffend das Offertverhalten der Hagedorn AG bei Strassen- und Tiefbausubmissionen wird abgewiesen.

12. Der Antrag der Toller Unternehmungen AG, es sei offenzulegen, welchen Unternehmen die in Tabelle 12 des Antrags des Sekretariats vom 20. Januar 2016 aufgeführten Ziffern zuzuordnen sind, wird abgewiesen.

13. Der Antrag der Toller Unternehmungen AG, sie sei erneut anzuhören, wenn die WEKO von den Angaben der Toller Unternehmungen AG zum Umsatz, auf dessen Grundlage die Sanktionierung der Toller Unternehmungen AG erfolgen soll, zu ihren Ungunsten abweichen sollte, wird abgewiesen.

14. Der Antrag der Toller Unternehmungen AG, die Sanktionshöhen, welche im Antrag des Sekretariats vom 20. Januar 2016 für die anderen Unternehmen beantragt wurden, seien mittels der Offenlegung der Umsatzzahlen der anderen Unternehmen oder von entsprechenden Bandbreiten weiter zu plausibilisieren, wird abgewiesen.

15. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG, die Sanktionshöhe, welche im Antrag des Sekretariats vom 20. Januar 2016 für [eine Verfügungsadressatin] beantragt wurde, sei über die bereits erfolgten Erläuterungen hinaus weiter zu plausibilisieren, werden abgewiesen.

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]

- Toller Unternehmungen AG,
vertreten durch: RA Marquard Christen, CMS von Erlach Poncet AG.

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 Implenla 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. 8.2.1.2.2.1). 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 Schutzzuteilungen „S“ (ab 2009 wurde „I“ für Schutz verwendet), Teilschutzzuteilungen „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; 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.; vgl. dazu genauer E. 9.4.3.2). 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 Fr. [0.4 – 0.6 Mio.] Die Implenja 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 siebzehn Beilagen bei (1: Vollmacht; 2 f: angefochtene Verfügung samt Begleitschreiben; 4: Schreiben des Ostschweizer Gärtnerverbandes vom 13. Juni 2007; 5: Swiss Economics-Gutachten vom 27. April 2016 [vertraulich]; 6: E-Mail des Sekretariats der Vorinstanz an die Beschwerdeführerin vom 5. Oktober 2016 mit Exceltabelle „Toller Umsatzliste- 2006- 2007- 2008“; 7: Exceltabelle der Beschwerdeführerin mit Anmerkungen zur Exceltabelle in Beilage 6; Beilagen 8-16: verschiedene Rechnungen; 17: Bestätigung der Revisionsstelle vom 3. November 2011 betreffend Reingewinn der Beschwerdeführerin).

Die Beschwerdeführerin stellte folgende Rechtsbegehren:

- 1) Die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 sei bezüglich Ziffern 1, 3.7 und 16.7 des Dispositivs aufzuheben.
- 2) Eventualiter zum Rechtsbegehren 1 sei die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 bezüglich Ziffern 1, 3.7 und 16.7 des Dispositivs aufzuheben, vom Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu entscheiden und das Vorliegen eines unzulässigen, aber nicht sanktionsbedrohten Informationsaustausches festzustellen.
- 3) Eventualiter zum Rechtsbegehren 2 sei die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 bezüglich Ziffern 1, 3.7 und 16.7 des Dispositivs aufzuheben, vom Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu ent-

scheiden und der Beschwerdeführerin wegen Beteiligung an einer Einzelsubmissionsabrede eine Sanktion von maximal CHF [4'000-8'000.-] aufzuerlegen.

- 4) Eventualiter zum Rechtsbegehren 3 sei die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 bezüglich Ziffern 1, 3.7 und 16.7 des Dispositivs aufzuheben, vom Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu entscheiden und die der Beschwerdeführerin in der Verfügung vom 8. Juli 2016 auferlegte Sanktion unter Berücksichtigung eines engeren von einer Gesamtabrede betroffenen relevanten Marktes angemessen zu reduzieren.
- 5) Eventualiter zum Rechtsbegehren 4 sei die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 bezüglich Ziffern 1, 3.7 und 16.7 des Dispositivs aufzuheben und der Sachverhalt zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
- 6) In jedem Fall seien die der Beschwerdeführerin auferlegten Verfahrenskosten in Folge der späteren Untersuchungseröffnung gegen die Beschwerdeführerin angemessen zu kürzen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz

und folgende Verfahrensanhträge:

- 1) Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens seien für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.
- 2) Der Beschwerdeführerin sei Frist anzusetzen, um in dieser Beschwerdeschrift und ihren Beilagen diejenigen Angaben zu bezeichnen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offenzulegen sind.
- 3) Für den Fall einer Entscheidpublikation sei der Beschwerdeführerin Frist anzusetzen, um im zu publizierenden Text vor dessen Veröffentlichung Angaben zu bezeichnen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten und nicht offenzulegen sind.
- 4) Es sei ein zweiter Schriftenwechsel gemäss Art. 37 VGG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 VwVG anzuordnen.

Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, der Vorinstanz sei der Nachweis der behaupteten Gesamtabrede bzw. die Beteiligung der Beschwerdeführerin an der Gesamtabrede nicht gelungen. Weiter habe die

Vorinstanz die Umsetzung der Gesamtabrede nicht beweisen können. Sodann seien die Sanktionsmöglichkeit und die Verfolgung einer mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung ohnehin verjährt. Schliesslich seien für den Fall der Annahme einer unzulässigen Verhaltensweise die Sanktion und auch die Verfahrenskosten zu reduzieren.

Die Hagedorn (B-6808/2016) 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 23. November 2016 leistete die Beschwerdeführerin innert Frist ihren Kostenvorschuss von Fr. 12'000.–.

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 Verfahrensanträgen ein.

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

B.f Mit Verfügung vom 30. August 2017 erhielt die Beschwerdeführerin die Gelegenheit, eine weitere Stellungnahme einzureichen, worauf diese mit Eingabe vom 13. September 2017 verzichtete.

B.g Mit Verfügung vom 19. 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 28. Juni 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%20vom-%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. 4.2.2 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.

B.j Mit Schreiben vom 13. Juni 2025 reichte die Beschwerdeführerin eine unaufgeforderte Kurzstellungnahme ein und ergänzte ihre Anträge „im Hinblick auf eine allfällige Sanktionierung der Beschwerdeführerin“. Konkret beantragte die Beschwerdeführerin, die Sanktion (zusätzlich zu den in der Beschwerde gestellten Reduktionsanträgen) in Anbetracht der Dauer des Beschwerdeverfahrens von beinahe neun Jahren gemäss der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung um einen Drittel (3/9) zu reduzieren.

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*). Sofern das Bundesverwaltungsgericht in der Lage ist, Beweislücken selbst zu schliessen, soll es dies auch selbst tun (E. 9.7.3.5.5). Soweit die Beschwerdeführerin eine Rückweisung beantragt (Beschwerde und Replik jeweils Rechtsbegehren Nr. 5), ist ihr damit nicht zu folgen, da dem Bundesverwaltungsgericht – wie oben gerade aufgezeigt – die volle Kognition zukommt.

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 (Begehren 1-5) die Aufhebung der sie betreffenden Anordnungen der Vorinstanz in den Ziffern 1, 3.7 und 16.7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. 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) und die vorinstanzlichen Verfahrenskosten (Dispositiv Ziff. 16). Eventualiter wird eine Beurteilung eines unzulässigen, aber nicht sanktionsbedrohten Informationsaustausches (Begehren 2), einer Einzelsubmissionsabrede (Begehren 3) bzw. eines engen von der Gesamtabrede betroffenen Marktes im Einklang mit einer Sanktionsreduktion (Begehren 4) oder eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Neubeurteilung des Sachverhaltes (Begehren 5) beantragt (vgl. E. 1.2 in fine). Jedenfalls seien die Verfahrenskosten infolge der späteren Untersuchungseröffnung angemessen zu kürzen (Begehren 6). Präzisierend legt die Beschwerdeführerin dar, dass sämtliche Feststellungen und

Schlussfolgerungen der Vorinstanz, welche nicht von der Beschwerdeführerin als Zugeständnisse anerkannt werden, als bestritten gelten (Beschwerde Rz. 29; Replik Rz. 11 f., Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 4). Die Beschwerdeführerin verzichtet darauf, diejenigen Anträge, welche in der angefochtenen Verfügung abgewiesen wurden (Dispositiv Ziff. 6-8 und 11-15) erneut zu stellen (Beschwerde Rz. 37). Streitgegenstand sind 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.).

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 2022 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, BBl 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 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

3.2.1 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 *Erne* m.H.; JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, KG-Kommentar, 4. Aufl. 2045, Art. 2 KG N 4), was auch für den Konzern gilt (vgl. genauer Urteile B-807/2012 E. 3.1.2 *Erne*; B-8386/2015 E. 3.1.2 *Swisscom WAN-Anbindung*). In der schweizerischen Lehre und Praxis wird die Auffassung vertreten, dass Verfügungsadressat und Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG bzw. Unternehmen und Sanktionssubjekt nicht identisch zu sein haben (Urteil B-8386/2015 E. 3.1.2 *Swisscom WAN-Anbindung* m.H.).

3.2.2 Die Beschwerdeführerin führt aus, sie sei erstmals 2001 in den Akten erschienen und erst seit 1996 im Strassen- und Tiefbau tätig. Sachverhalte vor 2001 stünden deshalb in keinem Zusammenhang mit ihr. Bei der Toller Strassenbau AG, welche bis 1995 in den Akten erscheine, handle es sich um ein „anderes Unternehmen als die Beschwerdeführerin“. Sie habe von der Toller Strassenbau AG „lediglich Personal und Inventar übernommen“ (Beschwerde Rz. 52 f.).

3.2.3 Aus den Akten ergibt sich jedoch klar, dass die operativen Tätigkeiten der Toller Gartenbau AG und der Toller Strassenbau AG bereits im Jahr 1995 zusammengelegt wurden. Dies gibt die Beschwerdeführerin auf ihrer Homepage selbst an. Sie gibt dort auch an, dass die beiden Gesellschaften ab 1995 zusammen als „Toller Unternehmungen AG“ auftraten (vgl. <<http://www.toller.ch/unternehmen/geschichte/1995>>, abgerufen am 24.11.2025). Mit der Vorinstanz ist deshalb daraus zu folgern, dass der Zeitpunkt der Übernahme des Personals und des Inventars der Toller Strassenbau AG durch die Toller Gartenbau AG (ab 1996: Toller Unternehmungen AG) sowie des Beginns der genannten „Inaktivität“ der Toller Strassenbau AG im Jahr 1995 liegt (Verfügung Rz. 28 ff.; 217 ff.; Vernehmlassung Rz. 25).

Demnach ist aufgrund der unbestrittenen persönlichen Verflechtungen zwischen der Toller Gartenbau AG bzw. Toller Strassenbau AG und der Toller Unternehmungen AG im Verwaltungsrat (vgl. Verfügung Rz. 218) der persönliche Geltungsbereich zu bejahen.

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 Die Beschwerdeführerin beantragt (Verfahrensantrag 1), es seien die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens 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*).

4.2

4.2.1 Die Beschwerdeführerin beantragt weiter (Verfahrensantrag 2), es sei ihr Frist anzusetzen, um in dieser Beschwerdeschrift und ihren Beilagen diejenigen Angaben zu bezeichnen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offenzulegen sind. Weiter beantragt die Beschwerdeführerin (Verfahrensantrag 3), für den Fall einer Entscheidpublikation sei ihr Frist anzusetzen, um im zu publizierenden Text vor dessen Veröffentlichung Angaben zu bezeichnen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten und nicht offenzulegen sind. Mit Schreiben vom 27. Januar 2021 hat die Beschwerdeführerin schliesslich dem Gericht nach entsprechender Aufforderung eine Version der Beschwerde vom 4. November 2016 und der Replik vom 22. Mai 2017 zukommen lassen, in denen die Geschäftsgeheimnisse markiert sind.

4.2.2 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 des BGer 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).

4.2.3 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 des BGer 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 Bringen AG*; Urteil B-5130/2019 E. 3 *Schluss*).

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 *Schluss*). 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 des BVGer B-5130/2019 E. 3 *Schluss*; 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 und B-6291/2017, B-6714/2017, jeweils *Publikation See-Gaster*) sowie auf die Zwischenverfügung vom 12. März 2018 desselben Verfahrens (vgl. dazu den Nichteintretensentscheid des BGer 2C_321/2018 vom 7. August 2018 *Publikation See-Gaster*) 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 Gemeindenamen [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 des BGer 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 [Urteile 2C_690/2019 E.6.1 ff. und B-6291/2017, B-6714/2017 E. 6.4 in fine, jeweils *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.

Formelle Rügen

5. Einblick in die Akten der Selbstanzeigerinnen

5.1 Die *Beschwerdeführerin* rügt (Beschwerde Rz. 42 f.; Replik Rz. 60 ff.), es sei ihr Einblick in die umfangreichen Akten der Selbstanzeigerinnen nur in den Räumlichkeiten der Vorinstanz – ohne Kopiermöglichkeit – gewährt worden. Eine wirksame Verteidigung, die dem Anspruch auf rechtliches Gehör gerecht werde, sei ohne Zustellung oder Kopiermöglichkeit derart umfangreicher Beilagen nicht möglich. Aus Kostengründen habe sie aber darauf verzichtet, einen Entscheid in Form einer Verfügung zu verlangen, um dagegen Beschwerde zu erheben.

5.2 Die *Vorinstanz* führt dagegen in ihrer Vernehmlassung (Rz. 11 ff.) aus, die Beschwerdeführerin mache dieses Vorbringen erstmals im vorliegenden Verfahren geltend. Hätte die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren weitere Einsicht in die Selbstanzeigen verlangt, so hätte die Vorinstanz über das entsprechende Gesuch entschieden. Das Vorbringen sei deshalb nach Treu und Glauben verspätet. Selbst wenn das Vorbringen nicht verspätet wäre, sei eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ohnehin ausgeschlossen, da die beanstandete Vorgehensweise einer vom Bundesverwaltungsgericht bestätigten Praxis der Vorinstanz entspreche.

5.3 Mit Verfügung vom 29. Mai 2017 ersuchte der Instruktionsrichter die Beschwerdeführerin kundzutun, ob ihre Aussagen in der Beschwerde und in der Replik als Akteneinsichtsbegehren im vorliegenden Verfahren zu verstehen seien. Am 13. Juni 2017 teilte die Beschwerdeführerin mit, sie habe kein Akteneinsichtsgesuch gestellt.

5.4 Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren keinen Antrag gestellt hat, über die gewährte Akteneinsicht hinaus weitere Termine zur Einsicht zu erhalten bzw. Kopien von bestimmten Beilagen zu erstellen. Die Beschwerdeführerin legt dar, aus Kostengründen auf eine anfechtbare Verfügung verzichtet zu haben (Replik Rz. 60). Unabhängig von den Gründen, welche die Beschwerdeführerin zu diesem Verzicht bewogen hat, ist vorab festzustellen, dass es offensichtlich gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst, sich erst im Beschwerdeverfahren auf eine angebliche Verletzung der Akteneinsicht zu berufen, wenn eine solche im vorinstanzlichen Verfahren gar nie beantragt worden ist.

5.5 Selbst wenn sich das Vorbringen nicht als verspätet erweisen würde, ist jedoch auf Folgendes hinzuweisen: Gemäss Art. 27 Abs. 1 VwVG kann die Einsichtnahme in Akten aus Gründen überwiegender öffentlicher oder privater Interessen verweigert oder beschränkt werden. Praxisgemäss wird Einsicht in Selbstanzeigen, insbesondere für die Beilagen, nur in den Räumlichkeiten der Wettbewerbsbehörden gewährt. Erforderlich ist einzig, dass damit eine wirksame Verteidigung nicht verunmöglicht wird (vgl. Zwischenverfügung B-807/2012 vom 20. Februar 2014 E. 9.3 ff.), was im vorliegenden Fall gemäss den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (Verfügung Rz. 505; Vernehmlassung Rz. 13 ff.) offensichtlich der Fall ist.

6. Untersuchungsgrundsatz, Beweiswürdigung und Beweismass

6.1 Untersuchungsgrundsatz

6.1.1 Die *Beschwerdeführerin* rügt eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes. So habe sich die Vorinstanz zu fest auf belastende und zu wenig auf entlastende Elemente gestützt. Dies sei daran ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin – und nicht die Vorinstanz – gemerkt habe, dass die MA-Sitzung am 2. April 2009 ausgefallen sei und dass sich betreffend eines konkreten Projekts in Tabelle 9 des Antrags Fehler ergeben hätten. Zudem habe die Vorinstanz in Bezug auf die Zwecksetzung widersprüchliche Aussagen der Selbstanzeigerinnen übernommen. Zwar habe die Vorinstanz wegen dem Swiss Economics-Gutachten weniger stark als im Antrag auf die statistische Analyse abgestellt; sie habe aber diese Beweislücke (Swiss Economics-Gutachten) nicht geschlossen (Beschwerde Rz. 44 ff.; Replik Rz. 69).

6.1.2 Die *Vorinstanz* wendet dagegen ein, dass sie sich in der Verfügung (Rz. 119-1082) auf zahlreiche Beweismittel (MA- und EO-Listen; Einladungs- und Absagemail zu den MA-Sitzungen, Notizen, etc.) und nicht nur auf ihre ökonomische Analyse gestützt habe, was für die Beurteilung des Zweckes und für den Nachweis von Existenz und Dauer der Gesamtabrede gelte (Vernehmlassung Rz. 17 f., 20). Zudem habe sie die von der Beschwerdeführerin angegebenen Fehler (Übersehen der E-Mail, Fehler in Tabelle 9) in der Verfügung behoben (Vernehmlassung Rz. 21).

6.1.3 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, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 13 N 24 f.).

Soweit zwischen den Kartellbehörden und Parteien abweichende Rechtsauffassungen bestehen, die einen unterschiedlichen Umfang an sachlicher Abklärung erfordern, ergibt sich demzufolge nicht allein deshalb eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, weil die Kartellbehörden keine Abklärungen vorgenommen haben, auf welche eine Partei ihre abweichende Rechtsposition stützt (Urteile des BVGer B-7756/2013 vom 16. August 2022 E. 5.1.3 m.H. *VPVW Stammtische/Projekt Repo* in fine [bestätigt durch Urteil des BGer 2C_785/2022 vom 16. April 2024 *VPVW Stammtische/Projekt Repo*] und B-7633/2009 vom 14. September 2015 *ADSL II* E. 187).

6.1.4 Soweit die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz zu wenig auf entlastende Aspekte abgestellt habe, übersieht sie die in Art. 13 VwVG und Art. 40 KG statuierte Mitwirkungspflicht. Zudem hat die Vorinstanz diese entlastenden Aspekte in ihre Verfügung integriert, weshalb sie den Untersuchungsgrundsatz nicht verletzt hat. Was die Zweckaussage der Walo betrifft (Beschwerde Rz. 45, 150), so ist ersichtlich, dass sich die Vorinstanz mit den Zweckaussagen aller Unternehmen und verschiedenen Beweisen auseinandergesetzt hat (Verfügung Rz. 602-648 zum MA-System, 924-977 zum EO-System). In Bezug auf die Existenz und Dauer der Gesamtabrede hat die Vorinstanz insbesondere die Mails, MA-Listen und die Entwicklung verschiedener Projekte über mehrere MA-Listen hinweg untersucht (Verfügung Rz. 326 ff., 335 ff., 378-538). Demnach ist ersichtlich, dass die Beweisfindung der Vorinstanz nicht nur auf den ökonomischen Analysen der Vorinstanz beruht. Der Beschwerdeführerin ist nicht zu

folgen, wenn sie ausführt, dass die Vorinstanz nicht genügend andere Beweise verwendet habe. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist deshalb im Ergebnis nicht ersichtlich.

6.2 Beweiswürdigung und Beweismass

6.2.1

6.2.1.1 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 der Richter die Beweise nach freier Überzeugung, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, umfassend würdigt (Urteil des BGer 2C_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.1.1 *Umbricht* m.H.).

6.2.1.2 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 *Granella*; 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), 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.; Urteil 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*).

6.2.1.3 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).

6.2.2 Die Beschwerdeführerin fordert (auch unter Berufung auf das Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.1, 8.4.4.5 *Erne*) den Vollbeweis für *sämtliche* Tatbestandsmerkmale von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (Beschwerde Rz. 4, 60 f., Stellungnahme der BF zur Gesamtabrede 37).

6.2.3 Die *Vorinstanz* legt (mit Hinweis auf das Urteil B-829/2012 E. 7.4.3.5 i.V.m. 7.4.3.1, *Granella*) dar, dass die Verfügung (Rz. 1185) betreffend den Konsens auf den Vollbeweis abstelle. Dies gelte sowohl für eine Einzelsubmissionsabrede wie auch für eine Gesamtabrede (Stellungnahme VI zur Gesamtabrede, S. 5 m.H.). Ausgenommen seien ökonomische Erkenntnisse und hypothetische Entwicklungen (Verfügung Rz. 130 ff., 133 f. je m.H., 1184 f.). Ebenfalls sei der Indizienbeweis zulässig, was kein minderer Beweis sei (Verfügung Rz. 123 ff.).

6.2.4 Auch wenn die Beweisanforderungen in Bezug auf die einzelnen kartellrechtlichen Tatbestands- und Definitionsmerkmale zu thematisieren sind (Urteil B-141/2012 E. 3.2.2.5 ff. *Estée Lauder*), ergibt sich bereits aus E. 6.2.1.2 f., dass die Rüge der Beschwerdeführerin, welche den Vollbeweis 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.

6.2.5 In formeller Hinsicht ist die Vorinstanz schliesslich zutreffend davon ausgegangen, dass sie die Beweisführungslast trägt (vgl. E. 6.1.3). Da die Rüge der Verletzung der Beweisführungslast einen engen Zusammenhang mit der materiellrechtlichen Beurteilung aufweist, wird sie praxisgemäss dort behandelt (vgl. BVGE 2023 IV/6 *Engadin IV* nicht publizierte E. 6; Urteile des BVGer B-771/2012 E. 5.3 *Cellere*; B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.1.2 *Swisscom Terminierungsgebühren*).

6.3 Beweiswürdigung betreffend Handlungen vor 2002

6.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt sodann, die Vorinstanz untersuche in der Verfügung Sachverhalte bis in die 70er Jahre, die in keinem Zusammenhang zu den Sachverhalten nach 2002 oder 2004 stünden (Beschwerde Rz. 40, 159).

6.3.2 Der Umstand, dass eine Wettbewerbsabrede vor dem Inkrafttreten des aktuell geltenden Rechts getroffen worden ist, hat nicht zur Folge, dass sie deswegen weiterhin dem alten Recht unterstehen würde, wenn sie noch andauert (BGE 124 III 495 E. 1). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es nicht um die Würdigung der älteren Kartellabsprachen selbst geht, sondern um die Frage, ob Aspekte derselben zur Beweiswürdigung und zum Verständnis späterer Handlungen herangezogen werden dürfen. Denn das Gericht würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (vgl. E. 6.2.1.1). Dies gilt auch für die Gegebenheiten vor Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes von 1995 und die in der Verfügung beschriebenen älteren Geschehnisse vor 2002 (Rz. 122 ff.). Diese Tatbestände werden ohnehin nicht sanktioniert, da sie 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*). Demnach kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten aus dem Umstand ableiten, dass die Vorinstanz in ihrer Beweiswürdigung auch ältere Verhaltensweisen in ihre Begründung miteinbezog.

6.4 Beweiswert der Selbstanzeigen

6.4.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe die Angaben der Selbstanzeigerinnen „unkritisch“ übernommen. Insbesondere die Aussagen der ersten Selbstanzeigerin (Implenia) seien unglaubwürdig, da diese ihren Sanktionserlass nicht habe riskieren wollen (Beschwerde Rz. 5.5, 62 ff., 150 ff.).

6.4.2

6.4.2.1 Im Sinne der freien Beweiswürdigung (vgl. E. 6.2.1.1) hat das Bundesverwaltungsgericht alle Beweismittel, unabhängig von wem sie stammen, objektiv zu prüfen. Einem bestimmten Beweismittel vorab und in allgemeiner Weise die Beweiseignung abzusprechen, ist nicht zulässig. Zudem besitzen alle tauglichen Beweismittel die gleiche Beweiskraft (Urteil 2C_845/2018 E. 4.1.1 *Umbricht* m.H.).

6.4.2.2 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, in: VwVG-Praxiskommentar; 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).

6.4.2.3 Bei Selbstanzeigen ist das Beweismass nicht aus prozessökonomischen Gründen herabzusetzen (Urteile B-807/2012; B-880/2012 jeweils E. 8.5.4.2 ff. *Erne* und *Umbricht*). Bei den Aussagen der Selbstanzeiger und der nicht kooperierenden Unternehmen handelt es sich um Parteiausskünfte im Sinne von Art. 12 Bst. b VwVG, die frei auf ihre Glaubhaftigkeit hin zu würdigen sind. Es gilt also die vorliegenden Beweismittel im Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu prüfen (Urteile B-807/2012; B-880/2012 jeweils E. 8.5.5.4, *Erne* und *Umbricht*; genauer KRAUSKOPF/WYSSLING, in: VwVG-Praxiskommentar, Art. 12 VwVG N 113). In der psychologischen Wissenschaft hat sich ein inhaltsanalytischer gegenüber dem verhaltensanalytischen Ansatz durchgesetzt. Es ist schwieriger eine Falschaussage zu machen, als die Wahrheit zu sagen, da der Lügner ein komplexes Handlungsgeschehen erfinden und widerspruchsfrei bleiben muss. Die logische Konsistenz und ein quantitativer Detailreichtum werden dabei als ein Mindestmass für eine glaubhafte Aussage betrachtet (LUDEWIG/TAVOR/BAUMER, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen?, AJP 2011 S 1415 ff., 1423 f. mit Hinweis auf BGE 129 I 49 E. 5, 1426).

Urkunden – unabhängig davon, ob sie von Selbstanzeigern oder von nicht kooperierenden Unternehmen stammen – unterliegen dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Urteile B-807/2012; B-880/2012 jeweils E. 8.5.5.4 *Erne* und *Umbricht*). Reichen Selbstanzeiger übereinstimmende Informationen ein, ist darauf zu achten, dass sie unabhängig handeln. Das heisst, sie dürfen vor dem Antragsversand weder voneinander wissen noch denselben Rechtsvertreter haben (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*).

6.4.2.4 Selbstanzeiger unterliegen zwar nicht wie Zeugen den strafrechtlichen Konsequenzen von Art. 307 StGB. Allerdings gehen sie durch eine Falschaussage das Risiko eines Bonusverlustes ein, weshalb die Interessenlage von Selbstanzeigern und Zeugen vergleichbar ist. Im Gegensatz dazu haben Untersuchungsadressaten, welche nicht mit den Wettbewerbsbehörden kooperieren und nur falsche bzw. geschönte Angaben machen, keine solchen Nachteile zu befürchten. Demnach darf die Glaubhaftigkeit von Selbstanzeigern nicht leichthin infrage gestellt werden (Urteile B-807/2012; B-880/2012 jeweils E. 8.5.5.5 *Erne* und *Umbricht*). Zudem vermag das fraglos egoistische Interesse eines einzelnen Selbstanzeigers, als einziger von einem Sanktionserlass bzw. einer -reduktion zu profitieren, keinen für sich begründeten Verdacht auf falsche Angaben bzw. falsche Beschuldigungen gegenüber Dritten hervorzurufen. Vielmehr ist dieses egoistische Interesse gerade gewollter Bestandteil des gesetzlich vorgesehenen Anreizsystems, mit welchem Kartelle von innen hinaus destabilisiert und wirksamer Wettbewerb wieder herbeigeführt werden soll (Urteile B-807/2012; B-880/2012 jeweils E. 8.5.5.7 *Erne* und *Umbricht*; vgl. Urteil 2C_845/2018 E. 4.1.2 f. *Umbricht* m.H.). Zudem muss der Selbstanzeiger sein tatbestandsmässiges Verhalten zumindest implizit zugeben, blosser Vermutungen oder Möglichkeiten reichen diesbezüglich nicht aus (BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a KG N 131a; PETER PICT, KG-Sanktionsverordnung [SVKG], in: Oesch/ Zäch/Weber [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SKGV N 4, nachfolgend: BEARBEITER, in: Wettbewerbsrecht II, PICT, in: Wettbewerbsrecht II). Allerdings muss der Selbstanzeiger keine rechtliche Würdigung seines Verhaltens vornehmen (PICT, in: Wettbewerbsrecht II, Art. 8 SKGV N 4).

6.4.2.5 Wenn die Beschwerdeführerin darlegt, dass nur die erste Selbstanzeigerin ein Gesamtsystem bestätigt habe und die anderen Verfahrensbeteiligten dies nicht getan hätten, so spielt dies nach dem soeben Ausgeführten keine Rolle. Denn es geht hier um die Beschreibung von Tatsachen betreffend das wettbewerbsrechtlich beanstandete Verhalten und nicht um dessen Würdigung (Begriff „Gesamtsystem“). Demnach ist es auch irrelevant, wie umfassend die Selbstanzeige in Bezug auf die Anzahl der ausgeschriebenen Projekte ist. Ebenfalls ist die Motivation der Selbstanzeigerin (Profitieren von einem Sanktionserlass) nicht von Relevanz. Denn das kartellrechtliche System will gerade den Selbstanzeiger motivieren, aus dem kartellrechtlich bedenklichen Handeln auszubrechen, auch wenn dies gegenüber den anderen Kartellanten „unkollegial“ erscheint (vgl. E. 6.4.2.4).

Daneben ist zu beachten, dass Selbstanzeiger bei einer Falschaussage – im Gegensatz zu den übrigen Untersuchungsadressaten – das Risiko eingehen, ihren Bonus zu verlieren. Die erste Selbstanzeigerin war jeweils bei den Einvernahmen der anderen Verfahrensparteien durch das Sekretariat anwesend, nicht aber bei der Befragung der anderen Selbstanzeigerin (vgl. Verfügung Rz. 67 f. m.H.). Es ist anzumerken, dass alle Verfahrensparteien die Möglichkeit gehabt hätten, an diesen Einvernahmen teilzunehmen (act. [...-...]). Die Selbstanzeiger konnten – wie auch die anderen Verfahrensparteien – erst nach Zustellung des Verfügungsantrages vor Ort in die Akten der (anderen) Selbstanzeigerin Einsicht nehmen (vgl. Verfügung Rz. 75 m.H.), weshalb die Unabhängigkeit der Aussagen zwischen den beiden Selbstanzeigern aus institutioneller Sicht gewahrt ist (vgl. E. 6.4.2.3).

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 E. 6.3 *Six*; Urteil B-141/2012 E. 6.3.5.1 *Estée Lauder*). Dies gilt auch – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde Rz. 85 ff.; Replik Rz. 57; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 13 ff., 23 ff., 33, 63 ff.) – 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 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, konsolidierte Fassung, ABl. C 202/01) vom 7. Juni 2016 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, 8.2.4.4.1).

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 aufgezeigt. In E. 8.4 wird eruiert, ob das besagte Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Da die Beschwerdeführerin die Marktabgrenzung in Bezug auf den Abredeumfang rügt (Beschwerde Rz. 9, 11 f., 16 f., 145, 192, 303 ff., 306 ff., Replik Rz. 5, 28 ff.), wird die Marktabgrenzung im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG geprüft (vgl. E. 8.5).

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 B-2977/2007 E. 8.3.5 *Publigroupe*; PICT, Art. 4 SKGV N 2, in: Wettbewerbsrecht II), ohnehin nicht sanktioniert. In Bezug auf die Beweismwürdigung der Sachverhalte vor 2002 ist auf E. 6.3 zu verweisen, wonach ältere Sachverhalte im Sinne der freien richterlichen Beweismwürdigung herangezogen werden können. Diese unterliegen jedoch nicht der Sanktionierung. 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 Beweismwürdigung 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 sowie die Würdigung dazu. 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* (vgl. 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 Implenja 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 telquel 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	

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 telquel entspricht.

Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm	EO-Liste
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
2005				
	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	
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	

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 telquel entspricht.

Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm	EO-Liste
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
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

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 telquel entspricht.

Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm	EO-Liste
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
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

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 telquel entspricht.

Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail	Datum der Sitzung	Ort	Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm	EO-Liste
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
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 (noch nicht kontinuierlich) 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)	
Kenn- ziffern	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 beinhaltete, 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	16.00 Uhr	5
03.03.2009	12.03.2009	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 Implenla 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 Implenla (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 Implenla (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

8.2.1.2.2.1 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; vgl. zur Beweiswürdigung zu Sachverhalten vor 2002 E. 6.3) waren auf den Marktabklärungslisten im Untersuchungszeitraum *nicht* mehr die *schutznehmenden* Unternehmen vermerkt. Sogenannte „Submissionsprogramme“ waren die Vorgängerversionen der Marktabklärungslisten.

8.2.1.2.2.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe nicht den Beweis erbracht, dass Sterne Interessenbekundungen bedeuteten (Beschwerde Rz. 191). Dabei übersieht sie, dass sie in einer früheren Phase des Untersuchungsverfahrens selbst dargelegt hat, Sterne, welche 2004 eingeführt wurden, seien „Interessenbekundungen“, welche den Bezeichnungen „A“ oder „AA“ (was „Anspruch auf Schutz“ hiess) folgten (act. [...] Rz. 21 i.V.m. act. [...] Rz. 15). Ebenfalls gab die De Zanet an, seien Sterne mit Interessen gleichzusetzen (act. [...], Rz. 121 ff., 129).

8.2.1.2.2.3 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass die De Zanet die Sterne unabhängig von den Sitzungen (Beschwerde Rz. 176 ff., 193 ff.) gesetzt habe. Zwar gibt die De Zanet selbst zu Protokoll, man habe abklären wollen, ob die Arbeiten ausführbar seien (act. [...] Rz. 129 ff.). Mit diesen Aussagen legt die De Zanet aber immerhin dar, dass sie die Sterne nicht im Alleingang gesetzt hat, wenn auch zugestandenermassen nicht alle Sterne formell an den Sitzungen gesetzt worden sind. Allerdings hat auch zuvor und danach ein Austausch stattgefunden. Die Beschwerdeführerin führt ausserdem in Rz. 177 i und ii der Beschwerde Beispiele auf, welche die unabhängige Sternsetzung der De Zanet belegen sollen. Allerdings ging es hierbei um Eigeninteressen der De Zanet. Auf das Projekt „[E]“ ([...]) wird in E. 9.7.3.2 eingegangen, wo ersichtlich ist, dass die Sterne durch Kundgabe der De Zanet über längere Zeit gesetzt wurden. Ausserdem hat die De Zanet Schutz „I“ zu diesem Projekt E (HAL 09 – 10592) erhalten, weshalb erstellt ist, dass das Interesse der De Zanet bereits bekannt war und nicht im Alleingang gesetzt wurde. Ansonsten hätte

das Projekt nicht auf der Liste der Hagedorn vermerkt sein können. Beim Projekt in Rz. 177 ii der Beschwerde handelt es sich ebenfalls um ein Eigeninteresse der De Zanet. Zudem bezieht sich Rz. 178 der Beschwerde auf ein Projekt, dessen Namen die Beschwerdeführerin nicht nennt. Aus dem Gesamtkontext ist jedoch ersichtlich, dass es sich um das Projekt „[Belagssanierung β-Strasse]“ handeln muss (DOP Nr. 645; MA WEKO Nr. 487 [berücksichtigt], E. 10.11.2). Hier bemängelt die Beschwerdeführerin, dass der Stern ohne ihr Zutun gesetzt worden sei. Allerdings waren die Interessen der Beschwerdeführerin bereits bekannt, da sie – wie sie es selbst darlegt – zu diesem Projekt bereits eine Eigenofferte erstellt und diese der Implemia für die EO 2007_50 gemeldet hat. Ob ein Interesse an der Sitzung gemeldet wurde oder via EO-Liste bereits den anderen Wettbewerbern bekannt war, spielt keine Rolle. Fest steht, dass der Interessenaustausch stattgefunden hat und es sich demnach nicht um eine unabhängige Sternsetzung der De Zanet handeln kann. Insgesamt ist ersichtlich, dass es sich bei der Sternsetzung durch die De Zanet nicht um erfundene Fremdinteressen handelt (siehe auch E. 8.2.5.5.2.2).

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).

Die Beschwerdeführerin legt dar, dass sie letztmals im Jahr 2004 ein Projekt für die MA-Listen gemeldet habe (Beschwerde Rz. 8.2; 161, 197 f.). Allerdings geht aus der Verfügung (Rz. 561 f.; siehe auch kons. MAL) hervor, dass die De Zanet, die Implemia, die Walo und Bernet Bau im Zuständigkeitsgebiet der Toller ([...]) Projekte gemeldet und demnach die „Arbeit der Beschwerdeführerin“ übernommen hatten. Soweit die Beschwerdeführerin aus dem Umstand der Nichtmeldung von Projekten ihre Teilnahme am Gesamtsystem bestreitet (Beschwerde Rz. 161), ist auf E. 8.2.5.5.2.2 zu verweisen, wo aufgezeigt ist, dass sie am beanstandeten Verhalten teilgenommen hat.

Abbildung 4- (fiktives Beispiel einer Marktabklärungsliste)															
Ort	Objekt (fiktiv) /Pro- jekt	Bau- herr	Sum- me (CHF)	Ausschreibung		Öffentlich	Einladung	1	2	3	4	5	6	7	8
1 Altendorf	Sanierung X-Strasse	Bezirk March	90'000	2009			x				**		*		*
2 Altendorf	Z-Strasse	Kanton SZ	1 Mio.	2009	Mai	x			**				*		*
3 Benken	A-Strasse; Ausbesserungen	Polit. Gemeinde	50'000	2009			*			**			*		
Weitere Ortschaften alphabetisch															
Anmerkung: <u>1. Variante:</u> 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. <u>2. Variante:</u> Würde das Projekt der „Z-Strasse in Altendorf“ auf der Liste verbleiben und es käme zusätzlich ein neues Projekt auf die Liste „Zz-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 der MA 2009_16 (vgl. die MA 2009_16

Nr. 98 [„Projekt F“ in E. 9.7.3.2] 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 Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Abkürzungen auf den HA-Listen unklar und die HA-Listen selbst fehlerhaft seien (Beschwerde Rz. 5.4, Rz. 205-211). Allerdings ist in Abbildung 11 der Verfügung (Rz. 230) eine Hagedorn-Liste aus dem Jahr 1981 aufgeführt, auf welcher von Hand ausgeschrieben wurde, welches Unternehmen Schutz erhielt (z.B. „Firma X geschützt“). Auch wenn es sich hierbei um eine Liste vor dem untersuchungsrelevanten Zeitraum (E. 6.3) handelt, so kann man herleiten, dass das „S“ auf den HA-Listen im Zusammenhang mit „Schutz“ stehen muss. Zudem gab die Beschwerdeführerin dies bereits im vorinstanzlichen Verfahren in ihrer Stellungnahme zu den Akten vom 27. Februar 2015 (act. [...] Rz. 22) an. Aufgrund der HA-Listen in den 80-er Jahren sei ersichtlich, dass die Hagedorn das „S“ für Schutz verwendet habe. Ausserdem ergänzt sie, dass „I“ für „Interesse“ stehen könnte. Demnach geht die Beschwerdeführerin fehl (Beschwerde Rz. 209 f.), dass diese Abkürzungen auf der HAL nicht nachvollziehbar gewesen sein sollen.

8.2.1.3.2.2 Ferner bemängelt die Beschwerdeführerin, dass ihr selbst nur eine HA-Liste mit mehrheitlich geschwärzten Projekten vorliege, weshalb man die HA-Liste nicht als Beweis verwenden könne, da sich wohl weitere Unternehmen unter den Schwärzungen verbergen würden (Beschwerde Rz. 208). Das Sekretariat der Vorinstanz hat allerdings im vorinstanzlichen Verfahren dargelegt (act. [...]), dass Projekte in den HA-Listen, welche die Gebiete *ausserhalb des Untersuchungsgebiets* betreffen, geschwärzt werden. Demnach wirken sich die Abdeckungen nicht auf das Untersuchungsgebiet aus, weshalb die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen nicht durchdringt.

8.2.1.3.2.3 Ausserdem bringt die Beschwerdeführerin vor, dass der Name „Implenia“ bereits Ende März 2005 in den HA-Listen bei „Bemerkungen“ aufgetaucht sei, als die „Implenia“ noch als „Batigroup“ im Handelsregister aufgeführt war. Bei der Spalte „Auftrag erhalten“ sei jedoch wieder der alte

Name „Batigroup“ erschienen. Daher erachtet die Beschwerdeführerin die HA-Listen als unglaubwürdig (Beschwerde Rz. 206). Wenn auch der Name „Implenia“ erstmals im November 2005 (Verfügung Rz. 18) offiziell wurde, dürfte er allerdings den acht Unternehmen bereits vorher bekannt gewesen sein, da diese ohnehin untereinander Informationen ausgetauscht haben. Dass auf einer unternehmensinternen Liste eine Unternehmensbezeichnung, die ohnehin im Wandel war, nicht immer kongruent erfolgte, vermag demnach den HA-Listen nicht ihre Glaubhaftigkeit abzusprechen.

8.2.1.3.2.4 Soweit die Beschwerdeführerin einzelne Projekt-Einträge auf den HA-Listen in Frage stellt (Beschwerde Rz. 205 ff.), um die Qualität der HA-Listen insgesamt zu beanstanden, drängt sich eine Prima-Facie-Beurteilung betreffend die gerügten Projekte auf. Es geht hier allerdings nicht um die Abredequalität der einzelnen Projekte (ein Gesamtkonsens erfordert nicht die Prüfung von Einzelabreden [Urteil B-3096/2018 E. 49, 67 *Foffa*]), sondern darum, ob die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen durchzudringen vermag, dass die Fehlerhaftigkeit der HA-Listen anhand dieser Projekte erkennbar sei.

8.2.1.3.2.5 Was das in Rz. 205.1 der Beschwerde genannte Projekt („T“) betrifft, bei welchem die Beschwerdeführerin bestreitet, dass sie weder Schutz in Anspruch genommen noch offeriert habe, so ist sie darauf hinzuweisen, dass es zu diesem Projekt auf der HA-Liste zwei Einträge gibt (HAL 04-6648 und 04-6649). Dies hat die Beschwerdeführerin offenbar übersehen. In der Tat hat die Oberholzer das zweite Projekt zugesprochen erhalten, weshalb nicht von einem Fehler in der Liste auszugehen ist.

8.2.1.3.2.6 In Bezug auf das in Rz. 205.2 der Beschwerde aufgeführte Projekt (Belag[...]; HA 05-6975) verkennt die Beschwerdeführerin, dass nicht sie selbst, sondern die [Gemeinde] als Bauherrin auf der HA-Liste vermerkt war. Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, dass dieses Projekt ein Stück Fussweg betroffen habe, das unter ihrem Verfügungsbereich stehe. Allerdings legt die Beschwerdeführerin keine konkreten Belege bei, weshalb sie daraus nicht die Fehlerhaftigkeit der HA-Liste herzuleiten vermag.

8.2.1.3.2.7 Was das Projekt G) „...“ (Handeintragung auf der MA 2009_16; nur eine einzige Nennung auf dieser MA-Liste; kein Eintrag auf der MA_WEKO; act. 199 S. 2, 25, 87 f.; HAL 09-10588; DOP Nr. 571) angeht, so ist auf E. 9.7.3.3 zu verweisen. In der Tat ist die von der Beschwerdeführerin gerügte Ungereimtheit (Beschwerde Rz. 207 f.) nicht von der Hand zu weisen, aber sie vermag das Konstrukt der HA-Liste nicht

insgesamt in Frage zu stellen, da ein einzelner Fehler nicht eine über Jahre geführte Liste in Frage stellen kann (E. 9.7.3.3.4).

8.2.1.3.2.8 Zusammenfassend kann die Beweisqualität der HA-Listen insgesamt nicht infrage gestellt werden. Die HA-Listen können daher als Beweis verwendet werden. Nur wenn eine substantiierte berechnete Rüge betreffend einen einzelnen Eintrag besteht, ist dieser kritisch zu würdigen.

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 Marktabklärungsliste), 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. Es 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 Implemia auf den in den MA-Programmen festgelegten „Abgabetermin“ bzw. mündlich an den MA-Sitzungen (Verfügung Rz. 920). Die jeweils aktualisierte EO-Liste hat die Implemia 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 Implemia 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 Implemia 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.) einführt.

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 ist ebenfalls vor Bundesverwaltungsgericht erstellt: Die Implenia hat am 26. Mai 2009 um 10.55 Uhr die EO 2009_22 verschickt (act. [...] S. 360 ff.). Bereits um 11.44 Uhr wurde innerhalb der Hagedorn die EO 2009_22 mit „Bitte um Erledigung“ per Mail versandt. Eine Liste betreffend unternehmensinterne Rückmeldungen war dieser Mail auch angehängt (act. [...] S. 211). In den Akten der Hagedorn ist diese Liste von

Hand ausgefüllt zu finden. Dort steht, dass die EO-Projekte [Nr. 1685] und [Nr. 1679] an die Hagedorn vergeben wurden und das Projekt [Nr. 1648] anderweitig vergeben wurde (act. [...] S. 212). Am 5. Juni 2009 hat die Hagedorn diese drei Projektnummern sowie die neuen EO-Projekt-Meldungen an die Implenja gefaxt (act. [...] S. 226). In der Tat waren die anderweitig vergebenen Projekte sowie die an die Hagedorn vergeben Projekte nicht mehr auf der EO 2009_24 ersichtlich und die Neumeldungen waren alle auf der EO 2009_24 (act. [...] S. 374 ff.) zu finden.

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; siehe dazu E. 8.4.3.2.7).

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 *Abrededebegriff* 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* und 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 Selbstständigkeitspostulat 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. 6.2.1.3 m.H.). 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 blossе 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 Dauerverstoss bzw. auf eine Gesamtabrede (Verfügung Rz. 1200 ff. m.H.). 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* wurde dasjenige Unternehmen, welches als Erstes auf Anfrage eines privaten Bauherrn eine EO erstellte, auf der EOL vermerkt, sodass die anderen Unternehmen bei einer Projekt-Anfrage ihre Offerte höher ausgestalten konnten. 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 zuteilen wollten. 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 *Cel-lerc*; 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 Rotationssystem“ 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. 1 ff.). Sie beruft sich dabei auf die ältere Rechtsprechung der Vorinstanz und des Bundesverwaltungsgerichts zu Submissionsabreden (Beschwerde Rz. 91 ff., Replik Rz. 4, 19, 23 f.).

8.2.4.2.2 Die *Beschwerdeführerin* fordert für eine Gesamtabrede generell abstrakte Kriterien, wie eine 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. Ein Konsens als solcher erfülle diese Kriterien nicht. Da man in den Aargauer Fällen kein Rotationssystem nachweisen konnte, habe man dort Einzelabreden geprüft. Ein Rotationssystem habe auch im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen werden können (Beschwerde Rz. 2 f., 73, 88, 90, 97 f., 101 f., 107 ff., 118, 135; Replik Rz. 18, 24 ff.; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 10 ff., 17 ff., 29, 31 ff.). Daher wären vorliegend, wie auch in den Aargauer Fällen, Einzelabreden zu prüfen gewesen. Für eine Gesamtabrede wäre im Sinne der EU-Rechtsprechung *zusätzlich* das *verbindende Element* zwischen den Einzelabreden nachzuweisen (Beschwerde Rz. 51; Replik Rz. 78; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 12 ff., 23, 29, 36). Ebenso erfordere eine Gesamtabrede den Nachweis von Umsetzungs- bzw. Einzelabreden (Beschwerde Rz. 13, 65, 85 f. 281, 283 ff., 285 ff., 294 ff.).

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). Demnach ist im Kartellgesetz selbst die Grundlage für die Prüfung eines Gesamtkonsenses bzw. einer Gesamtabrede ersichtlich (vgl. auch Vernehmlassung Rz. 31), weshalb sich die Frage erübrigt, ob dies eine Rechts- oder Sachverhaltsfrage darstellt. In diesem Sinne hat die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme zur Gesamtabrede (S. 3) richtig dargelegt, dass eine Gesamtabrede verschiedene Organisationsgrade (vom Quotensystem bis zur ad hoc-Vereinbarung) haben kann. Daher sind ein festes Rotationssystem mit Ausgleichs- oder Kompensationssystematik oder einem Vereinbarungstext nicht erforderlich. Ein konkludenter Konsens reicht durchaus aus, was auch die Urteile in Sachen *Engadin I* bestätigt haben.

8.2.4.3.2 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. Wie es die Vorinstanz zudem zutreffend darlegt, stellt eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG naturgemäss stets eine Vorbereitungshandlung dar, da eine Vereinbarung als Willensbekundung immer nur ein Plan ist (Duplik Rz. 8). Deshalb dringt die Beschwerdeführerin auch nicht mit den Rügen durch, dass das MA- bzw. EO-System nicht einmal das (strafrechtliche) Versuchsstadium (Beschwerde Rz. 125 ff., 277; Replik Rz. 3, 21 f.; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 17) erreicht habe und dass weder das Schweizer noch das EU-Kartellrecht die „conspiracy“ (Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 63) kennen (vgl. auch Urteil B-581/2012 E. 7.2.1 m.H. *Nikon*). Eine Umsetzung ist auch nicht – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 135 f.) – bei einem konkludenten Konsens erforderlich. Daher kann die Beschwerdeführerin auch aus dem Markteintritt der Awestra (Beschwerde Rz. 167; vgl. zur Awestra A.j.d), welche jeweils tiefere Angebote machte, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Auch dringt die Beschwerdeführerin nicht mit den Rügen durch, dass

beim EO-System nur in wenigen Fällen Zweitofferten eingeholt wurden (Beschwerde Rz. 6). Soweit die Rügen (Beschwerde Rz. 13.4, 289 ff.) darauf zielen, dass die „ökonomische und statistische Analyse“ der Vorinstanz (act. [...]) nicht einmal eine Umsetzung habe nachweisen können, erweisen sie sich daher als nicht stichhaltig.

8.2.4.3.3 Was das Verständnis der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Auslegung der EU-Rechtsprechung zur Gesamtabrede angeht, ist sie darauf 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). 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.

8.2.4.3.4 Ausserdem 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, da vorliegend zusätzlich die MA- und EO-Listen als verbindendes Glied zwischen den einzelnen Projekten existieren.

8.2.4.4

8.2.4.4.1 Die *Beschwerdeführerin* rügt weiter, dass es sich die Vorinstanz mit der Prämisse *des ökonomisch vernünftig handelnden Unternehmens* (Verfügung Rz. 210 ff., 271 und 634), wonach hinter jeder Koordination eine projektübergreifende Absicht stehe, da sonst ein Unternehmen nicht im Einzelfall bereit wäre, Schutz zu gewähren, viel zu einfach gemacht habe. So mache die Vorinstanz aus jeder Einzelsubmissions- eine Gesamtabrede. Diese Argumentationsweise stehe im Widerspruch zu den Urteilen der *Aargauer Submissionsabreden* (Beschwerde Rz. 88 ff., 110; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 9, 30, 32).

8.2.4.4.2 Die Beschwerdeführerin übersieht, dass die *vier Aargauer Urteile* nicht der sogenannten Prämisse *des ökonomisch vernünftig handelnden*

Unternehmens widersprechen, da diese Urteile die bewiesenen Einzelabreden mit einem „Dach“ bzw. einer „weniger umfassenden Rahmenvereinbarung“ (vgl. Urteil B-807/2012 E. 8.5.4.5 *Erne*) in Verbindung setzen und daher auch nicht von völlig isolierten Submissionsabsprachen ausgehen (vgl. E. 8.2.4.1.2). Ohnehin hat die Vorinstanz nicht einzig auf die Prämisse *des ökonomisch vernünftig handelnden Unternehmens* abgestellt, sondern hat das MA- und EO-System insgesamt untersucht (Verfügung Rz. 282 ff., 864 ff.).

8.2.4.5 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 aufgezeigt, dass Art. 1 Abs. 2 OR neben der ausdrücklichen Willensäusserung (z.B. eine Konvention) auch die stillschweigende 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. 6.2.1.3 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 (E.8.2.4.3.1), nicht erforderlich. Vorliegend sind die Echtheit der Mails, denen Urkundenqualität zukommt (E. 6.4.2.1 f. m.H.) und der den Mails angehängten MA- sowie EO-Listen nicht bestritten. Bestritten wird jedoch die Zuteilung von Projekten im Einzelnen, die individuelle Teilhabe und Zustimmung der Beschwerdeführerin am MA- und EO-System, die Teilnahme an den Sitzungen und ob die De Zanet die Listen unabhängig weiterführte (Beschwerde Rz. 77, 166 ff., 176 ff., 193, 198). Was die individuelle Teilhabe der Beschwerdeführerin am Gesamtsystem betrifft, so hat sich die Beschwerdeführerin diese – wie im Folgenden noch aufgezeigt wird – bis zum Abschluss der Handlungen anrechnen zu lassen (E. 8.2.5.5.2.2 m.H. auf E. 10.10 ff.) und sie kann hierfür nicht die De Zanet,

welche die Listen versandte, alleine verantwortlich machen (siehe auch E. 8.2.1.2.2.3). Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Beschwerdeführerin gegen sogenannte „Falscheinträge“ zum Zeitpunkt des Listenversandes zur Wehr setzte, was die Rügen diesbezüglich entkräftet. Demnach sind die Mails des MA- und EO-Systems sowie deren Anhänge wie auch die HA-Listen (vgl. E. 8.2.1.3.2, 8.2.1.3.2.8) dem Beweis ohne Weiteres betreffend den Gesamtkonsens zugänglich.

Vorliegend hat die Vorinstanz den Gesamtkonsens auf das MA- und EO-System insgesamt abgestützt (Verfügung Rz. 1198). Dies ist nicht zu beanstanden. Im Folgenden ist das Zusammenwirken der beiden Systeme, welche die Basis des Gesamtkonsenses bilden, zu veranschaulichen:

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 nicht isoliert zu betrachten sind, und die Vorinstanz deshalb auch Rückschlüsse zwischen den beiden Listentypen ziehen durfte. Kam ein neues Projekt auf den Markt, so durchlief es, wenn es ausgeschrieben wurde, das MA-System bzw. das EO-System. Demnach gingen die beiden Listensysteme – trotz spezifischer Besonderheiten – „Hand in Hand“ einher. Es gab für jedes Projekt ein „Auffangbecken“ je Listensystem. Trotz der Gemeinsamkeiten der beiden Systeme dringt die Beschwerdeführerin nicht mit ihren Rügen durch, dass beim Wegfall des EO-Systems das ganze Konstrukt in sich zusammenfallen würde (Beschwerde Rz. 130 ff.). Denn das EO-System war aus dem MA-System hervorgegangen (E. 8.2.1.6.2). So könnte das MA-System auch ohne EO-System weiterbestehen, zumal dem MA-System auch die im Folgenden aufgezeigten vier Aspekte des Gesamtkonsenses inhärent sind. Ausserdem zielen die oben beschriebenen Rügen (der Bauherr habe oft gar keine Zweitofferte eingeholt oder man habe das Projekt trotz EO nicht erhalten) bereits auf die erfolgte Umsetzung des EO-Systems. Wie in E. 8.2.4.3.2 aufgezeigt, setzt eine Gesamtabrede keine Umsetzung von Einzelabreden voraus (vgl. insb. Urteil B-3096/2018 E. 49 *Foffa*).

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 Neumeldun-

gen 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. 8.2.1.2.3 i.V.m. E. 8.2.5.5.2.2). 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. 8.2.1.2.2.1). 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 vereinzelter 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. Soweit die Beschwerdeführerin rügt, dass man aus den „Total-A-Interessen“ auf keinen Zuteilungsmechanismus schliessen könne (Beschwerde Rz. 90), ist ihr zuzustimmen. Denn die „Total-A-Interessen“ fungierten als Hilfestellung zur „fairen“ Interessenverteilung. Die Beschwerdeführerin kann aber nichts zu ihren Gunsten aus einem fehlenden Zuteilungsmechanismus betreffend die „Total-A-Interessen“ ableiten, da diese Rügen bereits auf die Umsetzung zielen, welche für einen Gesamtkonsens nach Art 4 Abs. 1 KG nicht erforderlich ist (Urteil B-3096/2018 E. 49 *Foffa*; E. 8.2.4.3.2).

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. Vor der MA 2006_10 tauchte auch bei vereinzelt Projekten in den MA-Listen die Bezeichnung „EO“ oder „KV“ neben den Sternen auf.

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 (zu den Rügen 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 [in E. 9.7.3.2] 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.

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 Die Beschwerdeführerin bemängelt die Formulierung der Konsensumschreibung der Vorinstanz zu Recht. Gemäss Vorinstanz ging es darum, sich möglichst viele der Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems einvernehmlich zuzuteilen, weshalb „*davon auszugehen sei*“, dass eine Vereinbarung über das „*Wie*“ der Zuteilung getroffen worden sei (Beschwerde Rz. 87 m.H auf Verfügung Rz. 1198). Allerdings hat die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung (Rz. 46) präzisiert, dass der Konsens darin bestanden habe, sich zwischen 2004 und Mitte 2009 *im Untersuchungsgebiet vergebene Strassen- und/oder Tiefbauprojekte, wenn möglich im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems zuzuteilen*. Hierzu entgegnet die Beschwerdeführerin, dass es bei der angeblichen Gesamtabrede darum gegangen sei, immer dann eine Abrede zu treffen, wenn alle am Projekt interessierten Unternehmen damit einverstanden gewesen seien, was aber *zusätzlich* eine *Abrede im Einzelfall* erfordert habe. Deshalb sei der eigentliche Konsens ausserhalb der Gesamtabrede angesiedelt (Beschwerde Rz. 107; Replik Rz. 20; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 19). Jedoch ist ein Konsens nach Art. 4 Abs. 1 KG nicht formgebunden (E. 8.2.2.1 m.H., 8.2.4.3.1), weshalb ein solcher auch ausserhalb der MA-Sitzungen zustande kommen kann. Ohnehin bilden das MA- und EO-System insgesamt (und nicht nur die Sitzungen) die Grundlage des Gesamtkonsenses. Zudem erfordert ein Gesamtkonsens nicht die Prüfung von Einzelabreden (Urteil B-3096/2018 E. 49 *Foffa*). Daher vermag die Beschwerdeführerin mit ihrer eigenen Konsensumschreibung den in den Aspekten 1-4 aufgezeigten Gesamtkonsens nicht zu entkräften (E. 8.2.5.2, 8.2.5.2.1 ff., 8.2.5.3).

8.2.5.5.2

8.2.5.5.2.1 Die Beschwerdeführerin zieht ihre *individuelle Beteiligung* und ihre Zustimmung am MA- und EO-System in Zweifel. Dies hätten auch die beiden Selbstanzeiger dargelegt (Beschwerde Rz. 5, 77, 197 ff., 222,

251 ff., Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 46). Entsprechend stellt die Beschwerdeführerin die Teilnahme an den Marktabklärungssitzungen wie auch deren Stattfinden – insbesondere in den Jahren 2008 und 2009 – infrage. Es wäre an der Vorinstanz gelegen, die Teilnahme bzw. Nichtteilnahme an einer Sitzung zu beweisen (Beschwerde Rz. 166 ff., 169 ff., 180 ff.; Replik Rz. 74 f.).

8.2.5.5.2.2 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. 6.4.2.1 f. m.H.) zugestellt erhalten (E. 8.2.1.1.4) und sich auch nicht gegen die Zustellung zur Wehr gesetzt (E. 8.2.5.2) haben. Die Beschwerdeführerin hat sich 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. 6.1.3, 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 7“ 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]). Selbst im Jahr 2008 hat die Beschwerdeführerin noch MA-Sitzungen in ihrem Unternehmen durchgeführt (E. 10.10 ff.). Ausserdem geht es bei der Beurteilung des vorliegenden Gesamtkonsenses nicht nur um die Sitzungen sowie um 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). Ebenfalls vermag die Beschwerdeführerin ihre individuelle Zustimmung in Bezug auf das EO-System nicht glaubhaft zu verneinen (Beschwerde Rz. 222, 229). Dem kann sie auch nicht entgegenhalten, es habe nicht bei allen Unternehmen ein Konsens bestanden, die EO zu schützen. Ansonsten hätten die EO-Listen, welche alle acht Unternehmen erhalten haben, gar keinen Sinn gemacht.

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*), was auch für die Rüge, dass die De Zanet die MA-Listen unabhängig geführt habe (Beschwerde Rz. 176 ff., 193 f.), und die Listeneinträge nicht unbedingt mit den MA-Sitzungen übereinstimmen, gilt (vgl. E. 8.2.1.2.2.3). Mit dem Argument, dass die Beschwerdeführerin nur bis 2004 MA-Projekte gemeldet habe (erster Aspekt), kann diese nichts zu ihren Gunsten ableiten (E. 8.2.1.2.3; 10.6, 10.10-10.15). Demnach ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 75, 31) auch die individuelle Zustimmung zum Gesamtkonsens gestützt auf den Vollbeweis mit Indizien belegt (E. 6.2.1.2 f., 6.2.4; 8.2.2.2).

8.2.5.5.3 Soweit sich die Beschwerdeführerin in Rz. 251 f. der Beschwerde auf die Aussagen der beiden Selbstanzeiger bezieht (act. [...] Rz. 156-159 und act. [...]), wonach sich diese nicht mehr erinnern könnten, ob die Beschwerdeführerin an den Sitzungen und am Informationsaustausch teilgenommen habe, sind diese in sich gesehen zwar stimmig (E. 6.4.2.3 in fine). Allerdings erfolgten diese Aussagen bei der Untersuchungseröffnung. Gegenüber der Beschwerdeführerin selbst wurde die Untersuchung erst einige Monate später eröffnet (Verfügung Rz. 56), weshalb die Beschwerdeführerin aus diesem Umstand nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag. Wie bereits in E. 8.2.5.5.2.2 ausgeführt, hat die Beschwerdeführerin bis im Juni 2009 die MA- und EO-Listen zugestellt erhalten und war auch auf diesen Listen mit ihrer Kennziffer „7“ aufgeführt. Die Beschwerdeführerin hat sich auch nicht gegen die Zustellung der Listen etc. zur Wehr gesetzt (E. 8.2.5.2). Dem kann die Beschwerdeführerin auch nicht eine spätere Aussage der zweiten Selbstanzeigerin entgegenhalten, dass die Walo mit der Beschwerdeführerin viel zu tun hatte, weshalb der ersten Aussage der Walo zu Beginn der Untersuchung besonders viel Gewicht zuzumessen sei. Die Beschwerdeführerin übersieht, dass sie diese spätere Aussage der Walo aus ihrem Kontext reisst, da das Sekretariat der Vorinstanz an der besagten Stelle von der Walo wissen wollte, welche Unternehmen bei den MA-Sitzungen Mitläufer gewesen seien. Die Walo hat die Beschwerdeführerin im besagten Kontext nicht als Mitläuferin qualifiziert (act. [...], Protokoll der mündlichen Ergänzung der Bonusmeldung vom 6. Juni 2014, Rz. 96 f.; siehe dazu auch Verfügung Rz. 506).

8.2.5.5.4 Ausserdem kritisiert die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe sich – obwohl die Beschwerdeführerin nach dem Verfügungsantrag ein Gutachten von Swiss Economics eingereicht habe – bei der Begründung der Gesamtabrede immer noch zu fest auf ihre eigene statistische Analyse

gestützt (Beschwerde Rz. 5.10, 47, 212 ff.; Replik Rz. 65 ff.). Diesen Ausführungen ist zu entgegnen, dass sich die Vorinstanz in ihrer Begründung zur Gesamtabrede (vgl. E. 8.2.1, 8.2.3, 8.2.5.2) hauptsächlich auf herkömmliche Beweismittel, wie die MA- und EO-Listen sowie die Versandemails abgestellt hat. Dies hat auch die Vorinstanz selbst dargelegt (Verfügung Rz. 843; Vernehmlassung Rz. 17, 20).

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. Dabei diene das *MA- und EO-System als Fundament zur einvernehmlichen Projektzuteilung* (Aspekte 1-4 des Gesamtkonsenses). Daher ist ein Konsens – auch ohne schriftliche Vereinbarung – zu bejahen. In diesem Sinne dringt die Beschwerdeführerin nicht mit der Rüge durch, dass der Vollbeweis betreffend die Vereinbarung in Art. 4 Abs. 1 KG nicht vorliege (E. 6.2.1.2 f., 6.2.4; 8.2.2.2).

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 Wenn auch der Wettbewerbsparameterbezug auf der Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG nicht konkret gerügt ist, drängen sich dennoch einige Ausführungen dazu auf.

8.3.2

8.3.2.1 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 *Automobilleasing Ford Credit* E. 12.3.2;

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*).

8.3.2.2 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 Information 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).

8.3.2.3 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).

8.3.3

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 (Geschäftspartnern) 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 ihnen der Informationsaustausch, 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, sie habe seit der Einführung der Sanktionen nicht mehr über Preise gesprochen, kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

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 Wettbewerbsbeschränkung 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; Horizon-

talleitlinien 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, Marktinformativverfahren: 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 *Automobileasing 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 Zuschlagsgewinners 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

8.4.3.1 Die *Beschwerdeführerin* bestreitet, dass der Zweck der Zusammenarbeit im MA- und EO-System in der Zuteilung von Projekten gelegen habe. Auch sei für ein Bezwecken in Art. 4 Abs. 1 KG der Vollbeweis erforderlich. Einerseits erachtet sie diesen Zweck als ungeeignet. So habe die Beschwerdeführerin weder die Zustimmung zur Zuteilung von Projekten noch den Wunsch nach Stützofferten geäußert. Die Zusammenarbeit sei aus anderen Gründen (wie der Kapazitätsplanung, dem Zugang zu Sonderkonditionen beim Belagsmischgut, der Bildung von ARGE's, dem Erhalt eines Leistungsverzeichnisses durch das EO-System) erfolgt. Auch sei die Beschwerdeführerin davon ausgegangen, dass aufgrund des Baumeisterverbandes eine Pflicht zur Meldung von EO bestehe (Beschwerde Rz. 4, 5.3, 55 ff., 75, 139, 141 ff., 158, 163, 165, 188 f., 191, 196, 217, 223 ff. 227 ff.; Replik Rz. 2, 15, 71 ff.).

8.4.3.2 Vorliegend ist erstellt, dass das *MA- und EO-System als Fundament zur einvernehmlichen Projektzuteilung diene* (Aspekte 1-4 des Gesamtkonsenses vgl. E. 8.2.5.6) 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*). Ausserdem waren die MA- und EO-Listen nicht öffentlich zugänglich und nur den acht Unternehmen war der Teilnehmerkreis und der Inhalt der Listen bekannt (vgl. E. 8.4.1.6). Da der Zweck von der Beschwerdeführerin infrage gestellt wird, ist im Folgenden auf die diesbezüglichen Rügen im Einzelnen einzugehen.

8.4.3.2.1 Was die Rügen, welche den Vollbeweis des Bezweckens in Art. 4 Abs. 1 KG verlangen (Beschwerde Rz. 4, 60 f., 75), angeht, so reicht ein Potential einer Wettbewerbsbeschränkung aus. Tatsächliche Auswirkungen sind nicht notwendig (E. 8.4.1.4). Dies gilt auch in Bezug auf die von der Beschwerdeführerin geforderte Kausalität (Beschwerde Rz. 237).

8.4.3.2.2 Soweit die Beschwerdeführerin die vorliegende Zwecksetzung als *ungeeignet* erachtet, da Drittunternehmen – besonders auch die Awestra – nicht an der Koordination teilgenommen hätten und bei 70-90% der Eigenofferten keine Zweitofferten eingeholt wurden (Beschwerde

Rz. 141, 143, 145), zielen diese Rügen bereits auf die Frage, ob das MA- und EO-System effektiv zur erfolgreichen Umsetzung von Einzelsubmissionsabreden geführt haben, was auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG nicht zu prüfen ist (Urteil B-3096/2018 E. 49 *Foffa*; E. 8.2.4.3.2). Dasselbe gilt, wenn die Beschwerdeführerin Projekte im freihändigen Verfahren nennt, bei denen der Bauherr nur eine einzige Offerte eingeholt habe (Beschwerde Rz. 144), da die acht Unternehmen zum Zeitpunkt, als die „freihändigen“ Projekte auf den MA-Listen erschienen, noch nicht wussten, ob eines oder mehrere Unternehmen angefragt würden. Ohnehin verlangt ein Bezwecken bloss ein Potential (E. 8.4.1.4). Aufgrund des objektiven Charakters des Bezweckens dringt die Beschwerdeführerin auch nicht mit der Rüge durch (Beschwerde Rz. 191, 196, 274; Replik Rz. 15), dass sie keine Zustimmung zur Zuteilung von Projekten oder dem Wunsch nach Stützofferten gegeben habe. Teilschutz oder Freigaben entkräften die Funktion des MA- und EO-Systems ebenfalls nicht.

8.4.3.2.3 Was die Rüge zum *exogenen Hochwasserschock im Jahr 2007* in Bezug auf das Swiss Economics-Gutachten betrifft (Beschwerde Rz. 189, 217), so zielt auch diese Rüge bereits auf die effektive Nutzung und Umsetzung der Informationen aus dem MA- und EO-System (vgl. Urteil B-3096/2018 E. 49 *Foffa*; E. 8.2.4.3.2). Da das Bezwecken nach Art. 4 Abs. 1 KG nur ein Potential erfordert (E. 8.4.1.4), zielt diese Rüge über die Anforderung des Bezweckens hinaus und vermag den Zweck der einvernehmlichen Projektzuteilung nicht in Frage zu stellen.

8.4.3.2.4 Was die Rüge angeht, das MA- und EO-System habe seinen Zweck in der *Kapazitätsplanung* der anstehenden Projekte und nicht der Projektzuteilung gehabt (Beschwerde Rz. 5.3, 59, 139, 158, 165, 188; Replik Rz. 2, 71), so weisen bereits Kapazitäten (vgl. Horizontalleitlinien Rz. 86) bzw. deren Planung, welche auch im engen Kontext mit dem Wettbewerbsparameter Menge stehen, Wettbewerbsparameterqualität auf (E. 8.3.3.2). Da die Kapazitätsplanung auch eng mit der einvernehmlichen Projektzuteilung einherging, dringt die Beschwerdeführerin mit dieser Rüge nicht durch. Ausserdem geht der vorliegende Informationsaustausch über den Informationsgehalt der Beschaffungsplattform SIMAP hinaus, welche im Untersuchungszeitraum noch nicht existierte (Parallelurteil des BVGer B-6844/2016 vom 24. November 2025 E. 8.4.4.3.1 ff. *Oberholzer*). Denn das MA- und EO-System umfasste zusätzlich die Sammlung und 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).

8.4.3.2.5

8.4.3.2.5.1 Die Beschwerdeführerin sieht ausserdem den Zweck des MA- und EO-Systems im Bezug von *Sonderkonditionen beim Belagsmischgut* von Implenia vor 2008 (Beschwerde Rz. 55 ff., Replik Rz. 2, 71 ff.). Die Implenia entgegnete bereits im vorinstanzlichen Verfahren, dass die Mitgliedschaft in der „8-er Gruppe“ *nicht* an Sonderkonditionen beim Belagsbezug geknüpft war, sondern dass die Belags-Konditionen *mengenabhängig* waren (act. [...] S. 16; Verfügung Rz. 504). Dies wird von der Beschwerdeführerin nur insoweit akzeptiert, als dass sie nun die Überprüfung von Belagskonditionen vor 2008 von Drittunternehmen, welche eine ähnliche Menge Belag wie die Beschwerdeführerin von Implenia benötigten, einfordert, damit ersichtlich sei, dass die Toller als Unternehmen der „8-er Gruppe“ eben doch bessere Konditionen als Drittunternehmen gehabt hätte. Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass sie nicht über Belege zu Belagskonditionen von Drittunternehmen vor 2008 verfüge (Beschwerde Rz. 58, Replik Rz. 72 f.).

8.4.3.2.5.2 Wenn der objektive Zweck des MA- und EO-Systems in der Tat im Bezug von Belagsmischgut zu Sonderkonditionen gelegen hätte, dann hätte dieser Zweck auch für die anderen sieben Unternehmen im Vordergrund stehen müssen (Verfügung Rz. 504; Vernehmlassung Rz. 27). In diesem Kontext ist der Aussage der Implenia als Selbstanzeigerin (E. 6.4.2.3 ff.) Glauben zu schenken (Beschwerde Rz. 153), zumal sie zusätzlich die von ihr im Jahr 2008 veranlassten Preiserhöhungen mit Preisindizes im Baugewerbe und dem Landesindex der Konsumentenpreise belegt und dadurch aufzuzeigen vermag, dass diese Preiserhöhungen nicht als „Sanktion“ gegenüber der Beschwerdeführerin fungierten (act. [...], S. 14 ff., Beilagen 1, 2). Diese Indices sind nicht bestritten.

8.4.3.2.5.3 Ohnehin weisen die MA- und EO-Listen überhaupt keinen Bezug zu Sonderkonditionen beim Belagsmischgut auf. Hieran vermag auch eine einzelne Rechnung der Beschwerdeführerin aus dem Jahr 2007 (Beschwerde Beilage 16) nichts zu ändern, welche aufzeigt, dass die Beschwerdeführerin den von Implenia bezogenen Mischbelag an einen Dritten weiterverkauft hat, da die Beschwerdeführerin den Belag günstiger erhalten habe. Dasselbe gilt für die von der Beschwerdeführerin eingereichten Belagspreislisten aus dem Jahr 2013 (Replik Rz. 73 m.H. auf act. [...] Rz. 5 m.H. auf Beilagen 1, 2; vgl. Verfügung Rz. 503). Mit diesen Listen (2013) wollte die Beschwerdeführerin dartun, dass sie durch die Zugehörigkeit zur „8-er Gruppe“ bessere Konditionen im Belagsbezug als Dritte Unternehmen hatte. Allerdings stammen diese Listen (2013) aus der Zeit

nach dem Untersuchungszeitraum (E. 8.1), weshalb sich daraus keine Schlussfolgerungen über den Zweck des zu diesem Zeitpunkt nicht mehr bestehenden MA- und EO-Systems ziehen lassen.

8.4.3.2.5.4 Soweit die Beschwerdeführerin darlegt, dass die Vorinstanz zu den Belagspreisen von Drittunternehmen vor 2008 keine Stellung genommen habe (Replik Rz. 72 f.) und darin eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes sieht, ist auf E. 6.1.3 in fine zu verweisen. Ausserdem ist der Vorinstanz zu folgen, dass die Beschwerdeführerin diese Begehren nicht ausreichend substantiiert hat (Vernehmlassung Rz. 28), weshalb auch hiermit keine Verletzung der Begründungspflicht vorliegt.

8.4.3.2.6 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass der Zweck des MA- und EO-Systems darin bestanden habe (Beschwerde Rz. 5.3, 59, 139, 158, 163, 191, Replik Rz. 2, 71), einen ARGE-Partner zu finden oder eine geeignete ARGE zu gründen. Allerdings dürfte im Nachhinein nicht eine Projektzuteilung an ein *einzelnes* im MA-System als Interessent vermerktes Unternehmen alleine erfolgt sein, da sich ansonsten der Zweck der ARGE-Bildung als obsolet erweisen würde. In diesem Sinne ist auf die Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Verfügung Rz. 627 ff., 629), wonach es gar nicht viele ARGE's gegeben habe, an welchen mindestens zwei der acht Unternehmen teilgenommen hatten, weshalb der Fokus des MA- und EO-Systems nicht in der ARGE-Bildung lag. Die Beschwerdeführerin vermag somit in Bezug auf die ARGE's den festgestellten Zweck nicht infrage zu stellen.

8.4.3.2.7 Die Beschwerdeführerin rügt, dass der Zweck des EO-Systems im *Bezug des leeren Leistungsverzeichnisses* gelegen habe, da die Bauherren ein solches oft nicht zur Verfügung stellten und auch nicht darlegten, ob sie bereits anderweitig Eigenofferten eingeholt hätten (Beschwerde Rz. 223 f.). Sie erkennt jedoch, dass ein Eigenofferent normalerweise kein Interesse hat, seinem Konkurrenten beim Erstellen einer Eigenofferte behilflich zu sein, da er doch selbst das Eigenoffert-Projekt für sich gewinnen möchte. Ebenfalls möchte der Bauherr, dass die von ihm angefragten „Eigen-Offerten“ wirklich eigenständige Angebote einreichen und er hat kein Interesse, ein Leistungsverzeichnis abzugeben. Ausserdem hätten die Eigenofferenten auch beim Bauherrn direkt nach einem Leistungsverzeichnis fragen können, ohne dass es hierzu ein EO-System benötigt hätte. Beim Bezug des leeren Leistungsverzeichnisses über das EO-System kommt es zwangsläufig auch zum Informationsaustausch darüber, welcher Leistungserbringer für das Projekt bereits offeriert hat (vgl. E. 8.4.1.6). Die

Preisgabe dieser Information kann nur im Interesse des erstofferierenden Unternehmens liegen, wenn dieses die Gewissheit hat, dass die anderen Unternehmen seinen „Anspruch“ auf das Projekt respektieren. Demnach wird erst recht der Zweck des EO-Systems ersichtlich, wonach sich der Erstofferer das Projekt vor dem Zugriff der sieben anderen Unternehmen sichern konnte, da Letztere höhere Offerten einreichen.

8.4.3.2.8

8.4.3.2.8.1 Soweit die Beschwerdeführerin zum Zweck der Eigenofferten vorbringt (Beschwerde Rz. 225., 227 ff.), anders als in Bezug auf die MAL habe sie noch länger EO für die EOL gemeldet, da sie davon ausgegangen sei, dass sie einer vom *Baumeisterverband (BMV)* auferlegten Pflicht zur Meldung von EO unterstehe, geht sie in doppelter Hinsicht fehl. Erstens stellt dies allenfalls eine Erklärung für ihre Teilnahme am EO-System, nicht aber eine Aussage zum Zweck des EO-Systems dar. Wie bereits mehrfach ausgeführt, ist das Bezwecken objektiv zu verstehen. Es spielt keine Rolle, ob die Beschwerdeführerin die Einreichung der EO als eine Pflicht gegenüber dem Baumeisterverband sah. Zweitens konnte sie als Nichtmitglied des BMV (Beschwerde Rz. 103) gar nicht einer solchen Pflicht unterliegen.

8.4.3.2.8.2 Zudem rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz die Rolle des Baumeisterverbandes weder untersucht noch berücksichtigt habe (Beschwerde Rz. 242 ff.). Allerdings hat die Vorinstanz dargelegt, dass das MA- und EO-System auf eine Zuteilung von Projekten zielte, was beim Baumeisterverband nicht bewiesen sei. Ob es andere vergleichbare Systeme in der Region gegeben habe, ändere am Zweck des EO-Systems nichts (Verfügung Rz. 648, Vernehmlassung Rz. 56). Daher hat die Vorinstanz weder den Untersuchungsgrundsatz (E. 6.1.3) noch ihre Begründungspflicht in Bezug auf die Rolle des Baumeisterverbands verletzt (vgl. zum Meldesystem des Baumeisterverbandes E. 9.4.4).

8.4.3.3 Vorliegend konnte die Beschwerdeführerin den von der Vorinstanz erstellten Zweck mit ihren Rügen nicht entkräften. Das MA- und EO-System umfasste nicht nur die Sammlung und Kundgabe von Projektinformationen, sondern darüber hinaus auch die Bekanntgabe von Interessen bzw. Interessenskonflikten sowie einen „Konfliktlösungsmechanismus“ betreffend Interessen (vgl. Aspekte 1-4 des Gesamtkonsens; E. 8.2.5.3.1-8.2.5.3.4). Das MA- und das EO-System entspricht somit einem „Mechanismus des *Monitorings*“ betreffend *künftig* (ausgeschriebener) 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. insb. Beschwerde Rz. 146).

8.5 Marktabgrenzung

8.5.1 Bevor Art. 4 Abs. 1 KG insgesamt zu bejahen ist, ist zusätzlich auf die Marktabgrenzung einzugehen, da die Beschwerdeführerin dieselbe in Bezug auf den Abredeumfang und ihre Stellung als Konkurrentin bzw. als Abredeteilnehmerin bestreitet.

Die Beschwerdeführerin ist nicht einverstanden, dass die Vorinstanz vom Umfang der Gesamtabrede auf den relevanten Markt im Strassen- und/oder Tiefbau geschlossen hat. Sie fordert eine projektbezogene und subsidiär eine leistungsbezogene Marktabgrenzung (Beschwerde Rz. 9 ff, 303 ff., 306 ff., 310 ff., 316, 323; Replik Rz. 5, 28 ff.). Denn die Unternehmen hätten sich zwischen den einzelnen Ausschreibungen konkurrieren können (Beschwerde Rz. 314-1, vgl. Replik Rz. 31). So falle auch die Anbietersubstituierbarkeit je nach nachgefragter Leistung (Strassen- und/oder Tiefbau) unterschiedlich aus (Beschwerde Rz. 321). Die Beschwerdeführerin macht damit sinngemäss geltend, dass sie sich nur in Einzelsubmissionsmärkten oder allenfalls in gewissen Bereichen der Teilmärkte, aber nicht darüber hinaus im Bereich der Gesamtabrede als Konkurrent bzw. Abredeteilnehmer sehe.

8.5.2 Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts *CA Auto Finance* wurde geltend gemacht, dass eine horizontale Wettbewerbsabrede nach Art 4 Abs. 1 KG nur unter aktuellen oder wenigstens potentiellen Wettbewerbern möglich sei. Da sich das Wettbewerbsverhältnis in Bezug auf einen sachlich und räumlich relevanten Markt bestimmt (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-

KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 84), hat das Bundesverwaltungsgericht den relevanten Markt in diesem Urteil bereits auf der Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG geprüft (Urteile B-4596/2019 E. 5.4.1.5 *CA Auto Finance*; vgl. nun auch Urteil B-4024/2021 E. 13.3.1.1 ff., 13.3.1.6 *Automobilleasing Ford Credit*). Anzumerken ist, dass das Bundesgericht im Urteil *Pfizer II* die Prüfung der Marktabgrenzung auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG nicht für notwendig erachtete. Jedoch war dort im Gegensatz zum vorliegenden Fall die Marktabgrenzung nicht strittig (BGE 147 II 72 E. 3.1, 5.1.1 *Pfizer II*). Demnach ist die Marktabgrenzung nachfolgend bereits im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen.

8.5.3 Was die Beweisanforderungen in Bezug auf die Marktabgrenzung angeht, so ist die Analyse der Marktverhältnisse und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit ist kaum je exakt möglich, sondern beruht zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen nicht übertrieben werden (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 *Publigroupe*; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.2.6 *Hallenstadion-Ticketcorner*; vgl. auch E. 6.2.1.2, 6.2.4).

8.5.4 Sachlich relevanter Markt

8.5.4.1

8.5.4.1.1 Die *Vorinstanz* stellt in ihrer Verfügung auf einen Gesamtmarkt im Strassen- und/oder Tiefbau ab (Verfügung Rz. 1240). Der *Strassenbau* umfasse den Entwurf, die Herstellung und den Erhalt von Strassen und Wegen für Fahrzeuge und Fussgänger. Dazu gehören insbesondere Belagsarbeiten (Pflasterung und Asphaltarbeiten) sowie der Bau von Entwässerungsanlagen und Böschungsbefestigungen. Der *Tiefbau* befasse sich demgegenüber mit dem Entwurf, der Herstellung und dem Erhalt von Bauwerken, die an oder unter der Erdoberfläche bzw. unter Verkehrswegen liegen würden, wie zum Beispiel die Kanalisation, Kabel- und/oder Rohrverlegung (Verfügung Rz. 37, 567).

8.5.4.1.2 Die *Vorinstanz* geht unter Berufung auf Fallkonstellationen mit Dauer-/Gesamt-/Systemabreden (Urteil B-420/2008 E. 9.1.1 *Strassenbeläge Tessin*; WEKO-Verfügung RPW 2015/2, 226 Rz 201 ff., 208 *Tunnelreinigung*) davon aus, dass der sachlich relevante Markt alle Strassen- und Tiefbauleistungen, welche von den (öffentlichen und privaten) Bauherren im Untersuchungsgebiet im Untersuchungszeitraum nachgefragt worden sind, umfasse. Wenn die acht Unternehmen keine Abrede getroffen hätten,

wären sich diese zumindest potentiell projektübergreifend im Wettbewerb gegenübergestanden (Verfügung 1234 f.; Vernehmlassung Rz. 88). Bei Einzelsubmissionsabreden schloss die WEKO jeweils auf eine projektspezifische Marktabgrenzung (Verfügung Rz. 1236 m.H.).

8.5.4.1.3 Des Weiteren geht die Vorinstanz der Frage nach, ob sich nicht eine Separierung des Gesamtmarktes in die Teilmärkte des Strassen- und/oder Tiefbaus aufdränge. Aufgrund der statistischen Analyse des DOP sei ersichtlich, dass die Umsatzanteile der acht Unternehmen je nach Teilmärkte divergieren würden (reine „Strassenbau-Projekte“: 76%; gemischte Projekte mit „Strassen- und Tiefbau“-Arbeiten: 58%; reine „Tiefbau“-Projekte: 41% [Verfügung Rz. 1238; statistischer Bericht der Vorinstanz, act. [...], Tabellen 12-14]). Ähnliches hätten die Befragungen der Unternehmen aufgezeigt (Verfügung 1238 m.H auf Rz. 1061 [m.H. auf Fragebogen II Frage 4; act. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...]). Aus der statistischen Analyse der Vorinstanz gehe hervor, dass ein auf Tiefbau spezialisiertes Unternehmen nicht ohne Weiteres Strassenbauleistungen anbieten könne. Es müsse entweder Maschinen mieten, mit Strassenbauunternehmen in einer ARGE arbeiten oder diese als Subunternehmer beschäftigen. So sei es in der Lage, Strassenbauunternehmen zu konkurrenzieren. Hingegen könnten die Strassenbauunternehmen auch Tiefbauleistungen anbieten (Verfügung Rz. 787, 1238). Soweit ersichtlich, seien auf den MA-Listen sowohl reine Strassenbauprojekte als auch Projekte, bei denen nebst Strassenbau- auch Tiefbauarbeiten zu erledigen waren, aufgeführt (z. B. Erneuerung der Kanalisation unter einer Strasse). Im Einzelfall würden die MA-Listen auch reine Tiefbauprojekte enthalten (Verfügung Rz. 567), was vorliegend nicht bestritten ist. In diesem Sinne habe die Gesamtabrede alle drei Sparten – wenn auch nicht unbedingt gleich ausgeprägt – betroffen (Verfügung Rz. 1238 ff., 1290; Vernehmlassung Rz. 90).

8.5.4.1.4 Die Vorinstanz lässt offen, ob eine Separierung in Teilmärkte angezeigt sei, da die Gesamtabrede auch bei einer solchen Separierung unzulässig gewesen wäre. Sie stützt sich sodann auf den sachlichen Markt im Strassen- und/oder Tiefbau, da eine Unterteilung in Teilmärkte nicht von Bedeutung sei (Verfügung Rz. 1239 f.).

8.5.4.1.5 In der Vernehmlassung präzisiert die Vorinstanz, dass der relevante Markt durch den Inhalt der festgestellten Wettbewerbsabrede bedingt sei. Ausgangspunkt seien dabei diejenigen Nachfrager, welche konkret von der festgestellten Wettbewerbsabrede betroffen seien und die

Leistungen, welche sie in Anspruch hätten nehmen wollen (Vernehmlassung Rz. 89). Insgesamt hält die Vorinstanz in der Vernehmlassung an ihrer Marktabgrenzung fest.

8.5.4.2 Entgegen der Ansicht der Vorinstanz geht die *Beschwerdeführerin* nicht von einem Gesamtmarkt im Strassen- und/oder Tiefbau aus.

8.5.4.2.1 Die Beschwerdeführerin fordert eine *projektbezogene* Marktabgrenzung, da jedes ausgeschriebene Projekt einen eigenen Markt bilde (Beschwerde Rz. 10, 310, 313, 343). Ohnehin sei im Fall der *Strassenbeläge Tessin* in Bezug auf die Marktabgrenzung auf die „Art und Charakteristik der Beschaffungsgegenstände“ (Urteil B-420/2008 E. 9.1.1) und nicht auf die Rotationsabrede abgestellt worden, da es auch immer dieselben kantonseigenen Tessiner Beschaffungsstellen (und nicht verschiedene Bauherren) gewesen seien, welche Strassenprojekte ausgeschrieben hätten. Hingegen habe sich vorliegend die Marktgegensseite viel heterogener gestaltet (Beschwerde Rz. 314). Dies sei auch in den Fällen der Aargauer Submissionsabsprachen so gewesen, wo man sich allerdings trotz einer „Dachvereinbarung“ konsequenterweise auf eine projektbezogene sachliche Marktabgrenzung gestützt und nicht das Kriterium der Substituierbarkeit ausgeschaltet habe (Beschwerde Rz. 310, 313).

8.5.4.2.2 Subsidiär fordert die Beschwerdeführerin, sofern auf den Umfang der behaupteten Gesamtabrede abgestellt würde, eine *leistungsbezogene* Marktabgrenzung. Einerseits hätte die Vorinstanz die Teilmärkte genauer betrachten müssen und die Beurteilung, welche Teilmärkte von der Gesamtabrede betroffen seien, nicht offenlassen dürfen (Verfügung Rz. 1239 f.). So sei die Beschwerdeführerin nicht auf allen Teilmärkten tätig gewesen. Ihr Hauptbereich sei der Gartenbau. Zudem seien nur im Einzelfall reine Tiefbauprojekte aufgelistet worden, was auch die ökonomischen Analysen bestätigt hätten (Beschwerde Rz. 11, 213-6, 303 ff., 319 ff., 344 f.; Replik Rz. 31 f.). Ausserdem hätten die im offenen Verfahren ausgeschriebenen, die freigegebenen sowie die EO-Projekte, für welche keine Zweitofferte eingeholt worden sei, nicht in die Marktabgrenzung miteinfließen dürfen. Projekte ausserhalb der MA- und EO-Listen hätten vom relevanten Markt ausgenommen werden müssen (Beschwerde Rz. 11 f., 17, 305 ff.).

8.5.4.3 Grundlagen

8.5.4.3.1 Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU, SR 215.4) umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren und Dienstleistungen, die von der *Marktgegenseite* hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der *Marktgegenseite* (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 *Publigroupe*; Urteil 2C_113/2017 E. 5.2.1 *Hallenstadion-Ticket-corner*; Urteil B-141/2012 E. 5.3.1.3 *Estée Lauder*).

8.5.4.3.2 Die Beurteilung des Marktes hängt vom Untersuchungsgegenstand, also von der konkreten Abrede, wie auch von den Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite ab (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 *Publigroupe*). Folglich kann sich die Marktabgrenzung naturgemäss nicht losgelöst (d.h. generell abstrakt im Voraus) von einem bestimmten Sachverhalt konkretisieren (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 554; ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Jusletter vom 11. September 2017, Äpfel mit Birnen vergleichen, Rz. 16; nachfolgend: ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen).

8.5.4.3.3 Was den Untersuchungsgegenstand „*Submissionsabreden*“ betrifft, so lassen sich 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 Erfolgsunwert (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). In diesem Fall sind die von der Abrede

nicht direkt betroffenen Projekte für die Marktabgrenzung nicht von Relevanz. Für die Feststellung, welche Abrede (Einzel- oder Gesamtabrede) vorliegt, ist auf das *Beweisergebnis* abzustellen (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 78 ff.; vgl. ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen, Rz. 44 ff.).

8.5.4.4 Würdigung

8.5.4.4.1 Vorliegend hat das Gericht einen Gesamtkonsens nachgewiesen, wonach das MA- und EO-System den acht Unternehmen, welche alle individuell an diesen Systemen beteiligt waren, *als Fundament zur einvernehmlichen Projektzuteilung* gedient hat (E. 8.2.5.4; 8.2.5.6).

8.5.4.4.2 Die MA- und EO-Listen weisen mit ihrer Gesamtorganisation auf ein System hin, das zwar einzelne Submissionen (Projekte) aufgreift, aber weit über diese hinausgeht (Strategie der projektübergreifenden Koordination). Die einzelnen Submissionen und Projekte sind also im Kontext mit dem MA- und EO-System und nicht losgelöst davon (d.h. nicht generell abstrakt im Voraus [mit Fokus auf das Thema der „einzelnen Submission“]) zu sehen (vgl. insb. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 554). Gestützt auf die Ausführungen in der Botschaft (der relevante Markt lässt sich naturgemäss nicht losgelöst von einem bestimmten Sachverhalt konkretisieren), dringt die Beschwerdeführerin nicht mit den Rügen durch, wonach eine projektbezogene Marktabgrenzung – d.h. losgelöst vom MA- und EO-System – sachgerecht gewesen wäre. Wenn auch die Marktsituation im Fall der *Strassenbeläge Tessin* (Urteil B-420/2008 E. 9.1.1) homogener als im vorliegenden Fall war und es sich dort immer um die gleichen ausschreibenden kantonalen Beschaffungsstellen handelte, vermag dies der Beschwerdeführerin nicht weiterzuhelfen. Sie kann sich auch nicht auf die Fälle der Aargauer Submissionsabreden stützen, da dort dieses sogenannte „Dach“ nicht hinreichend bewiesen wurde (E. 8.2.4.3.4), weshalb es in der Aargauer Konstellation sachgerecht war, auf Einzelsubmissionsmärkte abzustellen.

8.5.4.4.3 Was die Rügen zu den Teilmärkten betrifft, war die Konkurrenzsituation in den drei Teilmärkten zwar nicht dieselbe (siehe auch Verfügung Rz. 1238; act. [...] Tabellen 12-14). Allerdings haben die Unternehmen angegeben, dass sie sich mehrheitlich untereinander in den Teilmärkten – wenn auch unterschiedlich ausgeprägt – als Konkurrenten sehen (Verfügung Rz. 1061 [m.H. auf Fragebogen II Frage 4; act. [...], [...], [...], [...],

[...], [...], [...], [...]). Zudem haben die MA-Listen Projekte in allen drei Teilmärkten aufgelistet (Verfügung Rz. 567). Die Möglichkeit für ausschliessliche Tiefbauunternehmen Arbeitsgemeinschaften (ARGE) zu bilden, Subunternehmer zu beauftragen oder auftragsspezifische Gerätschaften zu mieten (Verfügung Rz. 1238), weist erst recht auf die Durchlässigkeit der Teilmärkte in Bezug auf den Gesamtmarkt im Strassen-/und oder Tiefbau hin (siehe dazu auch das Urteil B-3097/2018 E. 50 *Koch*, welches darlegt, dass eine Frist von zwei bis drei Jahren zur Erbringung einer Bauleistung ausreiche, um zumindest die Qualifikation als potentieller Wettbewerber zu erhalten). Demnach umfasst das MA- und EO-System den Strassen- und oder Tiefbaumarkt mitsamt seinen Teilbereichen. Die Vorinstanz hat auch entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin dargelegt, dass alle Teilbereiche vom inkriminierten Handeln betroffen sind. So waren die MA- oder EO-Listen auch nicht nach Teilmärkten gegliedert. Ein Teilmarkt kann demnach – wie ein projektspezifischer Markt – nicht losgelöst vom MA- bzw. EO-System betrachtet werden. Auf die Rüge, wonach die Beschwerdeführerin hauptsächlich im Gartenbau tätig gewesen sei, ist in den Erwägungen zur Sanktionierung (E. 11.4.2.5) näher einzugehen.

Die Beschwerdeführerin kann auch nicht entgegenhalten, dass die Vergabestellen (MA-System) oder die Bauherren von EO-Projekten, welche unbestrittenermassen die Marktgegenseite sind, konkrete Leistungen in Bezug auf ein bestimmtes Projekt nachfragen. Die Nachfrage der Bauherren zielt insgesamt auf Leistungen in allen drei Teilmärkten, also auf Leistungen innerhalb des Gesamtmarktes, ab. Denn alle drei Teilmärkte waren von den MA-Listen erfasst. Demnach wäre man – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Verfügung Rz. 1239 f.) – zum selben Resultat gekommen, wenn man auf die Teilmärkte abgestellt hätte.

8.5.4.4.4 Soweit die Beschwerdeführerin fordert, dass die im offenen Verfahren ausgeschriebenen, die freigegebenen Projekte sowie die EO-Projekte, für welche keine Zweitofferte eingeholt wurde, von der Marktabgrenzung auszuklammern seien, ist ihr zu entgegnen, dass die acht Unternehmen die Interessen an den MA- und EO-Projekten laufend thematisierten. Erst im Nachhinein ergab sich, ob eine Freigabe (MA-System) oder eine Zweitofferte (EO-System) erfolgte. Zudem wurde nicht jedes öffentlich ausgeschriebene Projekt freigegeben. Demnach zielen diese Rügen bereits auf die erfolgte Umsetzung, welche im Kontext mit der Gesamtabrede auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG nicht zu beachten ist (Urteil B-3096/2018 E. 49 *Foffa*). Ohnehin erfordert eine bezweckte Vereinbarung bloss eine objektive Geeignetheit einer Wettbewerbsbeschränkung (E. 8.4.1.4).

8.5.4.4.5 Die acht Unternehmen, welche auf beiden Listentypen mit den Ziffern 1-8 vermerkt waren, haben entschieden, „ob man sich bei einem Projekt Wettbewerb machen will/muss oder auch nicht“. Demnach haben das MA- und das EO-System eine „erga omnes-Wirkung“ betreffend die Projekte, welche diese Listen „durchlaufen“, da diese Projekte zumindest Gegenstand manipulierter Angebote sein konnten.

8.5.4.4.6 Die sachliche Marktabgrenzung der Vorinstanz zugunsten eines Gesamtmarktes im Strassen- und/oder Tiefbau ist somit nicht zu beanstanden.

8.5.5 Räumlich relevanter Markt

Die Beschwerdeführerin stellt die Ausführungen der Vorinstanz zum räumlich relevanten Markt nicht in Frage. Demnach ist die örtlich relevante Marktabgrenzung der Vorinstanz hinsichtlich der Bezirke See-Gaster, March und Höfe (Verfügung Rz. 1248) nicht zu beanstanden (vgl. dazu auch das Parallelurteil B-6844/2016 *Oberholzer E.* 8.5.5).

8.5.6 Zeitlich relevanter Markt

8.5.6.1 Im Rahmen der zeitlichen Marktbestimmung ist zu klären, in welchem Zeitraum substituierbare Angebote im massgeblichen geografischen Gebiet verfügbar bzw. nachgefragt sind (Urteil B-831/2011 E. 338 m.H. *Six; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG*, Art. 4 Abs. 2 KG N 116).

8.5.6.2 Die Beschwerdeführerin rügt, dass der vorliegende Markt kein Dauermarkt sei. Bei einem Dauermarkt müssten die Ausschreibungen laufend stattfinden. Zudem müsse die ausschreibende Stelle – wie im Fall der Strassenbeläge Tessin – immer dieselbe sein. Dies sei jedoch bei wiederkehrenden Kurzzeitmärkten wie hier nicht der Fall. Ausserdem müssten sich dieselben Parteien in Bezug auf eine grössere Anzahl von Projekten über längere Zeit gegenüberstehen (Beschwerde Rz. 314).

8.5.6.3 Soweit die Beschwerdeführerin die wiederkehrenden Kurzzeitmärkte und Heterogenität ins Feld führt, ist auf die sachliche Marktabgrenzung zu verweisen. Dies gilt auch für die Rüge, dass es sich vorliegend nicht um eine einzige ausschreibende Stelle gehandelt hat (E. 8.5.4.4.2). Wie bereits aufgeführt, waren die acht Unternehmen während des ganzen Untersuchungs-/Beurteilungszeitraums (vgl. E. 8.1, 10) mit den Ziffern 1-8 in den MA- und EO-Listen vermerkt. Sie sind sich im Markt des Strassen-

und /oder Tiefbaus durch die MA- und EO-Listen über den ganzen Untersuchungszeitraum gegenübergestanden. Demnach ist der Beschwerdeführerin nicht zu folgen, wenn sie vorliegend einen Dauermarkt verneint.

Zusammenfassend ist hinsichtlich des zeitlich relevanten Marktes auf den Beurteilungszeitraum des vorliegenden Verfahrens (E. 8.1) und nicht auf den Zeitraum pro Ausschreibung (vgl. Verfügung Rz. 1249) abzustellen.

8.5.7 Zwischenfazit zur Marktabgrenzung

Für die vorliegende Gesamtabrede ist der Markt zur Erbringung von Strassen- und/oder Tiefbauleistungen in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe im Beurteilungszeitraum (E. 8.1) relevant.

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).

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 Aussenwettbewerb widerlegt werden könne, da ohnehin eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bestehe (Verfügung Rz. 1262, 1265). Daher ist die Beschwerdeführerin auch nicht auf die Frage der Widerlegbarkeit der Vermutung eingegangen. Bestritten ist allerdings, ob die Vorinstanz das MA- und EO-System zu Recht unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG subsumiert hat. Soweit sich die Beschwerdeführerin auch auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bezieht, ist zu erinnern, dass die Vorinstanz vorliegend bloss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG geprüft und bejaht hat (E. 2.2 zum Streitgegenstand).

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 *Automobileasing 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). Hernach wird auf die Rügen, welche sich auf die beiden Vorabklärungen in Sachen Meldesysteme der Baumeisterverbände berufen (E. 9.4.4) sowie auf die Rügen, welche die direkte Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG verlangen, eingegangen (E. 9.4.5). 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 Vorbringen der Beschwerdeführerin

9.4.3.1.1 Die Beschwerdeführerin ist mit der Subsumption des MA- und EO-Systems unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG nicht einverstanden. Sie verlangt, dass eine tatsächlich systematische bzw. ein Muster einer Zuteilung von Bauprojekten an Geschäftspartner nachgewiesen wird. Mangels Dokumentbeweisen zu Einzelsubmissionsabsprachen sei der Vorinstanz der Nachweis einer solchen Zuteilung nicht gelungen. Selbst wenn der behauptete Informationsaustausch Abreden über die Zuteilung von Bauprojekten erleichtern könnte, wären damit aber weder einzelne noch ein System von Submissionsabsprachen bewiesen. Hierzu hätten der Vorinstanz auch die internen sowie interpretationsbedürftigen Listen von Hagdorn oder die statistischen Analysen zum Bieterverhalten nicht weiterhelfen können (Beschwerde Rz. 49 f.). Auf der Ebene von Art. 5 Abs. 3 KG fordert die Beschwerdeführerin ebenfalls – teilweise unter Berufung auf die

Urteile des BVGer *Nikon* (B-581/2012 E. 7.2.1, 7.2.3, 7.6) und *Baubeschläge – Koch I* (B-8430/2012 vom 23. September 2014 E. 6.3.1.17, 6.3.1.32) die Kausalität sowie die Umsetzung und Auswirkungen. Letztere seien gegeben, wenn möglichst viele Bauprojekte im Strassen- und/oder Tiefbaumarkt untereinander zugeteilt werden (Beschwerde Rz. 82, 237 ff., 278 ff.; 301 f.; Replik Rz. 78; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 54). Ohnehin habe die Beschwerdeführerin nie einer Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zugestimmt (Beschwerde Rz. 84).

9.4.3.1.2 Ausserdem fordert die Beschwerdeführerin den Vollbeweis von sämtlichen Tatbestandsmerkmalen nach Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art.

9.4.3.1.3 5 Abs. 3 Bst. c KG (Beschwerde Rz. 4, 60).

9.4.3.2 Standpunkte der Vorinstanz

9.4.3.2.1 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).

9.4.3.2.2 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 ausgegangen, da dieser nicht nur die *direkte*, sondern auch *indirekte* Zuteilungen von Märkten erfasse. Der vorliegenden Gesamtabrede 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. Daher habe die Gesamtabrede wie eine Geschäftspartnerabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG gewirkt (Verfügung Rz. 1219 f.). Sie sei auch auf den Abschluss von Einzelsubmissionsabreden gerichtet gewesen (Verfügung Rz. 1275), welche aber keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden müssten (Verfügung Rz. 1221).

9.4.3.2.3 Auch habe die soeben beschriebene Gesamtabrede bei ihrer Umsetzung zwangsläufig Preisabreden zur Folge, weshalb sie als volkswirtschaftlich schädlich zu qualifizieren sei, da sie es erlaube, unrentable

Kapazitäten zu erhalten. Dies führe – jedenfalls mittel- bis langfristig – zu ineffizienten Branchenstrukturen (Verfügung Rz. 1276 f.).

9.4.3.2.4 In ihrer Vernehmlassung hält die Vorinstanz an ihren Ausführungen fest. Sie präzisiert, dass der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG keine systematische Aufteilung von Märkten voraussetze. Auch sei kein kodifizierter Kontrollmechanismus erforderlich. Zudem sei nicht ersichtlich, warum eine Übereinkunft zwischen Konkurrenten, sich künftig ausgeschriebene Projekte eines bestimmten Wirtschaftsbereichs untereinander aufzuteilen, im Hinblick auf die Volkswirtschaft ein geringeres Schädigungspotential haben sollte als die projektbezogene Einzelsubmissionabrede (Vernehmlassung Rz. 39 ff., 43 m.H. auf Rz 1378 der Verfügung).

9.4.3.3 Grundlagen

9.4.3.3.1 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.

9.4.3.3.2 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*; Urteil 2C_785/2022 E. 5.6.2.2 *VPVW Stammtische/Projekt Repo* und B-4024/2021 E. 15.4.4 *Automobilleasing Ford Credit*).

9.4.3.3.3 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*).

9.4.3.3.4 Bei einer *Einzelsubmissionsabrede* sprechen sich 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 Abredeteiligen (*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 ausschreibenden Stellen als potentielle Geschäftspartner – einem der Abredeteiligen 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*).

9.4.3.3.5

9.4.3.3.5.1 Bei *Gesamt-, Rahmen- bzw. Systemabreden* (zum Charakter dieser Abredetypen vgl. E. 8.5.4.3.3) geht es um Submissionskartelle, die auf längere Zeit angelegt und oft mit einer aufwendigen Organisation verbunden sind (CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsab-

sprachen, 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).

9.4.3.3.5.2 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 das „Institut“ der Gesamtabrede seiner Effektivität beraubt, 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*).

9.4.3.3.5.3 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*).

9.4.3.4 Würdigung

9.4.3.4.1 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. 9.4.3.3.5.2 f.). 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, BBl 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 KG den Nachweis von Einzelabreden oder eine unmittelbare Kausalität betreffend die Wahl des Geschäftspartners fordern. In diesem Sinne ist auch dem Argument der Vorinstanz (Vernehmlassung Rz. 43 m.H. auf Rz. 1378 der Verfügung), wonach das Schädigungspotential bei Gesamtabreden viel grösser als bei einer projektbezogenen Übereinkunft (vgl. dazu auch E. 8.5.4.3.3) sei, zu folgen.

9.4.3.4.2

9.4.3.4.2.1 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. Bereits im Zusammenhang mit dem Gesamtkonsens wurde dargelegt, dass diesem auch die Zustimmung der acht Unternehmen sowie der Beschwerdeführerin inhärent ist (E. 8.2.5.5.2.2), weshalb die Beschwerdeführerin nicht auf eine fehlende Zustimmung auf der Ebene von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG schliessen kann. Soweit die Beschwerdeführerin die Beweiskraft der HA-Listen infrage stellt, ist auf die Ausführungen in E. 8.2.1.3.2 zu verweisen.

9.4.3.4.2.2 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. 9.4.3.4.3 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.

9.4.3.4.2.3 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 der ausgetauschten Daten: 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). Sie umfassten nicht historische Daten oder Projekte der Vergangenheit. 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 bekannt war, von welchem Unternehmen die Sterne auf den MAL oder die Eigenofferten auf den EOL stammten. Denn die acht Unternehmen waren über die Zuordnung der acht Unternehmen zu den Ziffern 1-8 (vgl. E. 8.2.1.1.2, 8.2.1.6.5 und Abbildung 2) im Bilde, da diese insbesondere die logische Konsequenz der Unternehmenskürzel und -logos auf den früheren MA-Listen bzw. der ersten EO-Listen waren. 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 von ausgetauschten Informationen: 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.

9.4.3.4.2.4 Im beschriebenen Kontext ist zusätzlich zu erwähnen, dass 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) es geradezu offensichtlich ist, dass es sich hierbei *nicht um eine Bagatelle* handeln kann.

9.4.3.4.2.5 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, da das MA- und EO-System als Fundament der einvernehmlichen Projektzuteilung diene. Auch auf der Ebene von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ist kein Nachweis eines systematischen Zuteilungsmechanismus oder ein Muster einer Zuteilung von Projekten erforderlich (E. 9.4.3.4.1 i.V.m. 8.2.4.3.1 f.), weshalb die Beschwerdeführerin mit der Rüge fehl geht, dass die Vorinstanz den Beweisanforderungen zu Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG nicht nachgekommen sei. Allerdings ist im Folgenden noch auf weitere diesbezüglich erhobene Rügen einzugehen.

9.4.3.4.3

9.4.3.4.3.1 Vorliegend wollten die beteiligten Unternehmen „*sich keinen oder nur so wenig Wettbewerb wie nötig*“ machen (E. 8.4.3.3), weshalb es auch entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine Rolle spielt, dass nicht alle bzw. möglichst viele Projekte zugeteilt wurden. 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*).

9.4.3.4.3.2 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*). Daher sind die Urteile *Nikon* (B-581/2012) und *Baubeschläge – Koch I* (Urteil B-8430/2012 E. 6.3.1.17, 6.3.1.32), aus welchen die Beschwerdeführerin ein Kausalitätserfordernis ableiten will, überholt (vgl. auch Urteil B-5919/2017 E. 258, 263, 286, 288, 302 *Baubeschläge – Koch II*; vgl. dazu auch E. 9.4.3.4.1). Demnach dringt die Beschwerdeführerin nicht mit den Rügen durch, dass die Vorinstanz keine Auswirkungen des beanstandeten Verhaltens abgeklärt habe. Soweit sie hierzu die statistische Analyse der Vorinstanz infrage stellt, erweisen sich die Rügen aus den dargelegten Gründen als unbegründet.

9.4.4 Vorabklärungen in Sachen Meldesystem Baumeisterverbände

9.4.4.1 Soweit sich die Beschwerdeführerin auf den *Schlussbericht zur Vorabklärung zum Meldesystem des Baumeisterverbandes* (RPW 2014/2 S. 373 ff., 378 f. Rz. 41 f.) beruft, und darlegt, dass bereits das Sekretariat der Vorinstanz ausgeführt habe, ein solches System sei nicht mit Art. 5 Abs. 3 KG gleichzusetzen (Beschwerde Rz. 104, 200 ff.), verkennt sie, dass die Ausführungen zum Meldesystem im Rahmen einer Vorabklärung und nicht anlässlich einer Untersuchung der Vorinstanz ergangen sind.

9.4.4.2 Darüber hinaus kann sich die Beschwerdeführerin auch nicht auf die vorinstanzlichen Ausführungen zum Meldesystem in den Verfügungen zu den *Aargauer Submissionsabsprachen* (RPW 2012/2 S. 270 ff., S. 274 Rz. 13) und den *Wettbewerbsabsprachen im Kanton Zürich* (RPW 2013/4 S. 524 ff., S. 565 Rz. 198) stützen. In diesen Verfügungen thematisierte die Vorinstanz eine *frühere* Vorabklärung betreffend den *Baumeisterverband* (RPW 2003/4 S. 726 ff.). Diese Vorabklärung ist jedoch noch vor der Einführung der direkten Sanktionen erfolgt und wurde in der Erwartung eingestellt, dass der Baumeisterverband sein Meldesystem aufgrund der Einführung der direkten Sanktionen nach Art. 49a KG am 1. April 2004 aus eigenen Stücken kartellrechtskonform anpassen wird (RPW 2003/4 S. 726 ff., 731 Rz. 10). Auf eine Untersuchungseröffnung wurde verzichtet, womit auch keine vertiefte, die Vorinstanz bindende, kartellrechtliche Analyse des damaligen Meldesystems erfolgen konnte. Ohnehin ist das MA-System anders als das Meldesystem aufgebaut. Beim MA-System ging es um die

Sammlung von Projektinformationen und von Interessen, die bereits vor den konkreten Ausschreibungen einsetzte, wohingegen die Meldesysteme der Baumeisterverbände erst bereits ausgeschriebene Projekte aufführten und lediglich Auskunft darüber erteilten, wer an der jeweiligen Ausschreibung teilnahm.

9.4.4.3 Soweit die Beschwerdeführerin rügt, das Meldesystem des Baumeisterverbandes sei verlässlicher als das MA-System gewesen, da beim Meldesystem die Namen der Offerenten offengelegt wurden und beim MA-System auch Unternehmen offeriert hätten, welche nicht mit Sternen versehen waren (Beschwerde Rz. 201), übersieht die Beschwerdeführerin zweierlei. Erstens war es auch unter dem Meldesystem nicht ausgeschlossen, dass Aussenseiter eine Offerte einreichten. So regte das Sekretariat der Vorinstanz in der ersten Vorabklärung zum *Meldesystem des Baumeisterverbandes* an, die Meldepflicht von eingereichten Offerten aufzuheben (RPW 2003/4 S. 726 ff., 728 Rz. 8). Ausserdem empfahl das Sekretariat in der zweiten Vorabklärung im Jahr 2014 (RPW 2014/2 S. 373 ff., 385 Rz. 86 f.), dass die Teilnehmer einer Ausschreibung die Identität oder Anzahl der weiteren Teilnehmer vor Eingabefrist nicht erfahren dürften. Zweitens sah das MA-System explizit vor, dass die Teilnehmer eine Angabe zur Intensität ihrer Interessen (ein oder zwei Sterne) an den jeweiligen Projekten tätigten. Ausserdem kannte das MA-System auch einen „Konfliktlösungsmechanismus“ (vgl. E. 8.2.5.3.4, 8.4.3.3).

9.4.4.4 Aus diesem Grund lassen sich die Schlussfolgerungen des Sekretariates in Sachen Meldesysteme sowie die Aussagen in den vorinstanzlichen Verfügungen zu den *Aargauer Submissionsabsprachen* und den *Wettbewerbsabsprachen im Kanton Zürich* in Bezug auf die Meldesysteme nicht telquel auf den vorliegenden Fall übertragen. Ohnehin hat das Sekretariat der Vorinstanz festgehalten (RPW 2014/2 S. 373 ff., 378 f. Rz. 41 f.), dass eine vertiefte Prüfung im Rahmen einer allfälligen Untersuchung zum *Meldesystem des Baumeisterverbandes* weitere Beweismittel zu Tage fördern könnte, was die Qualifikation von Art. 5 Abs. 3 KG zur Folge haben könnte; dies wurde jedoch im Rahmen der Vorabklärung offengelassen.

Zusammenfassend ist die vorinstanzliche Beurteilung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG nicht zu beanstanden.

9.4.5 Keine direkte Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG

9.4.5.1 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass es sich vorliegend – wenn überhaupt – um ein „weiches“ (bestrittenes) Kartell nach Art. 5 Abs. 1 KG gehandelt habe, was die Vorinstanz auch hätte prüfen sollen (Beschwerde Rz. 49). In den Aargauer Fällen (Urteile B-829/2012 E. 9.2.3 *Granella* und B-807/2018 E. 10.2.3 *Erne*) habe es auch einen Informationsaustausch (Fall 35) gegeben, den das Bundesverwaltungsgericht als Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG beurteilt habe (Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 48 ff.). Im Fall 35 habe es weder auf eine Preisabrede noch eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. a oder Bst. c KG) geschlossen. Dies müsse auch für den vorliegenden Fall gelten. Eine Gesamtabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG sei nach denselben Kriterien wie eine Einzelabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu beurteilen. Eine Einigung zur Zuteilung im Einzelfall erfülle diese Kriterien nicht (Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 49 f.). Auch wenn sich eines der acht Unternehmen nicht an einer Zuteilung im Einzelfall beteiligt habe, liege Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG nicht vor (Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 53).

9.4.5.2 Allerdings qualifizierte das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen *Automobilleasing Ford Credit* und *CA Auto Finance* – trotz einer ähnlichen Rüge in Bezug auf Fall 35 – einen Informationsaustausch, der das Potential hatte, eine Preisfestsetzung herbeizuführen, als Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG (Urteile B-4024/2021 E. 15.2.3.15 ff. *Automobilleasing Ford Credit*; B-4596/2019 *CA Auto Finance* E. 6.2.3.12 ff., 6.2.3.16; vgl. auch B-5919/2017 E. 286 *Baubeschläge – Koch II*). Gemäss Bundesverwaltungsgericht handelte es sich beim Fall 35 in den Aargauer Fällen um eine Einzelfallkonstellation. Dagegen ging es in den Fällen *Automobilleasing Ford Credit* und *CA Auto Finance* um ein komplexes Informationssystem mit dem Mechanismus eines Monitorings.

9.4.5.3 Dem vorliegenden Fall ist mit dem MA- und EO-System ebenfalls ein komplexes über Jahre andauerndes Informationsaustauschsystem mit einem Monitoring inhärent (E. 8.4.3.3. Dass es sich in casu um keine Einzelfallkonstellation (Einzelsubmissionsabrede) handelt, wurde bereits mehrfach thematisiert. Daher zielt die Rüge, Projekte, bei welchen es zu keiner Zuteilung gekommen ist, seien aus dem Gesamtkonstrukt und der Würdigung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG auszuklammern, ins Leere. Demnach besteht kein Grund, die beinahe gleiche Rüge zu Fall 35 anders als in den Urteilen *Automobilleasing Ford Credit* und *CA Auto Finance* zu behandeln. Da das vorliegende Informationsaustauschsystem

aber nicht Preise, sondern eine Projekt- und Geschäftsherrenzuteilung zum Inhalt hatte, geht es vorliegend um Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. E. 9.4.3.4.1 ff.). Sowohl die Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG wie auch von Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG erfolgte nach denselben Kriterien wie bei einer Einzelabrede, weshalb die Beschwerdeführerin nicht mit der Rüge durchdringt, dass vorliegend die Prüfung der Gesamtabrede nach anderen Kriterien erfolgt sei.

9.4.5.4 Ohnehin zielt die Rüge, die Vorinstanz habe Art. 5 Abs. 1 KG nicht geprüft, an der Sache vorbei. Da die Vorinstanz Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG bejaht hat, erübrigt sich die Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG.

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 Hagedorn 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 Hagedorn 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 von Hagedorn *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

- 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 Hagedorn (act. 16 S. 178 [ohne GG]):

Seite 109

- 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 Hagedorn 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 Beschwerdeführerin in der ARGE Walo/Toller bei diesem Projekt hinweisen (vgl. E. 6.4.2.3 f.). Allerdings steht die Handumkreisung mit zwei Sternen zugunsten der Walo im Einklang mit dem Ausgang der späteren Projektvergabe. Dies gilt zumindest für die Walo, da Aussagen, welche die Walo über sich selbst macht, keine weiteren Belege erfordern. Die Walo hat das Projekt entsprechend der Sterneintragung zugesprochen erhalten. In diesem Sinne dringt die Beschwerdeführerin nicht mit der Rüge (Beschwerde Rz. 179) durch, dass man von einem Nichtstattfinden der Sitzung zur MA 2009_16 ausgehen könne, da die Interessenlage der Walo nicht auf der Folgeliste MA 2009_19 vermerkt sei.

- 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 Hagedorn 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. Soweit die Beschwerdeführerin den Stern bestreitet (Beschwerde Rz. 250, 258, 264), ist auf E. 9.7.4.4.1 zu verweisen. In der HA-Liste (09-10556) ist dokumentiert, dass die Hagedorn Teilschutz (TI) am 24. April 2009 erhalten hat, was mit dem Öffertöffnungsprotokoll übereinstimmt, da ein externes Unternehmen (die W. _____ AG) ein tieferes Angebot eingereicht hat. Die Hagedorn erhielt das Projekt trotzdem mit der Oberholzer als ARGE zugesprochen (act. [...] S. 64,

77), weshalb der Handeintrag mit zwei Sternen zugunsten der Hagedorn mit dem Ausgang des mittels Einzelsubmissionsabsprache beeinflussten Vergabeverfahrens übereinstimmt. Die Vergabe an die ARGE HA/OB als zweitgünstigstes Gebot hängt vermutlich 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 Hagedorn nach Angaben der Walo auch von der Oberholzer erfolgreichen 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. Die Offertöffnung zum „2009-er-Projekt“ erfolgte am 28. April 2009 (act. [...] S. 77). Auf das Projekt und die diesbezüglichen Rügen wird vertieft in E. 9.7.4.4.1 eingegangen.

- 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 Implenla, HAL 09-10610; act. [...] S. 130 ff.):

Der Mitarbeiter der Hagedorn hatte das besagte 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 Implenla vermerkt. Die Offertöffnung war am 18. Mai 2009. Am 11. Juni 2009 hat die Implenla den Auftrag zugesprochen erhalten (vgl. act. [...] S. 130 ff.).

Soweit die Beschwerdeführerin rügt (Beschwerde Rz. 266), dass kein Stern zu diesem Projekt in den MA-Listen eingetragen war und demnach der Bezug zum MA-System fehle sowie ein interner Verweis in der HA-Liste nicht ausreiche, ist ihr zu entgegnen, dass die Angaben im Offertöffnungsprotokoll (act. [...] S. 130 ff.) mit der HA-Liste (09-10610) übereinstimmen (zur Beweisqualität der HA-Listen insgesamt: E. 8.2.1.3.2). Zu den Marktabklärungslisten ist insoweit der Bezug auch ohne Sterne erstellt, als dass das Projekt auf den MA-Listen aufgeführt war. Wie die MA 2009_16 zeigt, waren nicht alle besprochenen Projekte mit vorgedruckten Sternen versehen, obwohl die Unternehmen über diese Projekte gesprochen hatten.

- 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 auf der 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“ Namen „Projekt E“ erhalten hat.

Zudem hat der Vertreter der Hagedorn 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 den Zuschlag erhalten hat, was auch das Offertöffnungsprotokoll (act. [...] S. 65, 117) bestätigte. Demnach liegt kein Alleingang der De Zanet vor (vgl. E. 8.2.1.2.2.3), weshalb die Beschwerdeführerin fehlgeht (Beschwerde Rz. 177 i), wenn sie die Durchführung der Sitzung infrage stellt. Bei der Hagedorn, Implenja 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 Hagedorn bei diesem Projekt zugunsten der De Zanet, der Hagedorn, der Implenja 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 Hagedorn 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, Implenja aus dem Kreis der acht Unternehmen neben vier externen Unternehmen am 30. April 2009 sehr unterschiedliche Eingaben gemacht. Die Implenja hat auch ein deutlich tieferes Angebot als die Reichmuth eingereicht, was umso mehr zeigt, dass man sich nicht mehr an 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 Hagedorn die von Hand eingetragenen Sterne mit „Freigabe“ überschrieben hat. Demnach hat man 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 Hagedorn 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. Dies bestreitet die Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 263).

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 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 Beurteilungszeitraumes (11. Juni 2009). Wenn der Mitarbeiter der Hagedorn 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.). Deshalb kann die Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 179) aus dem Umstand, dass das besagte Projekt nicht mehr auf der Folgeliste MA 2009_19 erschienen ist, nicht schliessen, die Sitzung zur MA 2009_16 sei ausgefallen. 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 – in Übereinstimmung mit der Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 263) und 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 (vgl. Beschwerde Rz. 207 f.):

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 Hagedorn (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 Hagedorn 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. Demnach ist der Rüge, dass die HA-Liste nicht als Beweis für eine Absprache verwendet werden könne (Beschwerde Rz. 207) nicht zu folgen (vgl. auch E. 8.2.1.3.2.7).

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.

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 Hagedorn 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 Beschwerdeführerin 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. Allerdings ist ersichtlich, dass der Handeintrag nicht vollkommen bedeutungslos war, da erstellt ist, dass dasselbe Projekt wieder auf der MA 2009_22 erschienen ist und die Walo, Toller, De Zanet und Awestra Offerten zu diesem Projekt einreichten (act. [...], [...], [...] S. 6). Daher ist der Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz. 179) nicht zu folgen, wenn sie aufgrund der Nichtnennung des Projektes auf der MA 2009_19 auf das Nichtstattfinden der Sitzung schliessen will.

- 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 [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 [der zuständigen Gemeinde] das Projekt der Implenja zugesprochen. Die Offertöffnung 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 Hagedorn 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.). Ohnehin gab die Walo als zweite Selbstanzeigerin an, dass die Awestra ebenfalls ein Angebot gemacht hat (act. [...] Rz. 38). 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 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 Hagedorn 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 (siehe dazu auch E. 1.2).

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

9.7.4.1 Soweit die Beschwerdeführerin sich auf die Projekte („B - [...]“ [E. 9.7.3.2], „G - [...]“ [E. 9.7.3.3, 9.7.3.3.3] und H - „[...]“ [E. 9.7.3.4]) bezieht, um darzulegen, dass die Sitzung zur MA 2009_16 nicht stattgefunden hat (Beschwerde Rz. 179), ist auf die Ausführungen zu diesen Projekten zu verweisen, wo aufgezeigt wurde, dass sie mit diesen Rügen nicht durchdringt.

9.7.4.2 So weist auch die Systematik in den Handnotizen zur MA 2009_16 auf das Stattfinden der Sitzung hin: Die Sterneintragungen waren jeweils – unabhängig davon, ob diese 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 Hagedorn das Projekt insgesamt durchgestrichen hat. Die Hagedorn 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 Hagedorn zwei neue Projekte („G - [...]“ und „H -

[...]“) von Hand auf die Liste, was auch im Alleingang keinen Sinn ergeben hätte.

9.7.4.3 Was die Teilnahme der Unternehmen an der Sitzung zur MA 2009_16 angeht, so ist alleine schon die Teilnahme der *Hagedorn* wegen der Handnotizen auf der MA 2009_16 erstellt. In Bezug auf die Sitzungsteilnahme der *Oberholzer* ist auf das Parallelurteil B-6844/2016 E. 9.7.4.3 zu verweisen. Zudem waren bei den Unternehmen 1 bis 7 handschriftlich Sterne, wenn auch nicht alle mit Einkreisungen, vermerkt, was 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 *Hagedorn* ein Sitzungsplan für das Jahr 2009 mit Handanmerkungen eines Mitarbeiters der *Hagedorn* 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 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, betreffen diese insgesamt acht der Handeintragungen, unabhängig davon, ob es Sterne oder Durchstreichungen waren.

9.7.4.4

9.7.4.4.1 Was die Teilnahme der Beschwerdeführerin (*Ziffer 7*) angeht, ist beim Projekt „[C]“ ein Stern von Hand vermerkt. Soweit die Beschwerdeführerin rügt, dass die von Hand vermerkten Sterne zu diesem Projekt nicht an der Sitzung eingetragen worden seien und demnach nicht auf die Meldung der entsprechenden Unternehmen zurückgehen würden, ist auf die obigen Ausführungen in E. 9.7.4.2 f. zu verweisen, wo aufgezeigt wurde, dass die Handanmerkungen eine Systematik aufweisen und im Alleingang gar keinen Sinn ergeben würden. Die Beschwerdeführerin hat ausserdem bei diesem Projekt eine Eingabe zusammen mit der *De Zanet* als ARGE gemacht, welche höher als die der zuschlagsempfangenden ARGE *Hagedorn/Oberholzer* war.

Bei der *Hagedorn* waren bei diesem Projekt zwei eingekreiste Sterne versehen. Es ist zumindest erstellt, dass die ARGE *Toller/De Zanet* nicht die ARGE *Hagedorn/Oberholzer* unterboten hat, sondern dass die ARGE *De*

Zanet/Toller entsprechend den Handnotizen und dem HAL-Eintrag eine höhere Eingabe als die ARGE Hagedorn/Oberholzer gemacht hat. Die Beschwerdeführerin rügt weiter (Beschwerde Rz. 265), eine Offerte als ARGE sei mit mehr Aufwand (Gründung der ARGE, Abstimmung der Offerte, Abrechnung innerhalb der ARGE etc.) verbunden als eine einzelne Offerte. Damit verkennt sie aber, dass auch ARGE's nur zum Schein gegründet werden können, weshalb die generelle Aussage, eine Offerte als ARGE sei mit mehr Aufwand verbunden, so nicht zutrifft. Zwar ist das Argument der Beschwerdeführerin, dass sie weder mit der De Zanet noch mit Walo in Bezug auf ein „Mega-Projekt“ im Jahre 2008 im Streit gestanden sei (Beschwerde Rz. 250), nicht von der Hand zu weisen. Soweit die Beschwerdeführerin hiermit aber dartun will, dass sie sich im relevanten Zeitraum nicht mehr am beanstandeten Handeln beteiligt habe, ist auf E. 10.15 zu verweisen. Dass die ARGE Hagedorn/Oberholzer mit dem zweitgünstigsten Angebot nach der W. _____ AG trotzdem den Zuschlag erhalten hat, zeigt auch, dass bei diesem Projekt, das eine zentrale Strasse in [...] zum Gegenstand hatte, ARGE's wohl gefragt waren. Das Argument, wonach die W. _____ AG eine tiefere Offerte eingereicht habe (Beschwerde Rz. 264), vermag der Beschwerdeführerin nicht weiterzuhelfen, da auch Koordinierungen, bei welchen sich nicht alle Unternehmen beteiligen, kartellrechtlich heikel sind, zumal die W. _____ AG nicht zum Kreise der acht Unternehmen gehörte. 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.

9.7.4.4.2 Ebenfalls hat die Beschwerdeführerin beim Projekt „G [...]“ (E. 9.7.3.3) höher (act. [...] S. 25, 87 f.) als die geschützte Walo (Sterneintragung von Hand) bzw. die Oberholzer (falscher Eintrag auf der HAL 09-10588) und beim Projekt „D [...]“ (E. 9.7.3.2) höher als die auf der HA-Liste (09-10610) geschützte Implenja geboten. Auch wenn bei diesen Projekten keine Sterneintragungen betreffend die Beschwerdeführerin vorhanden waren, ist doch ersichtlich, dass sie sich entsprechend dem, was im Kreise der acht Unternehmen besprochen wurde, verhalten hat. Das Gegenteil wäre indiziert gewesen, wenn die Beschwerdeführerin die soeben genannten Unternehmen bei den besagten Projekten unterboten hätte.

Dass die Awestra für das Projekt „G [...]“ den Zuschlag erhielt, vermag dem Gesagten nicht entgegenzustehen. Denn die Awestra gehörte nicht zu den acht Unternehmen und hatte somit von den Inhalten der MA-Sitzungen und-Listen keine Kenntnis. Ohnehin ging es um einen Teilschutz „TI“, wes-

halb das tiefere Angebot der Awestra nicht dem „TI“ entgegensteht, da ersichtlich ist, dass sich die weiteren Unternehmen doch abgesprochen haben.

Auch legt das Offertöffnungsprotokoll zum Projekt „D [...]“ dar, dass alle beteiligten Unternehmen ihre Eingabe weit über dem von der Gemeinde genehmigten Kredit (act. [...] S. 132) tätigten.

Diese Umstände vermögen insgesamt auf eine Schutzgabe der Beschwerdeführerin zu schliessen.

9.7.4.4.3 Was das „[...]“ (Projekt B) anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, dass einzig die Walo die Aussage gemacht hat, sie habe dieses Projekt zusammen mit der Beschwerdeführerin als ARGE ausgeführt (act. [...], Fragebogen II, Frage 21). Weitere Beweise, dass die Beschwerdeführerin in eine ARGE zu diesem Projekt involviert war, existieren nicht in den Akten (E.9.7.3.2 m.H. auf 6.4.2.3 f.). Demnach lassen sich aus diesem Projekt in Bezug auf die Beschwerdeführerin keine Schlussfolgerungen ziehen.

9.7.4.4.4 Was die Beschwerdeführerin betrifft, so ist auch ohne das Projekt „B“ ([...]) erstellt, dass sie im Sinne des an der Sitzung Besprochenen gehandelt hat, was auf Ihre Sitzungsteilnahme an der MA 2009_16 schliessen lässt.

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) 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 Die Beschwerdeführerin macht weiter eine Verfolgungsverjährung geltend. Sie beruft sich alternativ auf die Fristen in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, Art. 11 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) i.V.m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b StGB sowie auf Art. 97 Abs. 1 Bst. d StGB. So seien, unabhängig davon, ob eine Verjährungsfrist vier, fünf oder sieben Jahren daure, die Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheides vom 8. Juli 2016 (vgl. Art. 97 Ziff. 3 StGB) verjährt. Denn die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass die Gesamtabrede bis im Juni 2009 gedauert habe, was eine Zeitspanne von mehr als sieben Jahre bis zum erstinstanzlichen Entscheid im Juli 2016 ergeben habe (Beschwerde Rz. 333-336; Replik Rz. 34 ff.).

Die Beschwerdeführerin legt ausserdem dar, dass die letzten kartellrechtlich bedenklichen Handlungen mehr als fünf Jahre seit der Untersuchungseröffnung zurück liegen und die fünfjährige Frist in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG verstrichen sei. So seien in den Jahren 2008 und 2009 keine kartellrechtlich bedenklichen Handlungen mehr erfolgt. Gegenüber der Beschwerdeführerin sei die Untersuchung – im Gegensatz zu sechs anderen Unternehmen – ohnehin erst am 21. Oktober 2013 (statt am 15. April 2013) eröffnet worden, weshalb bei der Beschwerdeführerin im Sinne einer unternehmensbezogenen (und nicht einer tatbezogenen) Betrachtung der 21. Oktober 2008 – und nicht der 15. April 2008 [recte: 16. April 2008] – das richtige Datum zur Berechnung der fünfjährigen Frist nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei (Beschwerde Rz. 14, 327 ff., Replik Rz. 42).

Des Weiteren bringt die Beschwerdeführerin vor, dass Art. 49 Abs. 3 Bst. b KG das Wort der „Ausübung“ verwende, weshalb bei der Beurteilung, ob die behauptete Gesamtabrede tatsächlich noch im relevanten Zeitraum ausgeübt worden sei, auf die effektive Umsetzung abzustellen sei (Beschwerde Rz. 14, 332). Die bloss passive Rolle der Beschwerdeführerin entspreche keiner Ausübung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG (Replik Rz. 43). Die Beschwerdeführerin sei in den Jahren 2008 und 2009 auch nicht an einer einzigen (isolierten) Submissionsabrede involviert gewesen, was auch für die EO gelte (Beschwerde Rz. 13.6, 227 ff., 234 ff., 255 ff., 257 ff., 268 ff., 274 ff.). Zudem sei die Beschwerdeführerin letztmals am 12. Juni 2008 auf einer Hagedorn-Liste genannt (Beschwerde Rz. 8.4, 276 f.). In den Jahren 2008 und 2009 hätten kaum Sitzungen stattgefunden und die Beschwerdeführerin habe an diesen nicht teilgenommen. So könne

die Vorinstanz aus den Sitzungseinladungen und den mutmasslichen Interessensbekundungen auf den MA-Listen nicht auf eine Durchführung bzw. Teilnahme an den Sitzungen schliessen (Beschwerde Rz. 5.1, 169 ff.). Aufgrund eines Streites betreffend ein „Mega-Projekt“ hätte ohnehin die Zusammenarbeit nur bis im Frühling 2008 gedauert (Beschwerde Rz. 5.8, 245 ff.).

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. 104 ff.). Die fünfjährige Frist in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG sei tat- und nicht unternehmensbezogen auszulegen (Verfügung Rz. 1424 ff., 1428 ff.; Vernehmlassung Rz. 98). Auch sei bewiesen, dass die Tathandlungen bis Mitte 2009 andauerten (Vernehmlassung Rz. 97 m.H.).

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 Verfolgungsverjährungsfristen aus dem StGB und dem VStrR geltend macht, zielen diese Rügen offensichtlich an der Sache vorbei und sind zwischenzeitlich durch die neuere bundesgerichtliche Praxis überholt. Dasselbe gilt, wenn die Beschwerdeführerin aus Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG oder aus Art. 54 ff. KG eine Verfolgungsverjährungsfrist herleiten will (E. 10.3).

10.5 Das Bundesverwaltungsgericht hat sodann mit den Urteilen vom 9. August 2021 B-5119/2019 *Centorame* (E. 5, insb. E. 5.6) und B-5130/2019 *Schlub* (E. 5, insb. E. 5.7) entschieden, dass die fünfjährige Frist in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG tat- und nicht unternehmensbezogen zu

verstehen ist (vgl. ebenso BSK KG – TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a KG N 242a). Demnach muss sich die Beschwerdeführerin die tatbezogene Berechnung der Fünfjahresfrist in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gefallen lassen. Das sind fünf Jahre vor der allgemeinen Untersuchungseröffnung am 15. April 2013 und nicht fünf Jahre vor der individuellen Untersuchungseröffnung am 21. Oktober 2013 gegenüber der Beschwerdeführerin. Demnach ist für die Berechnung der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG im Zusammenhang mit dem vorliegenden Dauerverstoss zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin ab dem 16. April 2008 (und nicht erst ab dem 21. Oktober 2008) und vor dem 11. Juni 2009, dem Datum der [mutmasslich] letzten Sitzung (vgl. 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 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, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 326/47], S. 167, nachfolgend: HARRER). Betreffend 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. 494). 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. 6.4.2.1 f. 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. 8.2.5.5.2.2). Ausserdem hatte die Beschwerdeführerin durch die Mails Einblick in die MA- und EO-Listen, weshalb sie jeweils wusste, welche Projekte aktuell zur Diskussion stan-

den. Wie die Erwägungen 10.10 bis 10.15 aufzeigen, hat sich die Beschwerdeführerin selbst am Verhalten beteiligt, weshalb – entgegen ihrer Auffassung (Beschwerde Rz. 169, 172) – nicht von einem Automatismus die Rede sein kann.

Soweit sich die Beschwerdeführerin auf eine interne Aktennotiz bezieht, in welcher sie selbst zum Beendigungszeitpunkt der verschiedenen Handlungen Stellung nimmt (Beschwerde Rz. 162 m.H. auf act. [...] S. 9 ff.), kann daraus keine offene Distanzierung abgeleitet werden. Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz sich in der Verfügung nicht zu dieser Aktennotiz geäußert habe, obwohl die Beschwerdeführerin diese Notiz bereits in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag (act. [...] Rz. 45, 90, 182, 185) erwähnt habe. Allerdings nimmt die Verfügung zu den in der Notiz aufgeworfenen Themen Stellung, weshalb hier offensichtlich keine Verletzung der Begründungspflicht vorliegt.

Was den Beweis betreffend die Distanzierung anbelangt (vgl. Beschwerde Rz. 180, Replik Rz. 74), kann die Beschwerdeführerin nicht zu hohe Anforderungen an die Vorinstanz in Bezug auf den Untersuchungsgrundsatz stellen, da die Beschwerdeführerin auch einer Mitwirkungspflicht unterliegt (Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 40 KG; vgl. E. 6.1.3). 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*). Zudem wäre es im Interesse der Beschwerdeführerin gewesen, einen solchen Beweis (Austrittserklärung) vorzulegen. Ausserdem hat sich die Vorinstanz mit der Anwesenheit der Beschwerdeführerin an den verschiedenen MA-Sitzungen in der Verfügung auf mehr als zehn Seiten differenziert auseinandergesetzt und sich nicht bloss auf eine allfällig fehlende Austrittserklärung gestützt (Verfügung Rz. 479-514; zur Sitzungsteilnahme E. 10.10 ff.). Deshalb dringt die Beschwerdeführerin nicht mit der Rüge (Beschwerde Rz. 5.1, 168 ff., 170, 174) durch, die Vorinstanz habe aufgrund fehlender Absagemails oder der Interessenlage auf ihre Sitzungsteilnahme geschlossen.

10.8 Soweit sich die Beschwerdeführerin auf ihre individuelle bzw. passive Rolle beruft, ist dies nicht Gegenstand der Verwirkung bzw. Verjährung, sondern einer allfälligen Sanktionierung bzw. Sanktionsbemessung (E. 11.4.5.4).

Was die Rügen betreffend die „*Ausübung*“ bzw. „*effektive Umsetzung*“ innerhalb der Fünfjahresfrist nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG (Beschwerde Rz. 14, 332; Replik Rz. 43) betrifft, so ist erneut darauf hinzuweisen, dass eine Gesamtabrede nicht eine Vielzahl von „Einzel-“ bzw. „Umsetzungsabreden“ erfordert (Urteile B-3096/2018 E. 49, 67 *Foffa* und B-3290/2018 E. 53 *Lazzarini*). Es würde der Systematik des Kartellrechts widersprechen, wenn an Art. 49 Abs. 3 Bst. b KG höhere Anforderungen gestellt würden als an die Abrede selbst nach Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG. In diesem Sinne stützte sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-3290/2018 (E. 182 m.H.) *Lazzarini* bei der Beurteilung der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG auf den Gesamtkonsens nach Art. 4 Abs. 1 KG und eine horizontale Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst c KG).

10.9 Im Folgenden wird an einzelnen Projekten aufgezeigt, dass noch Umsetzungshandlungen betreffend die Teilnahme durch die Beschwerdeführerin am Gesamtkartell (MA- und EO-System) ab dem 16. April 2008 erfolgt sind (E. 10.10 bis 10.15).

10.10 Sitzungsplanung/Teilnahme an 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. 8.2.5.5.2.2). 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 Listen 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.).

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 geradezu die Sitzungsteilnahme exemplarisch ist (E. 8.2.5.5.2.2; E. 10.7). Zusätzlich sind insbesondere die E-Mails samt MA- und EO-Listen bzw. die mit dem MA-System verbundenen Handlungen von Relevanz.

10.10.3 Die Beschwerdeführerin fungierte im beurteilungsrelevanten Zeitraum ab Mitte April 2008 auf der Terminliste des Jahres 2008 (act. [...] S. 259 [Selbstanzeiger-Akten]), konkret am 5. Juni und am 16. Oktober 2008, als Gastgeberin (vgl. auch Verfügung Rz. 498). Das Datum vom 16. Oktober 2008 (MA 2008_42) ist nicht bestritten. Was das Datum vom 5. Juni 2008 (MA 2008_23) betrifft, so ist anhand der Ausführungen zu den Projekten „[α]“ (E. 10.11.1), „[Belagssanierung β-Strasse]“ (E. 10.11.2) und „[δ-Strassen]“ (E. 10.11.3) erstellt, dass diese Sitzung in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin stattgefunden hat. Bei den Ausführungen zu diesen Projekten wird auch ersichtlich, dass es – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – durchaus möglich ist, anhand von Interessenbekundungen im Lichte des Gesamtkontextes auf eine Sitzungsteilnahme zu schliessen.

In Bezug auf das Jahr 2009 bestreitet die Beschwerdeführerin das Stattfinden der Sitzung vom 16. April 2009 (Beschwerde Rz. 179). Es ist jedoch erstellt, dass diese Sitzung stattgefunden und auch die Beschwerdeführerin daran teilgenommen hat (E. 9.7.4, 9.7.4.4). Im Jahr 2009 fungierte die Beschwerdeführerin jedoch nie als Gastgeberin, da die Sitzung am 2. April 2009, bei welcher der Beschwerdeführerin die Rolle als Gastgeberin zugeacht worden wäre (Terminliste des Jahres 2009: act. [...] S. 451 f.; 456, act. [...] S. 13 [Selbstanzeiger-Akten], act. [...] S. 195 [ohne GG] kurzfristig abgesagt wurde (Verfügung Rz. 310, 498; Abbildung 1 (entspricht Tabelle 1 der Verfügung)).

10.10.4 Dass die Beschwerdeführerin im beurteilungsrelevanten Zeitraum an den Sitzungen vom 14. August 2008 (MA 2008_33), 11. Dezember 2008 (MA 2008_50), 26. Februar 2009 (MA 2009_09) und 7. Mai 2009 (MA 2009_19) ferngeblieben ist, zeigt die Verfügung in Rz. 497 auf. Was die Rügen (Beschwerde Rz. 182 ff.) zur Abwesenheit der Sitzung am 19. Juni 2008 (Abnahme einer Lehrabschlussprüfung) betrifft, so ist auf die Erwägung 10.11.2.2 zu verweisen.

10.11 Schutznahmen

10.11.1 In Bezug auf das Projekt „[α]“ (MA WEKO Nr. 441 [berücksichtigt]; Verfügung Tabelle 8; HAL 08-9912) ergibt sich aus den Akten, dass das Projekt auf den Listen MA 2008_25, MA 2008_27 und MA 2008_29 zu finden ist. Auf diesen MA-Listen ist zu diesem Projekt jeweils bei der Hagedorn, der Implenia, der Walo Bertschinger und der Toller ein Stern vermerkt. Die letzte Sitzung, bevor dieses Projekt überhaupt auf eine MA-Liste

gekommen ist, hat am 5. Juni 2008 bei der Toller (MA 2008_23) stattgefunden (Verfügung Rz. 498). Dass auf der MA 2008_25 zu diesem Projekt Sterne auftauchen, indiziert, dass man an der Sitzung der MA 2008_23 am 5. Juni 2008 das Projekt besprochen hat. Ebenfalls ist bei diesem Projekt am 12. Juni 2008 ein „S“ zugunsten der Toller auf der HA-Liste versehen (HAL 08-9912). Dies war eine Woche nach der Sitzung vom 5. Juni 2008 zur MA 2008_23. Ausserdem hat die Beschwerdeführerin ihre Eingabe mit einer niedrigeren Offertsumme (Fragebogen zu den EO vom 21. März 2014, act. [...], Frage 10a i.V.m. Beilage 5, [Gesamtoffertliste der Toller von 2006-2009, Nummer...] und konsolidierte Liste der Beschwerdeführerin, act. [...]) als die Hagedorn (HAL 08-9912) eingereicht. Die Rüge (Beschwerde Rz. 261), wonach man nicht auf eine Abrede schliessen könne, wenn das Projekt in den oben genannten MAL einen Stern habe und auf den HA-Listen mit dem Buchstaben „S“ versehen sei, zielt an der Sache vorbei: Es liegen bei diesem Projekt – wie soeben ausgeführt – mehrere Indizien vor, welche kongruent sind und auf eine Vereinbarung schliessen lassen. Die definitive Schutzzuteilung „S“ auf der HAL zugunsten der Toller ist auf den 22. Juli 2008, also wenige Tage nach der Sitzung vom 17. Juli 2008 (MA 2008_29) datiert, was eine Schutznahme der Toller umso mehr unterstreicht, da die darauffolgenden MA-Listen das Projekt nicht mehr nannten.

10.11.2

10.11.2.1 In Bezug auf das Projekt „Belagssanierung ß-Strasse“ (DOP Nr. 645; act. [...] S. 142 f.; MA WEKO Nr. 487 [berücksichtigt]; [...]) ist unbestritten (vgl. Beschwerde Rz. 178; act. [...] Rz. 159; act. [...], Eingabe der Beschwerdeführerin vom 18. März 2015, S. 2 f.), dass dieses Projekt erstmals am 13. Dezember 2007 in der EO 2007_50 (Nummer 939) erschienen ist. Die Beschwerdeführerin hat die Meldung zu diesem EO-Projekt gemacht. Ungefähr sieben Monate später erscheint das Projekt (zuerst ohne Sterne) auf der MA_2008_25 (Sitzungsdatum 19. Juni 2008). Auf den MA 2008_27 und MA 2008_29 (Sitzungen vom 3. und 17. Juli 2008) ist das Projekt zugunsten der Beschwerdeführerin mit *zwei* Sternen versehen. Bei der De Zanet, der Implenja und der Bernet Bau waren jeweils ein Stern eingetragen. Anhand des Offertöffnungsprotokolls der Gemeinde [...] (act. [...] S. 142 f.) ist ersichtlich, dass der Gemeinderat der Beschwerdeführerin das Projekt am 24. Juli 2008 zugesprochen hat, da sie das günstigste Angebot eingereicht hat.

10.11.2.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet allerdings aufgrund eines Experteinsatzes für Lehrabschlussprüfungen ihre Anwesenheit an der MA-

Sitzung zur MA 2008_25 vom 19. Juni 2008 um 17 Uhr (Beschwerde Rz. 182-184; vgl. Beschwerde Beilage 4, provisorisches Einladungsschreiben zur Prüfungsexpertise; Replik Rz. 74), auf welcher das Projekt erstmals genannt war. Die MA 2008_25 dürfte für die neuen Sterne auf der MA 2008_27 von Relevanz gewesen sein. Sie meint, die De Zanet hätte in ihrer Abwesenheit die Sterne für die MA 2008_27 gesetzt (Beschwerde Rz. 178; siehe auch E. 8.2.1.2.2.3, 8.2.5.2). Allerdings handelt es sich bei dem von der Beschwerdeführerin beigelegten Einladungsschreiben nicht um das definitive Aufgebot. Es bestand auch die Möglichkeit, Terminüberschneidungen kund zu tun. Wenn also die Prüfungsabnahme nicht allzu spät in den Nachmittag dauerte, war parallel dazu der Besuch der besagten MA-Sitzung durchaus möglich. Die Vorinstanz hat zwar nicht in der Verfügung (Rz. 323), aber in ihrer Vernehmlassung (Rz. 63 m.H.) darauf hingewiesen, dass sich [ein Mitglied der Geschäftsleitung] von [einem Mitglied des Verwaltungsrats] habe vertreten lassen. In diesem Fall wäre auch die Beschwerdeführerin an der besagten Sitzung vertreten gewesen.

10.11.2.3 Des Weiteren ist anhand der Gesamtumstände auf eine Schutznahme der Beschwerdeführerin zu schliessen: Das besagte Projekt war erstmals auf der EO 2007_50 (Nummer 939) aufgeführt und es erhielt erst mit der MA 2008_25 den Status eines MA-Projektes. Deshalb war das Interesse der Beschwerdeführerin bereits durch das EO-Projekt bekannt, weshalb sie auch im Falle ihrer unwahrscheinlichen Abwesenheit an der Sitzung zur MA 2008_25 nicht folgern kann, dass die De Zanet die Sterne unabhängig gesetzt habe (E. 8.2.1.2.2.3, 8.2.5.2). Es ist möglich, dass man bereits an der Sitzung von 5. Juni 2008 (MA 2008_23) über das Projekt gesprochen hat, weshalb das Projekt erstmals auf der MA 2008_25 stornelos erschienen ist. Sowohl bei der EO- wie auch bei der MA-Version dieses Projektes sind die Offertsummen identisch (Offertsumme: [...] Fr.; Fragebogen zu den EO vom 21. März 2014, act. [...], Frage 10a i.V.m. Beilage 5 Gesamtoffertliste der Toller von 2006-2009, Nummer der EO-Projektversion [...], Nummer der MA-Projektversion [...]). Wenn bei der öffentlichen Ausschreibung als MA-Projekt der Wettbewerb wirklich gespielt hätte, dann hätte die Beschwerdeführerin ihre Offertsumme den geänderten Umständen anpassen müssen, was sie aber nicht getan hat. Dies indiziert, dass die Beschwerdeführerin auch im Falle ihrer unwahrscheinlichen Abwesenheit an der Sitzung vom 19. Juni 2008 Schutz erhalten hat.

10.11.3 Was das Projekt „Ö-Strassen“ angeht (MA WEKO Nr. 139; DOP Nr. 538, Verfügung Tabelle 8), so ist dieses Projekt auf den Marktabklä-

rungslisten MA 2008_10 bis MA 2008_23 zu finden. Auf keiner Marktabklärungsliste weist das Projekt Sterne auf. Auf der Hagedorn-Liste (HA-08-9891) ist ersichtlich, dass die Toller Teilschutz (TS) am 6. Juni 2008 erhalten hat. Aus dem Offertöffnungsprotokoll der Gemeinde [...] (act. [...], S. 8, 43 ff.) geht hervor, dass die Westrag das Projekt am 24. Juni 2008 zugesprochen erhalten hat. Die HA-Liste trägt die Bemerkung „Absage“, datiert mit dem 12. Juli 2008. Der Rüge der Beschwerdeführerin, wonach das Projekt ohne Sterne keinen Bezug zu den Marktabklärungslisten habe, kann nicht gefolgt werden. Die Offertöffnung hat am 16. Juni 2008 (act. [...], S. 7f., 43 ff.) stattgefunden. An der Marktabklärungssitzung vom 19. Juni 2008 (MA 2008_25), welche drei Tage nach der Offertöffnung erfolgte, war das Projekt nicht mehr auf der Liste. Demnach ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch ohne Sterne ein Bezug zu den Marktabklärungslisten erstellt. Hinzu kommt die Tatsache, dass die Marktabklärungssitzung zur MA 2008_23 am 5. Juni 2008, welche zum letzten Mal das Projekt nennt, im Unternehmen der Beschwerdeführerin stattgefunden hat. Anhand der Höhe der Angebote (vgl. act. [...] S. 8) und dem Eintrag auf der HAL (HA-08-9891) vom 6. Juni 2008 muss es zu einer mündlichen Einigung an der Sitzung vom 5. Juni 2008 gekommen sein, weshalb umso mehr die aktive Rolle der Beschwerdeführerin als Gastgeberin bei dieser Sitzung erstellt ist. Der Umstand, dass die Westrag den Zuschlag erhalten hatte, bestätigt umso mehr, dass die „TS“-Eintragung nicht vollkommen aus der Luft gegriffen war und dass man sich trotz des Konkurrenzdrucks der Westrag gegenseitig unter den acht Unternehmen Schutz eingeräumt hat. Die Westrag hat das tiefste und die Beschwerdeführerin das zweit-tiefste Angebot eingereicht (vgl. zum selben Projekt, Parallelurteil B-6844/2016 E. 10.12.2 *Oberholzer*).

10.11.4 Insgesamt ergibt sich, dass der Beschwerdeführerin auch im beurteilungsrelevanten Zeitraum nach dem 16. April 2008 Schutz bzw. Teilschutz gewährt worden ist. Jedoch kann der Beschwerdeführerin, wie es auch die Verfügung (Rz. 713) darlegt, für das Jahr 2009 keine Schutznahme mehr nachgewiesen werden. Betreffend das Projekt B - „[...]“ ist die Beweislage in Bezug auf die Beschwerdeführerin, wonach diese zusammen mit der Walo als ARGE Schutz erhalten habe, nicht genügend erhärtet (E. 9.7.3.2 m.H. auf 6.4.2.3 f; 9.7.4.4.3).

10.12 Was *Schutzgaben* der Beschwerdeführerin betrifft, ist auf die Ausführungen zur MA 2009_16 in E. 9.7.4.4 zu verweisen.

10.13 Was das *Geltendmachen von Interessen* angeht, so ist gemäss den Ausführungen zur MA 2009_16 (E. 9.7) und zu den Projekten „[α]“ (E. 10.11.1), „[Belagssanierung β-Strasse]“ (E. 10.11.2) und „[δ-Strassen]“ (E. 10.11.3) erstellt, dass die Beschwerdeführerin noch zwischen dem 16. April 2008 und dem 11. Juni 2009 Interessen geltend gemacht hat.

10.14 EO-Listen

10.14.1 Die Beschwerdeführerin hat noch bis zur letzten EO 2009_24 im Juni 2009 Projekte (Nr. 1745 und 1746) gemeldet. Weiter existieren in der EO 2009_22 sechs neue mit Fettschrift hervorgehobene von der Beschwerdeführerin gemeldete Projekte (Nr. 1708-1713). Was die EO 2009_19 angeht, so ist diese nicht in den Akten zu finden (Verfügung Rz. 874). Betrachtet man jedoch die EO 2009_22 und EO 2009_16 aus einer Gesamtschau, so hat die Beschwerdeführerin für die EO 2009_2022 vier Projekte (Nr. 1655-1659) gemeldet. Im Fragebogen zu den EO-Listen vom 22. Januar 2014 (act. [...] Frage 6a) legt die Beschwerdeführerin dar, dass sie ungefähr bis April/Mai 2009 Eigenofferten gemeldet habe, was in etwa den obigen Feststellungen entspricht. Die Beschwerdeführerin rügt jedoch, dass eine Eigenofferte keinen Einfluss auf ihr Verhalten gehabt habe. So hätten weder sie noch andere Unternehmen in den Jahren 2008 und 2009 EO-Zweitofferten eingereicht (Beschwerde Rz. 228 ff.). Ausserdem habe sie nur bezüglich 52 von 149 Eigenofferten den Zuschlag erhalten (Beschwerde Rz. 232). Allerdings verkennt die Beschwerdeführerin, dass bereits die Meldung von Projekten für die EOL aufzeigt, dass das EO-System (auch nach 2004) weiterlebte, da eine Gesamtabrede keine Umsetzung von Einzelabreden voraussetzt (vgl. insb. Urteil B-3096/2018 E. 49 *Foffa*).

10.14.2 Demnach ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin bis zum Abschluss des beanstandeten Verhaltens am 11. Juni 2009 (EO 2009_24) Projekte für die EO-Listen gemeldet hat.

10.15 Fazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass zwischen dem Abschluss der beanstandeten Handlungen (vgl. E. 10.10 bis 10.14 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.

Was die Rügen (Beschwerde Rz. 245 ff.) angeht, wonach ein Streit betreffend ein „Mega-Projekt“ im Jahre 2008 die Zusammenarbeit unter den acht Unternehmen beendet habe, so ist anhand der obigen Ausführungen ersichtlich, dass die Zusammenarbeit im relevanten Zeitraum trotzdem weiterbestanden hat. Ohnehin erfolgte gemäss Angaben der Beschwerdeführerin die öffentliche Ausschreibung dieses „Mega-Projekts“ im SHAB erst am 27. Juni 2008 (vgl. Beschwerde Rz. 246). Die Ausschreibung fand also über zwei Monate nach dem 16. April 2008 statt, weshalb sich weitere Ausführungen dazu erübrigen. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass die Walo sie nicht auf der Liste zu Projekten nach dem 16. April 2008 (Ergänzung der Walo zur Bonusmeldung vom 30. Oktober 2013, act. [...], Anlage A) nannte. Damit verkennt sie jedoch, dass es – wie soeben dargelegt – andere Beweismittel gibt, welche die Mitarbeit der Beschwerdeführerin am MA- und EO-System zwischen dem 16. April 2008 und dem 11. Juni 2009 belegen. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf das Swiss Economics-Gutachten beruft (Beschwerde Rz. 213 ff.) und darlegen will, dass der Endzeitpunkt betreffend die beanstandeten Handlungen bereits im Jahr 2008 gewesen sei, erweisen sich diese Rügen in Bezug auf die obigen Ausführungen als obsolet.

Die Rügen der Beschwerdeführerin, wonach die Verwirkung oder Verjährung eingetreten sei, erweisen sich demnach als unbegründet.

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. [0.4-0.6 Mio.] (Dispositiv Ziff. 3.7).

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 Implenja 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 [einer Verfügungsadressatin] reduziert (Verfügung Rz. 1434).

11.2 Vorbringen der Beschwerdeführerin

Die *Beschwerdeführerin* bringt im Wesentlichen vor, sie sei nur für ihre Beteiligung an Einzelsubmissionsabreden zu sanktionieren (Beschwerde Rz. 338 ff.). Selbst wenn sie für die Gesamtabrede sanktioniert werden sollte, müsste der Markt anders abgegrenzt werden (Beschwerde Rz. 341 ff.). Der zugrunde gelegte Umsatz sei zu hoch, weil darin Beträge enthalten seien, welche nicht dem Strassen- und/oder Tiefbau zuzuordnen

seien (Beschwerde Rz. 348 ff.). Ebenfalls sei der Basisbetragssatz zu hoch (Beschwerde Rz. 354 ff.) und der Dauerzuschlag nicht gerechtfertigt (Beschwerde Rz. 359 ff.). Auch seien die passive Rolle und der geringe Gewinn der Beschwerdeführerin mildernd zu werten (Beschwerde Rz. 363 ff.), wie auch der Umstand, dass keine Wettbewerbsbeseitigung vorliege (Beschwerde Rz. 365).

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. Des Weiteren fungierte die Beschwerdeführerin im

beurteilungsrelevanten Zeitraum noch am 5. Juni und am 16. Oktober 2008 als Gastgeberin dieser MA-Sitzungen (vgl. auch Verfügung Rz. 498; E. 10.10.3). Sie war während der ganzen Untersuchungszeit mit der Ziffer „7“ auf den MA- und EO-Listen vermerkt. Ausserdem hat sich die Beschwerdeführerin am beanstandeten Verhalten individuell beteiligt (E. 8.2.5.5.2.2). Daher hat die Beschwerdeführerin Kenntnis von diesem Verhalten gehabt (E. 10.10 m.H., 10.10.1 ff), 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 (PICH, 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. *Automobileleasing Ford Credit*).

11.4.2.2 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). 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.). Bei einer Gesamtabrede gilt demnach für die Berechnung des Basisumsatzes nach Art. 3 SVKG der gesamte betroffene Markt als kartellbefangen (Urteil des BVGer B-3290/2018 E. 163 *Lazzarini*). Beim konkreten Prozentsatz für den Basisbetrag werden die Schwere und Art des Verstosses bzw. die gegenständliche Marktbeeinträchtigung zu berücksichtigen sein (vgl. E. 11.4.3).

11.4.2.3 Soweit die Beschwerdeführerin betreffend den Umfang des Basisumsatzes eine projekt- oder leistungsbezogene Marktabgrenzung oder eine Unterteilung in Teilmärkte fordert (Beschwerde Rz. 343 ff.), ist auf die Erwägungen über die Marktabgrenzung (E. 8.5.4.4.2 ff.) zu verweisen.

11.4.2.4 Vorliegend hat die Vorinstanz in zeitlicher Hinsicht die Jahresumsätze (ohne MwSt.) von 2006, 2007 und 2008 im Umfang von insgesamt Fr. [Basisumsatz Vorinstanz] als Grundlage herangezogen (Verfügung Rz. 1366 mit Tabelle 32).

11.4.2.5 Vorbringen und Würdigung zu den Umsatzzahlen 2006-2008

11.4.2.5.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die von der Vorinstanz ermittelten Umsatzzahlen für die Jahre 2006 bis 2008 zu hoch seien. So seien Leistungen aus dem Zeitraum vor 2006 inkludiert, die erst 2006 in Rechnung gestellt worden seien. Ausserdem seien Umsätze aus dem Bereich „Gärtnerarbeiten“ mit einberechnet worden. Darüber hinaus seien in ARGE erzielte Umsätze oder solche, wo die Beschwerdeführerin als Generalunternehmerin aufgetreten sei und Leistungen an Subunternehmer weitergegeben habe, in unzulässiger Weise berücksichtigt worden. Auch sei ein Pauschalabzug von [15-35] % vorzunehmen (Beschwerde Rz. 348-353; Replik Rz. 51 ff.).

Ausserdem legt die Beschwerdeführerin dar, dass sie die Vorinstanz bereits in ihrer Stellungnahme zum Antrag (act. [...] Rz. 294 f. mit Beilage 294) sowie mit Eingaben von 29. und 30. Juni 2016 (act. [...]) auf eine Vielzahl von Korrekturen zu den im Antrag verwendeten Umsatzzahlen hingewiesen habe. Allerdings hätten sich die Begründungen der Vorinstanz dazu (Verfügung Rz. 1364) zu generell gestaltet. Eine Exceltabelle mit konkreter Auflistung der (nicht-)berücksichtigten Abzüge hätte die Beschwerdeführerin erst *nach* Zustellung der angefochtenen Verfügung erhalten (act. [...] und Beschwerde Beilage 6). Die Beschwerdeführerin bezieht sich auf diese Exceltabelle (Beschwerde Rz 348-353; Replik Rz. 51 ff.). Sie versucht die bereits in ihrer Stellungnahme zum Antrag monierten, aber von der Vorinstanz verweigerten Abzüge vom Gesamtumsatz, gestützt auf konkrete Rechnungsbelege zu substantiieren. Insgesamt fordert sie eine Reduktion des Basisumsatzes um Fr. [0.7-0.9 Mio., gestützt auf die soeben genannten Rechnungsbelege] (Übersicht in Beilage 7).

11.4.2.5.2 Die Vorinstanz hat in Rz. 1364 (vgl. auch Rz. 1040) der Verfügung dargelegt, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Antrag unter anderem auch Einnahmen aus dem Strassen- und/oder Tiefbau in Abzug gebracht hätte, die im Rahmen von ARGE, Subunternehmerverhältnissen oder nach Direktvergaben erwirtschaftet worden seien. Da auch diese Einnahmen im Kontext mit Strassen- und/oder Tiefbauprojekten stünden, hätte die Vorinstanz diese Korrekturen nicht übernommen.

11.4.2.5.3 Ob die Vorinstanz die Abzüge einzelner Projekte zu Recht verweigert hat, ist nachfolgend zu prüfen. Vorab ist auf den Begriff „Umsatz“ einzugehen:

11.4.2.5.4 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 Erlösminde-rungen wie etwa Skonti und Rabatte oder Mehrwertsteuern. Bei Dienstleis-tungen 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 Umsatzbe-rechnung 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).

11.4.2.5.5 In ihrer *Vernehmlassung* konkretisiert die Vorinstanz ihre Aus-führungen zu den verweigerten Umsatzabzügen:

Betreffend die Einnahmen von vor 2006 erbrachten Leistungen, hält die Vorinstanz fest, dass der Umsatz – unabhängig vom Ausführungs- oder Rechnungsdatum – „erzielt“ sei, wenn die Leistung bezahlt sei (Vernehm-lassung Rz. 123).

Die Umsätze betreffend „*Gärtnerarbeiten*“ hat die *Vorinstanz* nicht berück-sichtigt. Allerdings hat sie im Rahmen von Strassen- oder Tiefbauprojekten erbrachte „*Gärtnerarbeiten*“ nicht herausgerechnet, da ein Kontext zur Ge-samtabrede bestehen könnte (Vernehmlassung Rz. 124).

Die *Vorinstanz* hält fest, sie habe auch die durch die Mitarbeit in einer *ARGE* erzielten Umsätze nicht abgezogen, wenn diese zum Strassen-und/oder Tiefbau gehörten. Dasselbe gelte bei Einnahmen aus Strassen-und/oder Tiefbauarbeiten, welche die Beschwerdeführerin an *Subunter-nehmer* weitergegeben habe. Denn diese könnten auch von der Gesamt-abrede betroffen sein (Vernehmlassung Rz. 125 f.; E. 11.4.2.5.4).

11.4.2.5.6 Inhaltlich sind diese allgemein gehaltenen Ausführungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz setzt sich jedoch in ihrer Vernehmlassung nicht konkret mit den von der Beschwerdeführerin in den

Beilagen der Beschwerde vorgebrachten Beweisofferten auseinander. Deshalb ist im Folgenden im Einzelnen auf diese Belege einzugehen:

Vorbringen zum Abzug von Leistungen vor 2006:

- Beschwerde Rz. 351.1 und 351.2 – Rechnungen [...] und [...] mit Beilagen 7 und 8: Nach Angaben der Beschwerdeführerin beziehen sich beide Rechnungen auf Arbeiten, welche vor 2006 erbracht wurden. Anhand der Rechnungsnummern und deren Systematik ist ersichtlich, dass nicht nur der Zahlungseingang, sondern auch die Rechnungsstellung im Jahr 2006 erfolgte. Da die fakturierten Leistungen eindeutig dem Strassen- oder Tiefbau zuzuordnen sind, hat die Vorinstanz diese zu Recht in den Basisumsatz inkludiert.

Vorbringen zum Abzug von Umsätzen aus ARGE:

Beschwerde Rz. 351.4, 351.8 – Rechnungen zur „ARGE [aa]“ und „ARGE [bb]“ mit Beilagen 7 und 10: Die Beschwerdeführerin begründet die geltend gemachten Abzüge damit, sie habe nur Personal und Inventar für Garten- und Erdbauleistungen zur Verfügung gestellt.

- Was die „ARGE [aa]“ betrifft, will die Beschwerdeführerin, welche Ansprechperson dieser ARGE war, den Gesamtbetrag dieser Rechnungen (Fr. 140'997.25) abgezogen haben. Soweit sie vertritt, dass sie bei dieser ARGE lediglich Personal und Inventar für Erd- und Gartenbauarbeiten zur Verfügung gestellt habe, verkennt sie, dass sie als ARGE-Partnerin für das ganze Projekt mitverantwortlich war. Beim besagten Projekt ging es um den Unterbau und Parkplatz für einen Lebensmittelmarkt. Die Erstellung von Grünflächen hatte bei diesem Projekt eine untergeordnete Bedeutung, denn auf diesem Parkplatz gab es nur vereinzelte Bäume oder Sträucher (Geomap Schweiz, <[...]>, abgerufen am 24.11.2025).
- Was die „ARGE [bb]“ angeht, ist schon aufgrund des Namens ersichtlich, dass es sich um ein Strassenbauprojekt gehandelt hat. Ohnehin war das Projekt auf der MA 2007_07 (MA_WEKO Nr. 133) aufgeführt. Die Walo, welche für diese ARGE die Offerte einreichte, hat für dieses Projekt sogar Teilschutz erhalten (HAL 07-8692), weshalb keine Umsatzkürzung betreffend Personal und Inventar vorzunehmen ist.

Vorbringen zum Abzug von Zahlungen an die Beschwerdeführerin als Generalunternehmerin

- Beschwerde Rz. 351.3, 351.6 – Abrechnungsabwicklung für das Projekt „Neubau [...]strasse, Strassenbau, Deckbelag“ mit Beilagen 9 und 12: Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe nur das Inkasso für die Oberholzer übernommen, welche die Arbeiten als Subunternehmerin ausgeführt habe. Da die Beschwerdeführerin jedoch gegenüber der Öffentlichkeit als Generalunternehmerin aufgetreten ist, hat sie sich die Leistungen der Oberholzer anrechnen zu lassen. Ohnehin ist aufgrund des Namens ersichtlich, dass das Projekt zum Strassenbau gehört, weshalb kein Abzug erfolgt.
- Beschwerde Rz. 351.5, 351.7 – Abrechnungsabwicklung für das Projekt „[...] / Sanierung Kanalisation“ mit Beilagen 7, 11, 13: Auch in dieser Konstellation trat die Beschwerdeführerin als Generalunternehmerin gegenüber einer Gemeinde auf. Auf den Rechnungen steht, es handle sich um die Sanierung einer Kanalisation, weshalb das Projekt dem Tiefbau zuzuordnen und entsprechend beim Basisumsatz zu berücksichtigen ist.
- Beschwerde Rz. 351.11 – Abrechnungsabwicklung für Belagsbezüge mit Beilagen 7 und 16: Da Beläge zum Strassenbau gehören und die Beschwerdeführerin nach ihren eigenen Angaben als Generalunternehmerin auftritt, ist dieser Rechnungsbetrag beim Umsatz zu berücksichtigen.

Vorbringen zum Abzug von „marktfremden“ Leistungen

- Beschwerde Rz. 351.9, 351.10; Replik Rz. 54 – Rechnungsstellungen in Beilagen 14 und 15: Beide Rechnungen weisen keinen Bezug zum Strassen- und/oder Tiefbau auf. Die Rechnung in Beilage 14 betrifft eindeutig Gärtnerarbeiten (Namen von Gärtnern und Hilfsmitteln, wie z.B. Rasenmäher). Die Rechnung in Beilage 15 bezieht sich auf den Weiterverkauf von Wurstwaren für die Weihnachtsfeier eines Drittunternehmens. Daher sind beide Rechnungsbeträge (jeweils ohne MwSt.) von Fr. 6'980.50 (= Fr. 6500.40 + Fr. 480.10) vom Umsatz abzuziehen (vgl. E. 11.4.2.7).

11.4.2.6 Vorbringen zu einem allgemeinen Pauschalabzug von [15-35] %

Die Beschwerdeführerin fordert zusätzlich einen Pauschalabzug von [15-35] % (act. [...]; Beschwerde Rz. 353; Replik Rz. 52). Wie aus Beilage 6 der Beschwerde (bzw. act. [...] i.V.m. act. [...]) Stellungnahme zum Antrag und [...] hervorgeht, hat die Vorinstanz bei der Ermittlung des Basisumsatzes alle Beträge, welche die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe

vom 29. Juni 2016 (act. [...]) mit „Gärtnerarbeiten“ gekennzeichnet hat, nicht in den Basisbetrag inkludiert. Mit dem geforderten Pauschalabzug macht die Beschwerdeführerin implizit geltend, dass auch die nicht gekennzeichneten Beträge auf Projekte zurückgehen, die zumindest zu [15-35] % aus Gartenarbeiten und damit höchstens zu [...] % aus Strassen- und oder Tiefbauarbeiten bestanden hätten. Anders als bei den mit „Gärtnerarbeiten“ gekennzeichneten Rechnungen vermag die Beschwerdeführerin dies jedoch nicht konkret mit Rechnungskopien zu belegen. Daher erweist sich der geforderte Pauschalabzug von [15-35] % als unsubstantiiert, weshalb dem Begehren nicht zu entsprechen ist.

11.4.2.7 Neue Berechnung des Basisumsatzes

Insgesamt ist der Umsatz der Beschwerdeführerin der Jahre 2006-2008 (Fr. [Basisumsatz Vorinstanz, ohne MwSt.], Verfügung Rz. 1039, 1366 jeweils mit Tabellen 28, 32) um Fr. 6'980.50 (= Fr. 6500.40 + Fr. 480.10) zu reduzieren.

Dies ergibt einen neuen Basisumsatz von Fr. [Basisumsatz BVGer].

11.4.3 Basisbetragssatz

11.4.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt, der Basiskoeffizient von 7% sei zu hoch. Die Vorinstanz könne sich nicht auf Fälle mit Einzelabreden stützen, welche auf Basisbetragssätzen von 7% (*Aargauer Submissionsabsprachen*, RPW 2012/2 S. 270 ff., Rz. 956, 1101) oder 10% [recte 7%] (*Wettbewerbsabsprachen im Kanton Zürich*, RPW 2013/4 S. 524 ff., S. 623 Rz. 967) beruhten, da in diesen Fällen nur die tatsächlich von einer Abrede betroffenen Projekte bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt worden seien (Beschwerde Rz. 355). In Bezug auf die Urteile *Gaba* des Bundesgerichts (BGE 143 II 297 E. 9.7.3 f.) und *Nikon* des Bundesverwaltungsgerichts (B-581/2012 E. 9.2.6) fordert die Beschwerdeführerin einen Basisbetragssatz von nicht über 5%, weil keine Wettbewerbsbeseitigung vorliege (Beschwerde Rz. 365; Replik Rz. 46). Ausserdem sei die Erfolgsquote nicht nachvollziehbar und auch zu hoch, da freigegebene Projekte nicht berücksichtigt worden seien (Beschwerde Rz. 219).

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. 8.5.4.3.3).

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 Basisbetragssatzes 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 (Beschwerde Rz. 219), dass die Erfolgsquote im vorliegenden Fall nicht ausreichend nachvollziehbar war (vgl. Parallelurteile B-6844/2016 E. 5.4.2 *Oberholzer* und B-6808/2016 vom 24. November 2025 E. 5.2.4.2 *Hagedorn*). Zugleich ist die Beschwerdeführerin aber auch darauf hinzuweisen, dass die Begründung der Vorinstanz zum Basisbetragssatz 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 Informationen 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. 219).

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.

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 Basisbetragssatz mit 7% zu hoch angesetzt ist. Allerdings ist der Beschwerdeführerin nur teilweise zu folgen, wenn diese einen deutlich tieferen Basisbetragssatz 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. 8.5.4.3.3), und dass die MA- und EO-Projekte nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz rund 67% des Gesamtmarktvolumens ausgemacht haben (Verfügung Rz. 1376), ist der Basisbetragssatz von 7% auf 6% zu senken.

Dem kann die Beschwerdeführerin auch nicht entgegenhalten, dass keine Beseitigung des Wettbewerbs stattgefunden habe (Beschwerde Rz. 365; Replik Rz. 46), da mit dem neu angesetzten Basisbetrag von 6% auch genügend berücksichtigt wird, dass der „Marktanteil“ der beiden Zuteilungssysteme 67% (und nicht 100%) ausgemacht hat. Soweit die Beschwerdeführerin aus den Urteilen *Gaba* des Bundesgerichts (BGE 143 II 297

E. 9.7.3 f.) und *Nikon* des Bundesverwaltungsgerichts (B-581/2012) einen Basiskoeffizienten von 5% herleiten will, übersieht sie, dass es sich dort um eine vertikale und nicht – wie vorliegend – um eine horizontale Konstellation gehandelt hat.

11.4.3.9 Soweit die Beschwerdeführerin ihre individuelle Rolle, die sie als „passiv“ bezeichnet, beim Basisbetragssatz berücksichtigt haben will (Beschwerde Rz. 357 f.; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 61), wird dies sowie die Rügen zu einem unternehmensspezifischen Basisbetragssatz bei den Milderungsgründen aufgegriffen (E. 11.4.5.7).

Der Basisbetrag beläuft sich damit vorliegend gestützt auf einen herabgesetzten Koeffizienten von 6% auf Fr. [Basisbetrag] (Fr. [Basisumsatz BVGer] * 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 Die Beschwerdeführerin ist mit dem Dauerzuschlag von 50% nicht einverstanden. Der Aspekt der Dauer sei schon im Gesamtmarkt als solches enthalten. Auch habe die Beschwerdeführerin nur bis 2004 Projekte gemeldet und im Jahr 2009 hätten für sie keine Projekte mehr identifiziert werden können (Beschwerde Rz. 361 f.; Replik Rz. 50).

11.4.4.4 Soweit die Beschwerdeführerin damit argumentiert, dass sie nur bis 2004 Projekte gemeldet hat, wurde bereits mehrfach aufgezeigt, dass es um die Teilnahme am MA- und EO-System insgesamt ging und der Beschwerdeführerin bis zuletzt die Handlungen am MA- und/oder EO-System zuzurechnen waren (E. 8.2.1.2.3, 8.2.5.5.2.2, 10, 10.10.1). Auch zielt die grundsätzliche Kritik der Beschwerdeführerin an der Berücksichtigung ei-

nes 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. *Automobileasing 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.).

Ausserdem hat die Vorinstanz der *Beschwerdeführerin* eine Reduktion von 5% aufgrund von guter Kooperation zugestanden (Verfügung Rz. 1398). Diese Reduktion von 5% ist nicht zu beanstanden.

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.

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). Das passive Verhalten im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG ist durch Abwesenheit von besonderen Aktivitäten hinsichtlich der Organisation, Koordination und Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung gekennzeichnet (BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a KG N 89).

Die Behördenpraxis anerkennt auch die gute Kooperation als einen Milderungsgrund an (PICH, in: Wettbewerbsrecht II, Art. 6 SKGV N 14 f. m.H.; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a KG N 86).

11.4.5.4 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz (Verfügung Rz. 1373, 1403) habe ihre passive Rolle nicht ausreichend gewürdigt (Beschwerde Rz. 363; Replik Rz. 47 ff.; vgl. Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 61). Dies verletze den Diskriminierungsgrundsatz (Replik Rz. 47).

11.4.5.5 Was die Rüge betrifft, die passive Rolle der Beschwerdeführerin habe keine Berücksichtigung bei der individuellen Sanktionsbemessung gefunden, ist eine Verminderung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG nur möglich, wenn die Beschwerdeführerin „ausschliesslich“ eine passive Rolle gespielt hätte, was nach den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz hier nicht zutrifft (Vernehmlassung Rz. 130). Die Abwesenheit von Aktivitäten hinsichtlich Organisation, Koordination und Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung ist vorliegend nicht ersichtlich. Es wurde bereits im Kontext mit der Vorwerfbarkeit (E. 11.3.2) aufgezeigt, dass sich die Beschwerdeführerin individuell (E. 8.2.5.5.2.2) über den ganzen Zeitraum hin am beanstandeten Verhalten beteiligte (vgl. auch E. 11.4.4.4). Der blosser Umstand, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2009 weniger Profit (keine Schutznahmen) als die anderen Unternehmen aus dem MA-System gezogen hat (vgl. Verfügung Rz. 713), vermag damit keine weitere Minderung wegen Passivität zu begründen.

11.4.5.6 Soweit die Beschwerdeführerin in Bezug auf die „Nichtbeachtung“ ihrer „passiven“ Rolle eine Verletzung des Diskriminierungsgrundsatzes geltend macht, ist sie darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz ihr *individuell* als einziges Unternehmen den Milderungsgrund aufgrund guter Kooperation (ohne Abschluss einer einvernehmlichen Regelung) zugesprochen hat (Verfügung Rz. 1398). An dieser Minderung von 5% hält das Gericht vorliegend fest. Daher kann von einer Diskriminierung keine Rede sein.

11.4.5.7 Soweit sich die Beschwerdeführerin unter dem Titel „passive Rolle“/geringe Beteiligung auf die Höhe des Basiskoeffizienten beruft (Beschwerde Rz. 363; Replik Rz. 47; Stellungnahme BF zur Gesamtabrede Rz. 60 f.), ergibt sich aus den soeben gemachten Ausführungen, dass die passive Rolle der Beschwerdeführerin zu verneinen ist, weshalb weitere Ausführungen zur individuellen Rolle im Kontext mit dem Basiskoeffizienten entbehrlich sind. In diesem Sinne ist auf E. 11.4.3 zu verweisen.

11.4.5.8 Was die Sanktionsminderung von 10% wegen vorzeitiger *Beendigung* des beanstandenden Verhaltens (Art. 6 Abs. 1 SVKG) angeht

(E. 11.4.5.2), so beträgt diese Fr. [...] (Fr. [Zwischenergebnis in E. 11.4.4.7] * 0.1).

Was die Reduktion von 5% aufgrund von guter Kooperation angeht, so beträgt diese Fr. [...] (Fr. [Zwischenergebnis in E. 11.4.4.7] * 0.05).

Daher sind vom in E. 11.4.4.7 genannten Betrag von Fr. [Zwischenergebnis] weitere Fr. [15%] abzuziehen. Dies ergibt ein [neues reduziertes] Zwischenergebnis von Fr. [...].

11.4.6 Verhältnismässigkeit

11.4.6.1 Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit sei zu berücksichtigen, dass sie in den Jahren 2005-2007 einen [...] geringen Reingewinn erzielt habe (Beschwerde Rz. 364 m.H. auf Beilage 17). In ihrer Replik (Rz. 56) beruft sich die Beschwerdeführerin auf das Urteil Gaba (BGE 143 II 297 E. 9.7.1), welches festhalte, dass der mutmassliche Gewinn zu berücksichtigen sei.

11.4.6.2 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*).

11.4.6.3

11.4.6.3.1 Soweit sich die Beschwerdeführerin auf einen [...] geringen Reingewinn in den Jahren 2005-2007 (2005: Fr. [...]; 2006: Fr. [...]; 2007: Fr. [...]) bezieht, ist sie darauf hinzuweisen, dass die Umsätze der Jahre 2006-2008 sanktionsrelevant sind. Ihr Gewinn im Jahr 2008 (Fr. [...]) war 6.8-mal grösser als der Durchschnittsgewinn der Jahre 2005-2007 (Fr. [...]). Damit hat der Durchschnittsgewinn der Jahre 2006-2008 Fr. [ca. 2.7 mal mehr als der Gewinn der Jahre 2005-2007] betragen. Der im Jahr 2009 erzielte Gewinn (Fr. [...]), welcher nicht mehr für die Sanktionsberechnung von Relevanz ist, war sogar noch grösser als der Gewinn des Jahres 2008. Demnach steht die Beschwerdeführerin in Bezug auf den Reingewinn offensichtlich nicht so schlecht da, wie sie es darstellt (vgl. auch E. 11.4.6.3 Parallelurteil *Oberholzer*).

11.4.6.3.2 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 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.

11.4.6.4 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. Die Beschwerdeführerin hat mit Kurzstellungnahme vom 13. Juni 2025 in Anbetracht der Verfahrensdauer von neun Jahren eine Sanktionsreduktion um einen Drittel (3/9) verlangt (vgl. Sachverhalt Bst. B.j)

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 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 vom Fr. [Zwischenergebnis in E. 11.4.5.8]).

11.5 Im Ergebnis ist damit die vorinstanzliche Sanktion von Fr. [0.4–0.6 Mio.] auf Fr. [0.3–0.5 Mio.] (2/3 von Fr. [Zwischenergebnis in 11.4.5.8]) zu reduzieren.

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, 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, 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 Wettbe-

werbsparameter (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 Wiederholungsgefahr 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 des BVGer 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 f.], *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 Rechtsbegehren 1 bis 5). Zur Höhe der vorinstanzlichen Verfahrenskosten bringt sie einzig vor, die für sie massgebende Untersuchungseröffnung habe erst am 21. Oktober 2013 stattgefunden. Entsprechend dürften ihr nur die nach dem 21. Oktober 2013 entstandenen Kosten auferlegt werden (Beschwerde Rz. 366 f.).

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 Fr. 131'943.– auferlegt (Verfügung Ziff. 16.7 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*).

13.5 Soweit sich die Beschwerdeführerin schliesslich auf den Standpunkt stellt, es seien hier zwei Zeiträume zu unterscheiden, da die Untersuchung am 15. April 2013 eröffnet und erst am 21. Oktober 2013 auf sie ausgedehnt worden sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Im Gegensatz zu dem von der Beschwerdeführerin zitierten Fall (RPW 2012/2, 422 Rz. 1200 ff. *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*) liegt hier in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (vgl. Verfügung Rz. 1441) eine Gesamtrede vor, an welcher die acht Unternehmen gleichmässig zwischen 2002 und Mitte 2009 beteiligt waren. Die Massnahmen, welche die Vorinstanz vor dem 21. Oktober 2013 durchführte, dienten somit der Abklärung

in Bezug auf die Gesamtabrede, an welcher auch die Beschwerdeführerin im erwähnten Zeitraum beteiligt war. Damit ist die Beschwerdeführerin folgerichtig als Mitverursacherin des kartellrechtlichen Verfahrens seit der Eröffnung am 15. April 2013 zu betrachten.

13.6 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. 200'000.– bis Fr. 500'000.– eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 3'000.– und Fr. 14'000.– 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. 12'000.– festzusetzen.

14.4 Die gerichtlich festgestellte rechtmässige Sanktionshöhe beträgt neu Fr. [0.3–0.5 Mio.] (vgl. E. 11) im Vergleich zum ursprünglichen Sanktionsbetrag von Fr. [0.4–0.6 Mio.], was rund 57% entspricht. Unter Berücksichtigung dieses teilweisen Obsiegens der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren wird ihr die Gerichtsgebühr infolgedessen um die Hälfte auf Fr. 6'000.– ermässigt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 12'000.–

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. 7'000.– zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Dispositiv-Ziffer 3.7 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: Toller Unternehmungen AG mit einem Betrag von CHF [0.3–0.5 Mio.]“

3.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

4.

Die Verfahrenskosten in der Höhe von total Fr. 12'000.– werden der Toller Unternehmungen AG im Umfang von Fr. 6'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem von der Beschwerdeführerin einbezahlten Kostenvorschuss von Fr. 12'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 6'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

5.

Die Vorinstanz hat der Toller Unternehmungen AG eine reduzierte Parteientschädigung von total Fr. 7'000.– 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)