



Abteilung II  
B-716/2018

## Urteil vom 23. November 2023

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),  
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Daniel Willisegger,  
Gerichtsschreiber Robert Weyeneth.

Parteien

**Implenia Schweiz AG,**  
Industriestrasse 24, 8305 Dietlikon,  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Marcel Meinhardt und/oder Ueli Weber,  
Lenz & Staehelin,  
Brandschenkestrasse 24, 8027 Zürich,  
Beschwerdeführerin,  
gegen

**Wettbewerbskommission WEKO,**  
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

Gegenstand

Wettbewerbsabreden im Hoch- und Tiefbau im Engadin,  
Sanktionsverfügung vom 2. Oktober 2017  
(22-0463, Engadin VI [...]).

# Inhalt

<b>1. Prozessvoraussetzungen</b> .....	12
<b>2. Verfahrensanhträge</b> .....	12
<b>3. Zweck und Geltungsbereich des KG</b> .....	16
<b>4. Streitgegenstand</b> .....	17
<b>5. Terminologie</b> .....	18
<b>6. Formelle Rügen</b> .....	18
<b>7. Beweisergebnis und rechtliche Wrdigung</b> .....	18
<b>8. Themen des vorliegenden Verfahrens</b> .....	20
<b>9. Sanktionierung</b> .....	20
<b>9.1 Sanktionierbarkeit</b> .....	20
<b>9.2 Bemessung</b> .....	23
<b>9.3 Basisbetrag</b> .....	27
<b>10. Bonusregelung: Standpunkte der Verfahrensbeteiligten</b> .....	36
<b>11. Bonusregelung im Allgemeinen</b> .....	37
<b>12. Vollstndiger Erlass im vorliegenden Fall</b> .....	46
<b>13. Sanktionsreduktion nach der Bonus Plus-Regelung (Art. 12 Abs. 3 SVKG)</b> .....	72
<b>14. Sanktionsreduktion nach Art. 12 ff. SVKG (einfacher Bonus)</b> .....	84
<b>15. Auferlegung von Verhaltenspflichten</b> .....	87
<b>16. Ergebnis</b> .....	95
<b>17. Kosten</b> .....	96

**Sachverhalt:****A.**

Gegenstand der angefochtenen Verfügung ist eine wettbewerbswidrige Abrede über das Eingabeverhalten hinsichtlich der Ausschreibung (...) zwischen den folgenden Unternehmen:

- Implenia Schweiz AG (vormals Implenia Bau AG, per 19. Februar 2013 umfirmiert) mit Sitz in Dietlikon (nachfolgend: Beschwerdeführerin),
- Bezzola Denoth AG (nachfolgend: Bezzola Denoth) mit Sitz in Scuol, und
- D. Martinelli AG (nachfolgend: Martinelli) mit Sitz in St. Moritz.

Diese Unternehmen wurden – neben weiteren Unternehmen – von der in zur Offertstellung eingeladen und haben in der Folge je eine Offerte eingereicht. Bezzola Denoth hat den Zuschlag erhalten.

**B.**

Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums gegen 19 Unternehmen der Baubranche eine Untersuchung nach Art. 27 des Kartellgesetzes (KG), unter anderem auch gegen die Beschwerdeführerin sowie Bezzola Denoth (Verfahren-Nr. 22-0433 "*Bau Unterengadin*").

Das Sekretariat führte in seinem Eröffnungsschreiben vom 30. Oktober 2012 an die Beschwerdeführerin aus, es lägen aufgrund einer Anzeige Anhaltspunkte für mutmassliche Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Unterengadin vor, namentlich bezüglich der Märkte für Hoch-, Tief- und Strassenbau. Es bestehe der Verdacht, dass verschiedene Bauunternehmen, darunter die Beschwerdeführerin, sich abgesprochen hätten, insbesondere um bei Ausschreibungen die Angebote und Angebotssummen zu koordinieren und allenfalls die Bauprojekte und Kunden aufzuteilen (vgl. Vorinstanz, act. I.009, 22-0433; amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] vom 13. November 2012, Nr. 221, sowie im Bundesblatt vom 13. November 2012 [BBI 2012 8999]).

Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte das Sekretariat an insgesamt 13 Standorten Hausdurchsuchungen durch, unter anderem auch bei der Beschwerdeführerin.

### C.

Mit E-Mail vom 1. November 2012 reichte die Beschwerdeführerin eine – von ihr als "*Marker*" (vgl. zum Begriff E. 12.3) und "*Selbstanzeige*" bezeichnete – Bonusmeldung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. der KG-Sanktionsverordnung (SVKG) ein (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.1, 25-0037). Darin zeigte die Beschwerdeführerin "*ihre Beteiligung an einer mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG*" an. Diese habe das "*Unter- und das Oberengadin im Markt für Strassenbau*" betroffen. Es sei in der Periode ab ca. 2005/2006 bis Herbst 2009 und dann wieder im Frühjahr 2010 für wenige Monate im Unter- und Oberengadin zu Treffen von Unternehmen im Strassenbau gekommen. Gegenstand dieser Treffen sei es gewesen, ausgeschriebene Projekte zu besprechen, zu koordinieren und den an diesen Treffen Teilnehmenden zuzuweisen.

In Ergänzung ihrer Selbstanzeige führte die Beschwerdeführerin mit – als "*Marker Bonusmeldung*" bezeichneter – Eingabe vom 7. November 2012 aus, es hätten neben den bereits im Verfahren Nr. 22-0433 angezeigten Sachverhalten "*auch im übrigen Gebiet des Kantons Graubünden (d.h. ausserhalb des Unter- und Oberengadins)*" mutmassliche Wettbewerbsabreden im Markt für Strassenbau bestanden. In der Periode bis zum Frühjahr 2010 sei es im Kanton Graubünden auch ausserhalb des Unterengadins zu Treffen von Unternehmen im Strassenbau gekommen. Die Beschwerdeführerin sei bis zum Frühjahr 2010 an solchen mutmasslichen Wettbewerbsabreden beteiligt gewesen. Weiter lägen ihr Anzeichen vor, dass "*im Kanton Graubünden ausserhalb des Unterengadins auch mutmassliche Wettbewerbsabreden im Markt für Hochbau*" getroffen worden seien (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.5, 25-0037).

Im weiteren Verlauf der Untersuchung reichte die Beschwerdeführerin zahlreiche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. Darin lieferte sie Hinweise zu mutmasslichen Submissionsabsprachen bei Strassen- und Hochbauprojekten im gesamten Kanton Graubünden (vgl. Verfügung, Rz. 5 ff., 161 ff.; Vorinstanz, act. IX.A.5, 25-0037, act. IX.A.11, 6, 25-0037, act. IX.A.13, 25-0037, act. IX.A.28, 25-0037).

**D.**

Am 9. November 2012 reichten Bezzola Denoth und Foffa Conrad AG (nachfolgend: Foffa Conrad), Letztere als Muttergesellschaft der Ersteren mit Sitz in Zernez, eine gemeinsame Selbstanzeige "in der Untersuchung 22-0433: Bau Unterengadin" ein (vgl. Vorinstanz, act. IX.C.3, 25-0039).

Am selben Tag befragte das Sekretariat – im Rahmen einer Ergänzung der Selbstanzeige der Beschwerdeführerin – C.\_\_\_\_\_, (...) als Zeuge (vgl. E. 13.4.4).

Am 4. Dezember 2012 ergänzte Bezzola Denoth ihre Selbstanzeige. Sie übergab dem Sekretariat eine Liste ihrer Offerten zu Hoch- und Tiefbauprojekten im Engadin in den Jahren 2006 bis und mit 2012. Darauf ist unter anderem das Bauprojekt (...) aufgeführt, mit der Bemerkung: "Schutz erhalten von Martinelli St. Moritz und Implenja Davos. Hinweis in unserem Mailverkehr" (vgl. Vorinstanz, act. IX.C.27, Beilage 2 S. 18, 25-0039).

Am 1. Februar 2013 ergänzte Bezzola Denoth ihre Selbstanzeige mit Bezug auf das Projekt (...). Sie reichte diesbezüglich eine E-Mail von A.\_\_\_\_\_, (...), an die Beschwerdeführerin vom (...; zu deren Inhalt vgl. E. 12.6.10) und eine E-Mail von Bezzola Denoth an Martinelli vom (...) ein.

**E.**

Mit Schreiben vom 28. Februar 2013 stellte das Sekretariat der Beschwerdeführerin einen Fragebogen zu, den diese mit Eingabe vom 4. April 2013 beantwortete (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.25 und act. IX.1.28, 25-0037).

**F.**

Am 22. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf weitere Unternehmen aus (vgl. amtliche Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] vom 28. Mai 2013, Nr. 100 sowie im Bundesblatt vom 28. Mai 2013 [BBI 2013 3369]). Es führte das Verfahren Nr. 22-0433 unter der Bezeichnung "Bauleistungen Graubünden" fort.

**G.**

Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin mit, deren Selbstanzeigen vom 1. und 7. November 2012 seien als Erste eingegangen. Vor diesem Hintergrund erachte das Sekretariat die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bo-

nusregelung *"in Bezug auf die von Ihnen angezeigten, unzulässigen Wettbewerbsabreden [...] betreffend das Verfahren 22-0433 Bauleistungen Graubünden"* als gegeben (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.44, 25-0037).

#### **H.**

Mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin mit, es lägen ihm Anhaltspunkte für mutmassliche Wettbewerbsabreden im Engadin unter Beteiligung der Beschwerdeführerin vor, welche bislang von dieser nicht angezeigt worden seien. Diese würden namentlich die Ausschreibungen (...) betreffen. Das Sekretariat gab der Beschwerdeführerin *"Gelegenheit, ihre Selbstanzeige in Bezug auf mutmassliche Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den genannten Bauprojekten zu ergänzen"* (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.51, 25-0037).

Am 18. November 2015 machte die Beschwerdeführerin im Rahmen einer Ergänzung ihrer Selbstanzeige Angaben zum Projekt (...). Sie führte aus, N.\_\_\_\_\_, (...), sei für die Offertstellung beim Projekt (...) zuständig gewesen. Nach dessen Aussage bestünden beim Projekt (...) objektive Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten bei der Offertstellung. Denn es fehle für das betreffende Projekt eine Preiskalkulation. Die Beschwerdeführerin übergab dem Sekretariat eine CD-ROM mit Unterlagen zum Projekt, darunter namentlich die von der Beschwerdeführerin eingereichte Offerte (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.53, 25-0037, S. 4 f.).

#### **I.**

Mit Schreiben vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) auf weitere Unternehmen der Baubranche, unter anderem auf Martinelli, aus.

Anschliessend trennte das Sekretariat mit verfahrensleitender Verfügung vom 23. November 2015 die Untersuchung Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) in zehn verschiedene Verfahren auf, unter anderem in die Untersuchung Nr. 22-0463 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VI [...]).

Als Untersuchungsgegenstand dieses Verfahrens bezeichnete die verfahrensleitende Verfügung mutmassliche Wettbewerbsabreden über die Ausschreibung (...). Als Parteien des Untersuchungsverfahrens nannte sie neben der Beschwerdeführerin auch Bezzola Denoth und Martinelli (vgl. Rz. 26 f.; Vorinstanz, act. I 505, 22-0433).

**J.**

Am 17. Dezember 2015 ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Selbstanzeige unter anderem hinsichtlich des Projekts (...). Sie führte aus, sie habe keine weitere Dokumentation zu diesem Projekt identifizieren können. Gemäss N.\_\_\_\_\_, (...), sei es wahrscheinlich, dass die Offerte der Beschwerdeführerin auf der Grundlage einer von einem anderen Unternehmen vorkalkulierten Offerte eingereicht worden sei (vgl. Vorinstanz, act. 2, 25-0037).

**K.**

Am (...) stellte das Sekretariat der Bauherrschaft für das Projekt (...) einen Fragebogen zu, den diese am (...) beantwortet retournierte.

**L.**

Am 22. Juli 2016 ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Selbstanzeige hinsichtlich des Projekts (...) und reichte diesbezüglich eine an sie gerichtete E-Mail von Bezzola Denoth vom (...) mitsamt (nicht lesbarem) Anhang ein (vgl. Vorinstanz, act. 9, 25-0463).

**M.**

Am 10. November 2016 reichte die Beschwerdeführerin dem Sekretariat den zwischenzeitlich lesbar gemachten Anhang der E-Mail vom (...) ein, der eine Offerte für das Projekt (...) umfasst. Die Beschwerdeführerin führte dazu aus, die Offerte sei gemäss Angaben von N.\_\_\_\_\_ von Bezzola Denoth für sie vorkalkuliert worden. Die Beschwerdeführerin habe die Offerte alsdann in eigenem Namen eingereicht.

**N.**

Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressaten seinen Verfügungsantrag zur Stellungnahme zu.

**O.**

Mit Eingabe vom 21. Juni 2017 nahm die Beschwerdeführerin zum Verfügungsantrag des Sekretariats Stellung. Sie machte im Wesentlichen geltend, dass sie im November 2012 im Verfahren Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht und auch die weiteren Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung erfüllt habe. Es sei ihr deshalb die Sanktion vollständig zu erlassen. Eventualiter sei die Sanktion angemessen zu reduzieren. Zur Begründung ihres Eventualantrags auf Sanktionsreduktion

brachte die Beschwerdeführerin vor, der Basisbetrag sei fehlerhaft bemessen, zumal die Vorinstanz bei umsatzlosen Abredebeteiligungen praxisgemäss tiefe Pauschalsanktionen ausspreche. Zudem habe sie einen Anspruch auf Sanktionsreduktion um 80% nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus), weil sie Hinweise zu weiteren Verstössen vorgelegt habe.

**P.**

Am 4. September 2017 hörte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin an. Diese wurde dabei durch C. \_\_\_\_\_ (...), und ihre Rechtsvertreter vertreten.

**Q.**

Am 2. Oktober 2017 erliess die Vorinstanz im Verfahren Nr. 22-0463 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VI [...]) eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

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

1. Der Bezzola Denoth AG, D. Martinelli AG und Implenia Schweiz AG wird untersagt:
  - 1.1 Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
  - 1.2 sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
    - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
    - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
2. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen belastet werden:
  - 2.1 die Bezzola Denoth AG, Scuol mit einem Betrag von CHF (...),
  - 2.2 die D. Martinelli AG, St. Moritz mit einem Betrag von CHF [...],

- 2.3 die Implenia Schweiz AG, Dietlikon mit einem Betrag von CHF (...).
3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 32'120 und werden folgendermassen auferlegt:
  - 3.1 Die Foffa Conrad AG trägt CHF 10'706.
  - 3.2 Die D. Martinelli AG trägt CHF [...].
  - 3.3 Die Implenia Schweiz AG trägt CHF 10'706.
  - 3.4 Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.
4. [Eröffnung]"

Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, dass der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Ausschreibung des Bauprojekts (...) die Teilnahme an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG nachgewiesen werden könne. Zwar habe die Beschwerdeführerin als Schutzgeberin keinen Umsatz erzielt, der Gesetzgeber sehe jedoch eine Sanktionierung von Unternehmen vor, die sich an einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt haben. Als Basisumsatz zog die Vorinstanz die Offertsumme von Bezzola Denoth als Schutznehmerin in der Höhe von Fr. (...) heran. Gestützt auf die Annahme eines schweren Verstosses erachtete die Vorinstanz einen Basisbetrag von Fr. (...) als angemessen. Die Vorinstanz reduzierte diesen Sanktionsbetrag gestützt auf die Bonusregelung um 30%. Sie führte dazu aus, die auf Nachfrage des Sekretariats hin erfolgten Angaben der Beschwerdeführerin zu einer Wettbewerbsabrede über das Projekt (...) seien zwar über drei Jahre nach denjenigen von Bezzola Denoth erfolgt. Seit dem Hinweis Ende 2015 durch das Sekretariat sei die Kooperation der Beschwerdeführerin jedoch von guter Qualität.

**R.**

Gegen diese Verfügung hat die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 1. Februar 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

## "1. Sanktionierung

- 1.1. Es sei Ziffer 2.3 der Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 aufzuheben und es sei Implenia die Sanktion vollständig zu erlassen (vollständiger Sanktionserlass).
- 1.2. Eventualiter sei Ziffer 2.3 der Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 abzuändern und es sei die Sanktion der Implenia nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts angemessen zu reduzieren, mindestens aber im Umfang von 85 % des relevanten Sanktionsbetrages (teilweise Sanktionsreduktion).

## 2. Massnahmen

- 2.1. Es sei Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 in Bezug auf Implenia aufzuheben.
- 2.2. Eventualiter sei Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 in Bezug auf Implenia ausschliesslich für den sachlich und räumlich relevanten Markt für Hochbauleistungen im Engadin anzuordnen."

Zudem stellt die Beschwerdeführerin folgende Verfahrensanhträge:

- "1. Es seien die Akten des Verfahrens 22-0465: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VIII (...) beizuziehen.
2. Es seien zum Schutz der Bonusmeldung der Implenia unter Beachtung der rechtskräftigen Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 12. Dezember 2016 betreffend das Verfahren 22-0463: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VI keine durch die Implenia als Anzeigerin offenbaren oder sie betreffenden Daten bekannt zu geben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Bundes."

Die Beschwerdeführerin bringt zugunsten ihres Hauptbegehrens auf Aufhebung der ihr auferlegten Verwaltungssanktion zusammengefasst vor, sie habe im Verfahren 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht und daher Anspruch auf einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung. Ihre Selbstanzeige habe auch die Wettbewerbsabrede über das Projekt (...) umfasst, zumal sie einen Gesamtsachverhalt angezeigt habe. Ihren Eventualantrag

auf eine weitergehende Reduktion der Sanktion stützt die Beschwerdeführerin auf mehrere Gründe. So weist sie darauf hin, dass die angefochtene Verfügung Bezzola Denoth einen Bonus von 85% gewähre, obschon diese mangelhaft kooperiert und ihre Selbstanzeige weitgehend widerrufen habe. Selbst für den Fall, dass der Beschwerdeführerin zunächst eine mangelhafte Kooperation vorzuwerfen wäre, habe sie deshalb Anspruch auf einen Bonus von mindestens 85%. Überdies habe die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Sanktionsreduktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus), weil sie zahlreiche Hinweise zu weiteren Verstössen vorgelegt habe. Schliesslich seien die ihr auferlegten Verhaltenspflichten nicht erforderlich und damit nicht verhältnismässig.

**S.**

In ihrer Vernehmlassung vom 18. Mai 2018 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie bestreitet einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung. Denn die Beschwerdeführerin habe erst Ende 2015 eine wirksame Selbstanzeige in Bezug auf die – vorliegend relevante – Einzelsubmissionsabrede über das Projekt (...) eingereicht. Bezzola Denoth habe die Abrede als Erstes – am 4. Dezember 2012 – angezeigt und die relevanten Beweismittel vorgelegt. Demgegenüber habe Implenia erst Ende 2015 Angaben zur betreffenden Abrede gemacht.

**T.**

In ihrer Replik vom 27. August 2018 hält die Beschwerdeführerin an den in der Beschwerde gestellten Anträgen fest.

**U.**

Mit Duplik vom 17. Oktober 2018 bekräftigt die Vorinstanz ihrerseits ihre Anträge.

**V.**

Am 31. Oktober 2018 reichte die Beschwerdeführerin eine unaufgeforderte Eingabe ein, zu welcher die Vorinstanz mit Eingabe vom 16. Januar 2019 Stellung nahm.

**W.**

Auf diese und weitere Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit erforderlich, im Rahmen nachstehender Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1. Prozessvoraussetzungen**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 2. Oktober 2017 (zugestellt am 22. Dezember 2017) und damit gegen ein zulässiges Beschwerdeobjekt im Sinne von Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) i.V.m. Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt. Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Beschwerdefrist von 30 Tagen wurde unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 18. Dezember 2017 bis und mit 2. Januar 2018 (Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG) gewahrt (Art. 50 i.V.m. Art. 20 ff. VwVG). Da auch die anderen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **2. Verfahrensanträge**

**2.1.1** Die Beschwerdeführerin stellt den Antrag auf Beizug der Akten des vorinstanzlichen Verfahrens Nr. 22-0465 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VIII [...]). Sie begründet diesen Antrag insbesondere damit, dass die Verfahren Engadin VIII (...) und Engadin VI (...) Teil derselben Untersuchung Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) seien. Die Akten beider Verfahren stellten somit vorinstanzliche Akten im Sinne von Art. 57 Abs. 1 VwVG dar. Zudem bestehe zwischen beiden Verfahren ein enger Sachzusammenhang. In beiden Verfahren gehe es massgeblich um die Frage, ob die Selbstanzeige der Beschwerdeführerin sich auf den Hochbau im Engadin bezogen habe (vgl. Beschwerde, Rz. 6 ff.). Von den über (...) alleine von Implenia gemeldeten und über (...) als mutmasslich abgesprochen gekennzeichneten Bauprojekten habe die Vorinstanz nach über vierjähriger Untersuchungstätigkeit lediglich zwei nicht namentlich erwähnte Hochbauprojekte identifiziert; neben dem vorliegend betroffenen Projekt (...) das Projekt (...), welches Gegenstand des beantragten Aktenbeizugs sei. Beide Projekte beträfen dieselbe Selbstanzeige, dasselbe Bestätigungsschreiben der Wettbewerbsbehörden zum vollständigen Sanktionserlass, dieselbe Aufforderung der Wettbewerbsbehörden zur Ergänzung der Selbstanzeige, und für beide Hochbauprojekte habe die Beschwerdeführerin im Anschluss weitere Informationen geliefert. Entsprechend stütze sich die Beschwerde beweismässig auch auf Aussagen der Parteien im Verfahren

(...). Der vorliegende Sachverhalt lasse sich deshalb nur "*unter Einbezug der Akten beider Teilverfahren der einheitlichen Untersuchung*" rechtlich vollständig und widerspruchsfrei würdigen (vgl. Replik, Rz. 23 ff.).

**2.1.2** Die Vorinstanz wendet gegen den Antrag ein, die Beschwerdeführerin habe den festgestellten kartellrechtlich relevanten Sachverhalt zum Bauprojekt (...) wie auch die rechtliche Qualifikation als unzulässige Wettbewerbsabrede weder vor der Vorinstanz noch im Beschwerdeverfahren bestritten; weitere Abklärungen des Sachverhalts in dieser Hinsicht erübrigten sich deshalb. Die Historie der Selbstanzeige der Beschwerdeführerin über den vorliegenden Verstoss sei vielmehr den Akten des vorliegenden Verfahrens zu entnehmen; der Beizug der Akten aus dem Verfahren Nr. 22-0465 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VIII [...]) sei diesbezüglich nicht erforderlich. Die vorliegende Streitsache betreffe des Weiteren Rechtsfragen im Kontext von Selbstanzeigen. Ein Beizug von Verfahrensakten aus einem anderen Verfahren sei für die Beurteilung von Rechtsfragen zum vornherein untauglich (vgl. Vernehmlassung, Rz. 16 ff.).

**2.1.3** Nach Art. 39 KG sind in Kartellverwaltungsverfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Auch das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

Der vorliegende Antrag stellt einen Beweisantrag dar (vgl. WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 33 N. 12). Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Hierfür massgebliches Kriterium ist, ob das Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. In diesem Sinne müssen angebotene Beweise nicht abgenommen werden, wenn sie eine für die rechtliche Beurteilung unerhebliche Frage betreffen (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.4.2, *BMW*, m.w.H.).

Der Beweisantrag der Beschwerdeführerin hat den Beizug der vorinstanzlichen Akten des Verfahrens Nr. 22-0465 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VIII [...]) zum Ziel. Die Vorinstanz hat jenes Verfahren wie auch das vorliegend zu beurteilende Verfahren Nr. 22-0463 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VI [...]) jeweils mit Sanktionsverfügung vom 2. Oktober 2017 abgeschlossen; die Beschwerdeführerin hat gegen beide Verfügungen Beschwerde erhoben.

Sowohl das Verfahren betreffend (...) als auch das Verfahren, welches der vorliegend angefochtenen Verfügung zugrunde liegt, sind aus dem Verfahren Nr. 22-0433 (zunächst: Bau Unterengadin, ab dem 22. April 2013: Bauleistungen Graubünden) hervorgegangen. Dieses war mit vorinstanzlicher Zwischenverfügung vom 23. November 2015 in zehn Verfahren aufgetrennt worden (vgl. Sachverhalt, I; E. 12.1); die Akten des ursprünglichen Verfahrens Nr. 22-0433 bis zu dessen Auftrennung am 23. November 2015 sind demzufolge Bestandteil sämtlicher zehn vorinstanzlicher Verfahren. Mit diesen Akten sind damit auch die in den ersten drei Jahren der Untersuchung angefallenen Selbstanzeigeakten Teil des vorliegenden Verfahrens. Es ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die für die Beurteilung der Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung relevanten Mitwirkungsbeiträge wesensgemäss in einer frühen Phase der Untersuchung erbracht werden.

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist eine Einzelabrede über das Projekt (...) zu beurteilen. In Frage steht somit – wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zu Recht ausführt (vgl. Rz. 12) – ein auf ein einzelnes Projekt bezogener Kartellrechtsverstoss und nicht eine systematische (Gesamt-)Abrede (vgl. E. 12.1).

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, stehen vorliegend lediglich Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Anwendung der Bonusregelung im Vordergrund; die Beteiligung der Beschwerdeführerin an einer Wettbewerbsabrede ist demgegenüber weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht bestritten (vgl. E. 7).

Aus diesen Gründen ist ein darüberhinausgehender Beizug der Akten über das Verfahren Nr. 22-0465 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VIII [...]) nicht erforderlich.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann der Antrag auf Beizug der Akten des vorinstanzlichen Verfahrens in Sachen (...) auch nicht auf Art. 57 Abs. 1 VwVG gestützt werden. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Beschwerdeinstanz die Vorinstanz nach Eingang einer Beschwerde "*zur Vorlage ihrer Akten*" auffordert. Beim vorinstanzlichen Verfahren Nr. 22-0465 betreffend (...) (Engadin VIII) handelt es sich – wie aufgezeigt – um ein separates Verfahren, das von dem Verfahren betreffend (...) (Engadin VI) zu unterscheiden ist. Nur letzteres hat in die vorliegend angefochtene Verfügung gemündet (vgl. E. 12.1). Die Akten jenes ersteren Verfahrens stellen damit nicht Vorakten im Sinne von Art. 57 Abs. 1 VwVG

für das vorliegende Verfahren dar. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die beiden Verfahren seien "*Teil derselben Untersuchung Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden)*" (Beschwerde, Rz. 7; Replik, Rz. 24), ist insoweit nicht präzise und damit unzutreffend (vgl. auch E. 12.1).

Aus diesen Gründen ist der Beweisantrag abzuweisen.

**2.2** Sodann stellt die Beschwerdeführerin den Verfahrensantrag, es seien keine durch sie als Anzeigerin offenbaren oder sie betreffende Daten bekannt zu geben. Zu diesem Zweck seien die mit Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 12. Dezember 2016 angeordneten Auflagen und Verwendungsbeschränkungen betreffend die Verfahrensakten auch bei der Publikation des Beschwerdeentscheids zu beachten. Es wäre – so die Beschwerdeführerin – rechtsstaatlich problematisch, wenn zu befürchten wäre, dass der durch die Vorinstanz gewährte Schutz der Selbstanzeige auf der Rechtsmittelstufe konterkariert würde (vgl. Beschwerde, Rz. 10; Replik, Rz. 27 ff.).

Die Vorinstanz wendet gegen diesen Antrag ein, er sei missverständlich und gehe zu weit, zumal das Bundesverwaltungsgericht bei der Publikation seines Urteils – unter Berücksichtigung des Interesses am Schutz des Instituts der Selbstanzeige – den einschlägigen Grundsätzen zur Publikation von Urteilen Rechnung zu tragen habe (vgl. Vernehmlassung, Rz. 19 f.).

Dieser Verfahrensantrag, der im Ergebnis auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin zielt, ist im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen. Das Bundesverwaltungsgericht hat Entschiede grundsätzlich anonymisiert zu veröffentlichen (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, SR 173.320.4). Es hat dabei die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG *ex lege* geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen (vgl. Urteil des BGer 2C\_147/2018 vom 7. Oktober 2021 E. 9.2, *Hors-Liste Medikamente Bayer*; Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 11, *Engadin Il Rocca + Hotz*; B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 E. 3.1.2, *Estée Lauder*; B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 18.2.1, *Luftfracht*; B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere*; B-362/2010 E. 2.2, *Hors-Liste Medikamente Bayer*; B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 E. 1.3.2, *Flughafen Zürich*).

Darüber hinaus misst das Bundesverwaltungsgericht dem Schutz von Angaben von Selbstanzeigern praxisgemäss ein hohes Gewicht bei. Es begründet dies damit, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an einer wirksamen Bonusregelung besteht. Dieses Interesse ergibt sich aus den Zielen des Gesetzgebers, mit der Bonusregelung unzulässigen Wettbewerbsabreden vorzubeugen und entsprechende Abreden aufzudecken (vgl. E. 11.1 ff.).

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Beurteilung unter anderem in einem Urteil vertreten, welches die Einsicht des Kantons Graubünden in Akten eines abgeschlossenen Sanktionsverfahrens der Wettbewerbsbehörden über Submissionsabsprachen im Münstertal (*Engadin IX*) zum Gegenstand hatte. Dabei schützte das Gericht die in der (rechtskräftigen) Verfügung der Vorinstanz vom 17. September 2018 (veröffentlicht in: RPW 2017/3 S. 421 ff.) zum Schutz der Daten von Selbstanzeigern angeordnete Einsichtsbeschränkung. Zur Begründung führte das Gericht unter anderem aus, dass Selbstanzeiger im Vergleich zu den übrigen an der Submissionsabrede beteiligten Unternehmen einem ungleich höheren Risiko ausgesetzt seien, vergaberechtlich oder zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden, wenn diese Daten im Rahmen der Amtshilfe einer ausschreibenden Stelle bekanntgegeben würden. Es erscheine – auch ohne empirischen Nachweis – plausibel, dass Unternehmen sich künftig vermehrt gegen eine Selbstanzeige entscheiden würden, sollten sie eine faktische Benachteiligung in späteren vergabe- oder zivilrechtlichen Verfahren aufgrund der Datenbekanntgabe erwarten. Die ersuchte Datenbekanntgabe könnte daher das gesetzgeberische Ziel einer wirksamen Bonusregelung in Frage stellen. Wenn Wettbewerbsverstösse jedoch unaufgeklärt blieben, könnte dies den faktischen Geltungsanspruch des kartellrechtlichen Sanktionssystems mindern (vgl. Urteil des BVGer A-5988/2018 vom 24. Oktober 2019 E. 7.6, *Kanton Graubünden*; vgl. auch Zwischenverfügung des BVGer B-807/2012 vom 20. Februar 2014 E. 6 f., bestätigt mit Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 5.4.6 *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*; Urteil des BVGer B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017 E. 3.8, E. 5.5 und E. 8, *Publikationsverfügung Luftfracht*).

### **3. Zweck und Geltungsbereich des KG**

**3.1** Das KG bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

**3.2** Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Gesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Als Unternehmen gelten nach Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

Die Beschwerdeführerin ist ein Unternehmen im Sinne des KG, dem die Vorinstanz die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG über die Ausschreibung von Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Projekt (...) vorwirft. Der persönliche, sachliche und örtliche Geltungsbereich gemäss Art. 2 KG ist demzufolge gegeben.

**3.3** Vom KG ausgenommen sind gemäss Art. 3 KG Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder (Dienst-)Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG sind vorliegend jedoch nicht ersichtlich.

#### **4. Streitgegenstand**

Beim Streitgegenstand handelt es sich um das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung – des Anfechtungsgegenstands – bildet, soweit es im Streit liegt. Innerhalb des Anfechtungsgegenstands bestimmen somit die Anträge der beschwerdeführenden Partei den Streitgegenstand (vgl. SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 52 N. 38).

Gegenstand der angefochtenen Verfügung ist, soweit die Beschwerdeführerin betreffend, insbesondere die Auferlegung einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG für die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG über das Projekt (...) (Dispositiv-Ziffer 2.3). Zudem auferlegte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Verhaltenspflichten (Dispositiv-Ziffer 1) und Verfahrenskosten im Umfang von Fr. (...) (Dispositiv-Ziffer 3.3).

Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der sie betreffenden Anordnungen der Vorinstanz in den Ziffern 1 und 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung.

Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist somit neben der Rechtmässigkeit der Sanktion von Fr. (...) auch die Auferlegung von Verhaltenspflichten durch die Vorinstanz (vgl. zur Frage, ob die Auferlegung von Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens ebenfalls Streitgegenstand bildet, E. 17.1).

## 5. Terminologie

In terminologischer Hinsicht sind im Zusammenhang mit der im vorliegenden Fall der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Beteiligung an einer Submissionsabsprache vorab einzelne begriffliche Klärungen vorzunehmen:

Eine Stützofferte zeichnet sich dadurch aus, dass das stützende Unternehmen die Offerte eines anderen Unternehmens – der designierten Schutznehmerin – auf der Grundlage einer gegenseitigen Abstimmung bewusst überbietet, d.h. ihr Angebot zu einem höheren Preis einreicht. Die Schutzgeberin reicht die eigene Offerte damit nur zum Schein ein. Eine Schutznahme ist erfolgreich, wenn die designierte Schutznehmerin den Zuschlag tatsächlich erhält (vgl. Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020, Sachverhalt, A, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht*; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.1.2 f., 9.3.4.1 f., *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*, m.w.H.). Die Beweggründe der abredeteiligen Unternehmen – insbesondere des stützenden Unternehmens – sind insoweit unerheblich.

## 6. Formelle Rügen

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf ihren Antrag auf eine Reduktion der Sanktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) eingegangen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 19, 135 ff.). Da die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine Sanktionsreduktion aufgrund von Bonus Plus lediglich eventualiter geltend macht, ist über ihre Gehörsrüge erst zusammen mit der materiellen Beurteilung einer allfälligen Sanktionsreduktion zu entscheiden (vgl. E. 13 ff.).

## 7. Beweisergebnis und rechtliche Würdigung

**7.1** Nicht bestritten ist das Beweisergebnis der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin sich an einer Abstimmung mit Bezzola Denoth darüber beteiligt hat, wer den Zuschlag hinsichtlich des Projekts (...) erhalten und

dementsprechend zu einem tieferen Preis als die anderen beiden Unternehmen offerieren soll (vgl. Verfügung, Rz. 82, 96; Beschwerde, Rz. 20, 23; Sachverhalt, A).

**7.2** Nicht bestritten ist auch die rechtliche Qualifikation dieses Verhaltens als Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede über die Festlegung von Preisen und die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG (vgl. Verfügung, Rz. 106; Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 7.3.5, *Engadin II Rocca + Hotz*; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.2.2, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*, m.w.H.; vgl. auch Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 7, *Strassenbeläge Tessin*).

**7.3** Aufgrund der Akten besteht kein Anlass, dieses vorinstanzliche Beweisergebnis oder dessen rechtliche Würdigung anzuzweifeln. Demzufolge ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede in Form einer Vereinbarung mit Bezzola Denoth über die Koordination des Eingabeverhaltens an der Ausschreibung (...) rechtsgenügend nachgewiesen werden kann. Konkret sollte eine andere Ausschreibungsteilnehmerin – Bezzola Denoth – den Submissionsauftrag (als Schutznehmerin) erhalten (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 9.3.10 ff., *Engadin IV Foffa Conrad*).

**7.4** Weiter ist der Vorinstanz darin zu folgen, dass die Beschwerdeführerin in Umsetzung dieser Vereinbarung eine *Stützofferte* zugunsten von Bezzola Denoth als designierter Schutznehmerin eingereicht hat (vgl. zur Terminologie E. 5).

Es steht sodann fest, dass Bezzola Denoth den Zuschlag in der Folge erhalten hat, womit die Schutznahme erfolgreich war.

**7.5** Sodann ist nicht bestritten, dass die Submissionsabsprache den Wettbewerb nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beseitigt, sondern "*lediglich*" erheblich beeinträchtigt hat. Denn drei nicht an der Abrede über das Projekt (...) beteiligte Unternehmen haben ebenfalls ein Angebot eingereicht, weshalb von ausreichendem Aussenwettbewerb auszugehen ist (vgl. Verfügung, Rz. 121 ff.).

Schliesslich ist nicht bestritten, dass die Abrede nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann (vgl. Verfügung, Rz. 127 f.).

## **8. Themen des vorliegenden Verfahrens**

Bestritten und damit Thema des vorliegenden Verfahrens ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf einen vollständigen Erlass (vgl. E. 12.5) oder allenfalls auf eine – über den von der Vorinstanz festgelegten Umfang von 30% hinausgehende – Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung (vgl. E. 13 f.). Zudem ist über die Rechtmässigkeit der Auferlegung von Verhaltenspflichten zu entscheiden (vgl. E. 15).

**8.1** Die Beschwerdeführerin begründet ihren Antrag auf Aufhebung der Sanktion im Wesentlichen damit, dass sie als Erstanzeigerin Anspruch auf einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung habe.

Zur Begründung ihres Eventualbegehrens auf angemessene (jedoch im Umfang von mindestens 85% des relevanten Sanktionsbetrags vorzunehmende) Reduktion der Sanktion macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Vorinstanz den Basisbetrag fehlerhaft bemessen habe (vgl. Beschwerde, Rz. 130 ff.). Auch rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz ihr zu Unrecht keine weitergehendere Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung gewährt habe. Dabei beruft sie sich sowohl auf die einfache Bonusregelung nach Art. 12 SVKG als auch auf die Bonus Plus-Regelung nach Art. 12 Abs. 3 SVKG sowie auf die Rechtsgleichheit (vgl. Beschwerde, Rz. 126 ff., 135 ff.).

**8.2** Es ist daher zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin rechtmässig mit einer Verwaltungssanktion von Fr. (...) belastet hat. Dabei ist zunächst die Sanktionierbarkeit des in Frage stehenden Verhaltens der Beschwerdeführerin zu prüfen, bevor die konkrete Sanktionsbemessung beurteilt wird.

Daran anschliessend ist zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG rechtmässig angewendet hat, indem sie die der Beschwerdeführerin aufzuerlegende Sanktion nach Art. 12 SVKG um 30% reduziert hat. Entsprechend den Begehren der Beschwerdeführerin ist dabei zunächst zu prüfen, ob sie Anspruch auf einen vollständigen Erlass des Sanktionsbetrags nach der Bonusregelung hat (vgl. E. 11, 12.5 ff., 13).

## **9. Sanktionierung**

### **9.1 Sanktionierbarkeit**

**9.1.1** Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10% 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. Die Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG hat einen strafrechtsähnlichen Charakter (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.2, *Hors-Liste Medikamente Pfizer*), mit der Folge, dass die strafprozessualen Garantien von Art. 29 f. BV und Art. 6 EMRK auf Kartellsanktionsverfahren grundsätzlich anwendbar sind (vgl. BGE 147 II 144 E. 5.2.1, *Boycott Apple Pay*; BGE 139 I 72 E. 2.2.2, *Publigroupe*).

Nach den vorstehenden Erwägungen hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Beteiligung an einer unzulässigen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG rechtsgenügend nachgewiesen. Damit ist der objektive Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

**9.1.2** Eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG setzt ein Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit voraus. Dieses stellt das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.4.2, *Hors-Liste Medikamente Pfizer*; Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.2.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72], *Publigroupe*; vgl. in diesem Sinne auch die jüngere kartellrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.1.3, *Engadin II Rocca + Hotz*; B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 11.1, *Autohändler*; B-2798/2018 vom 16. Februar 2021 E. 12.1.2, *Naxoo*; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.2.1, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.2, *Nikon*; B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 654 ff., 674 ff., *Swisscom ADSL*; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 14.3.5, *Gaba*). Für die Beurteilung der subjektiven Zurechenbarkeit und damit der Vorwerfbarkeit im engeren Sinne ist ein objektiver Sorgfaltsmassstab anzusetzen (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.2.4, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*, m.w.H.).

Die Vorinstanz führt aus, die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen gehandelt und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache getroffen hätten, hätten dies zumindest eventualvorsätzlich getan. Sodann seien die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Un-

ternehmen zeichnungsberechtigt und hätten jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehört. Ihr Vorsatz für die von ihnen vorgenommenen Handlungen sei daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen (vgl. Verfügung, Rz. 137).

Die Beschwerdeführerin wendet nichts gegen diese Beurteilung ein. Aufgrund der vorliegenden Aktenlage ist deshalb davon auszugehen, dass die für die Beschwerdeführerin handelnden Personen in Ausübung der ihnen ordentlich zugewiesenen geschäftlichen Tätigkeiten gehandelt und sich durch den bewussten Abschluss der vorliegenden Submissionsabsprache pflichtwidrig und damit schuldhaft verhalten haben.

Vorliegend ist das pflichtwidrige Verhalten der Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin subjektiv zuzurechnen, zumal die handelnden Personen mit der betroffenen Geschäftstätigkeit ordnungsgemäss betraut waren. Insgesamt besteht keine Veranlassung, das von der Vorinstanz bejahte subjektive Tatbestandsmerkmal des Verschuldens im Sinne von Vorwerfbarkeit bei der Beschwerdeführerin zu beanstanden.

**9.1.3** Die Beschwerdeführerin wendet sich zu Recht nicht gegen die Sanktionierbarkeit ihrer Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 KG. Die Sanktionierung von Stützofferten als umsatzlose Abredeteilnahmen steht denn auch im Einklang mit der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts. Dieses hat festgehalten, dass Art. 49a Abs. 1 KG zur Sanktionierung auch von umsatzlosen Beteiligungen an Submissionsabsprachen nach Art. 5 Abs. 3 KG in Form von Stützofferten verpflichtet (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012, B-880/2010, je vom 25. Juni 2018 E. 9.6.8.3, E. 11.5.8.3, E. 10.5.8.3, E. 11.4.8.3 *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere, Erne, Granella, Umbricht*, B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.1.7 ff., *Engadin IV Foffa Conrad*, m.w.H. und B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.4, *Engadin II Rocca + Hotz*). Demnach bildet Art. 49a Abs. 1 KG für die Sanktionierung der vorliegenden kartellrechtlich unzulässigen Verhaltensweise die hinreichende formell-gesetzliche Rechtsgrundlage (vgl. auch TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 49; ZIRLICK/BRUCH, *Ausgewählte Verfahrensrechtliche Fragen*, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], *Verfahrensrecht, staatliche Wirtschaftstätigkeit und algorithmenbasierte Kartelle*, 2019, S. 19 ff.). Ein Spielraum für eine davon abweichende Regelung auf Verordnungsstufe besteht nicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber die grundlegenden Voraussetzungen für einen ganzen oder teilweisen Verzicht auf

die Belastung mit einer Sanktion bereits abschliessend auf Gesetzesstufe geregelt.

## 9.2 Bemessung

**9.2.1** Die Beschwerdeführerin rügt zunächst die Bemessung des Basisbetrags als fehlerhaft. Sie erachtet es als rechtswidrig, dass die Vorinstanz als Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag die Offertsumme von Bezola Denoth als Schutznehmerin in der Höhe von Fr. (...) herangezogen hat. Auch beanstandet sie, dass die Vorinstanz gestützt hierauf für sie einen Basisbetrag von Fr. (...) angenommen habe, was 3,6% [recte: 3,93%] des "Basisumsatzes" entspreche. Es sei vielmehr von einem Basisbetragsatz von nicht mehr als 1% und damit einem zulässigen Basisbetrag von abgerundet höchstens Fr. (...) auszugehen (vgl. Beschwerde, Rz. 130 ff.).

Die Beschwerdeführerin bringt im Einzelnen vor, die Vorinstanz verhängte gegen Unternehmen, die trotz ihres Wettbewerbsverstosses keinen Umsatz auf dem relevanten Markt erzielt hätten, praxisgemäss Pauschalsanktionen. Sie verweist dabei auf die Verfügung der Vorinstanz in Sachen *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* vom 16. Dezember 2011. In diesem Verfahren habe die Vorinstanz in mehreren Fällen, unter denen sich auch Projekte in Millionenhöhe befunden hätten, für Stützofferten eine Pauschalsanktion von Fr. (...) als angemessen erachtet. Bereits unter der Prämisse, dass lediglich zwei Projekte eine Millionenhöhe aufwiesen, entspreche dies einem Sanktionsrahmen von ca. 2,5%. Da davon auszugehen sei, dass der mit den geschützten Projekten erzielte Umsatz deutlich über Fr. (...) gelegen habe, sei diese Praxis aus Gleichbehandlungsgründen vorliegend anzuwenden. Es sei dabei von einem Sanktionsrahmen von nicht mehr als 1% auszugehen, was einem zulässigen Basisbetrag von abgerundet höchstens Fr. (...) entspreche (vgl. Beschwerde, Rz. 132 ff.).

In ihrer Replik bringt die Beschwerdeführerin vor, das Bundesverwaltungsgericht habe in seinen Urteilen in Sachen *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* vom 25. Juni 2018 die Verhängung von Pauschalsanktionen bei umsatzlosen Kartellrechtsverstössen im Ergebnis als rechtmässig beurteilt. Es sei aus Gleichbehandlungsgründen dieser Pauschalsanktionierung zu folgen, weil eine vergleichbare Ausgangslage vorliege (vgl. Replik, Rz. 63).

**9.2.2** Die Vorinstanz führt an, aus ihren bisherigen Entscheiden zu Einzelsubmissionsabreden lasse sich keine gefestigte Praxis zur Frage ableiten, wie die Sanktion bei nicht umsatzgenerierendem, aber unzulässigem Verhalten zu berechnen sei. Sie habe dies bereits in der Verfügung in Sachen *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* festgehalten. Eine Praxisänderung liege somit nicht vor. Es erübrige sich daher zu prüfen, ob die – von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vorgenommene – Orientierung und Berechnung des Basisbetrags bei Stützofferten am Volumen der betroffenen Submission anstelle der Verhängung von Pauschalsanktionen als zulässige Praxisänderung zu werten wären. Selbst wenn man annähme, dass durch ihren Entscheid in Sachen *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* eine Praxis entstanden wäre, so wäre diese durch ihren Entscheid in Sachen *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* jedenfalls wieder aufgegeben worden. Denn in diesem rechtskräftigen Entscheid sei festgehalten worden, dass für die Abgabe von Stützofferten nicht bloss Pauschalsanktionen aufzuerlegen seien, sondern die Sanktion anhand eines Basisbetrags festzulegen sei, welcher sich am Volumen des relevanten Markts orientiere (vgl. Verfügung, Rz. 142 f.; Vernehmlassung, Rz. 49).

**9.2.3** In den Art. 2 ff. SVKG hat der Bundesrat die Kriterien für die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens von Art. 49a Abs. 1 KG festgelegt – präzisiert. Danach geht die konkrete Sanktionsbemessung von einem Basisbetrag aus, welcher je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10% des Umsatzes bildet, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Je nach der Dauer des Wettbewerbsverstosses wird der Basisbetrag gegebenenfalls erhöht (Art. 4 SVKG). Bei erschwerenden oder mildernden Umständen erfolgt eine weitere Erhöhung oder eine Verminderung der Sanktion (Art. 5 und 6 SVKG). Insgesamt kann die Sanktion aber in keinem Fall mehr als 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens betragen (Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG; Art. 7 SVKG; vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.1, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*, m.H. auf BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f., *Gaba*; BGE 144 II 194 E. 6.2, *BMW*).

**9.2.3.1** Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die bei ihm angefochtenen Verfügungen und Entscheide grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG). Der Vorinstanz kommt jedoch

bei der Bestimmung der Sanktionshöhe ein Ermessen zu, das sie pflichtgemäss auszuüben hat (vgl. BGE 147 II 72 E. 8.5.2, *Hors-Liste Medikamente Pfizer*, m.H. auf BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3, *Swisscom ADSL*; Urteile des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.1, *Swisscom WAN*; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 9.1, 9.2.6, *Nikon*).

Zu korrigieren sind Ermessensentscheide, wenn eine Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Praxis und Lehre anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder das Ergebnis sich als offensichtlich unbillig, d.h. in stossender Weise ungerecht erweist (vgl. Urteile des BVGer B-4042/2010 vom 8. November 2010 E. 10.2; B-4830/2011 vom 26. Juni 2013 E. 6.3, B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 3, *Musik Hug*; B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.5.2, *Engadin II Rocca + Hotz*).

**9.2.3.2** Bei der gerichtlichen Beurteilung der Rechtmässigkeit der Bemessungsmethode ist unter anderem das allgemeine verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) zu beachten (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.8.7, 11.4.8.12, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht*). Danach sind Sachverhalte, die in den rechtlich relevanten tatsächlichen Elementen übereinstimmen, rechtlich gleich zu behandeln (vgl. Urteil des BGER 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 9.8.3 [nicht publizierte Erwägung in BGE 143 II 297], *Gaba*; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018 E. 11.5.8.12, *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau Erne*; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.3.12 ff., *CA Auto Finance Suisse*; B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.4.3, *Engadin II Rocca + Hotz*). Die Rechtsgleichheit und die Rechtssicherheit können einer Änderung einer gefestigten Behördenpraxis entgegenstehen (vgl. BGE 142 II 136 E. 3.4; BGE 127 I 49 E. 3; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 23 Rz. 13). Eine Praxisänderung kann nur dann vorgenommen werden, wenn über längere Zeit eine gefestigte Praxis bestanden hat, d.h. in mehreren Fällen gleich entschieden und so eine Erwartung mit Blick auf künftige Fälle begründet worden ist. Eine gefestigte Praxis kann damit grundsätzlich nicht auf einzelne Fälle zurückgeführt werden (vgl. Urteile des BVGer A-185/2016 vom 6. Mai 2016 E. 2.6.3, m.w.H.; B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.8.12, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht*).

Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid in Sachen *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* vom 16. Dezember 2011 gegenüber einzelnen Unternehmen, die durch ihre Abredebeteiligungen keinen Umsatz generiert haben, Pauschalsanktionen auferlegt (vgl. Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 in der Untersuchung betreffend *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* [veröffentlicht in: RPW 2012/2 S. 270 ff.], Rz. 1089 ff., 1144).

Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid in Sachen *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* vom 22. April 2013 jedoch angekündigt, auf umsatzlose Abredebeteiligungen zukünftig eine andere Bemessungsmethode anzuwenden, die sich am Volumen des relevanten Markts orientiert (vgl. Verfügung der Vorinstanz vom 22. April 2013 betreffend *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* [veröffentlicht in: RPW 2013/4 S. 524 ff.], Rz. 951). Im Einzelnen führte die Vorinstanz Folgendes aus:

"[...] Um dem Gesetz Nachachtung zu verschaffen, muss in solchen Fällen von einer wortgetreuen Anwendung von Art. 3 SVKG abgesehen und die Bestimmung des Basisbetrags anderweitig vorgenommen werden. Dabei ist eine Orientierung am Volumen des relevanten Marktes – wie dies auch dem Art. 3 SVKG zu Grunde liegenden Gedanken entspricht – naheliegend" (Rz. 951).

Es besteht demzufolge und entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine gefestigte Praxis der Wettbewerbsbehörden zur Sanktionsbemessung bei umsatzlosen Beteiligungen an Wettbewerbsabreden, wonach umsatzlose Abredebeteiligungen mit einer (tieferen) Pauschalsanktion zu ahnden seien (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.4., *Engadin II Rocca + Hotz*).

Nichts zu ihren Gunsten vermag die Beschwerdeführerin diesbezüglich aus den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* vom 25. Juni 2018 (Urteile des BVGer B-807/2012 E. 11.5.8, *Erne*; B-880/2012 E. 11.4.8, *Umbricht*; B-829/2012 E. 10.5.8, *Granella*; B-771/2012 E. 9.6.8, *Cellere*) abzuleiten. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in diesen Urteilen zwar zu den Grundsätzen der Sanktionierung und der Sanktionsbemessung bei umsatzlosen Beteiligungen an Submissionsabsprachen geäußert. Es hat jedoch – wie die Beschwerdeführerin einräumt (vgl. Replik, Rz. 63) – offengelassen, nach welcher Methode die Bemessung der Sanktion im Rahmen dieser Grundsätze im Einzelnen zu erfolgen hat (vgl. Urteil des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.4.3, *Engadin II Rocca + Hotz*). Dies entspricht im

Übrigen auch der Rechtsprechung der EU-Gerichte, wonach die EU-Kommission bei der Wahl der Bemessungsmethode ein weites Ermessen habe und insoweit eine Vielzahl von Faktoren berücksichtigen könne (vgl. rechtsvergleichend EuGH, EU:C:2007:277, Rz. 81, *SGL Carbon*).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine gefestigte Praxis der Vorinstanz besteht, was die Sanktionsbemessung bei umsatzlosen Abredebeiträgen anbelangt. Die Beschwerdeführerin kann sich deshalb nicht auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV berufen, um in Bezug auf ihre (umsatzlose) Abredebeiträge einen Anspruch auf eine (tiefere) Pauschalsanktion zu begründen.

Im Übrigen sind weder das Bundesverwaltungsgericht noch das Bundesgericht bei der Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen an die Praxis der Verwaltungsbehörden gebunden, andernfalls der verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutz auf richtige Anwendung des Rechts unterlaufen würde (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.3.3).

### **9.3 Basisbetrag**

Davon ausgehend ist nachfolgend zu prüfen, ob die Vorinstanz den Basisbetrag rechtmässig festgelegt hat. Dabei ist zunächst auf die Bemessungsgrundlage einzugehen (vgl. E. 9.3.1 f.), bevor die Höhe des Basisbetrags beurteilt wird (vgl. E. 9.4).

**9.3.1** Die Vorinstanz führt mit Bezug auf die Bestimmung der Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag aus, soweit Art. 3 SVKG bei der Berechnung des Basisbetrags am erzielten Umsatz im relevanten Markt anknüpfe, beschränke sich dessen Gehalt auf Fälle, in denen das fehlbare Unternehmen tatsächlich einen solchen Umsatz erwirtschaftet habe. Bei schutzgebenden Unternehmen treffe dies wesensgemäss nicht zu. Hier sei der Basisbetrag hilfsweise unter Berücksichtigung der Offertsumme des schutznehmenden Unternehmens zu bestimmen. Denn dieser Betrag reflektiere die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und gebe dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des Kartellverstosses (vgl. Verfügung, Rz. 144; Vernehmlassung, Rz. 49).

**9.3.2** In den Art. 2 ff. SVKG hat der Bundesrat die Kriterien für die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des abstrakten Sanktionsrahmens von Art. 49a Abs. 1 KG präzisiert. Ausgangspunkt ist die Festlegung eines Basisbetrags. Die diesbezügliche Bestimmung von Art. 3 SVKG lautet wie folgt:

"Der Basisbetrag der Sanktion bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat."

**9.3.3** Mangels generell-abstrakter Vorgaben auf Verordnungsebene ist die konkrete Bemessungsmethode für die Sanktionierung von Stützofferten und erfolglosen Schutznahmen demnach – innerhalb der nachfolgend noch aufzuführenden Schranken – durch die Praxis der Wettbewerbsbehörden zu entwickeln (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.5 *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*).

**9.3.4** Bei der gerichtlichen Beurteilung der Rechtmässigkeit der Bemessungsmethode sind neben allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen wie dem Willkürverbot (Art. 9 BV), dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) insbesondere und in erster Linie auch die vom Kartellgesetz selber aufgestellten Anforderungen an die Sanktionsbemessung zu beachten (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.8.7 *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht*).

**9.3.5** So schreibt Art. 49a KG vor, dass ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis maximal 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden kann. Dabei ist anerkannt, dass Kartellsanktionen schmerzen, aber ein Unternehmen auch nicht in den Konkurs treiben sollen. Der finanzielle Nachteil soll jedoch so gross sein, dass sich eine Beteiligung an der Zuwiderhandlung nicht lohnt (vgl. Urteile des BVGer B-2798/2018 vom 16. Februar 2021 E. 12.2.2, *Naxoo*; B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.7 *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*, m.H. auf BGE 143 II 297 E. 9.7.2 m.H., *Gaba*; Erläuterungen der Vorinstanz zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 2 Abs. 2).

**9.3.6** Indem die Vorinstanz auf die Offertsumme von Bezzola Denoth als erfolgreiche Schutznehmerin und damit auf den Umsatz abstellt, den diese auf dem betroffenen – vorliegend von der Vorinstanz auf die einzelne Ausschreibung beschränkten – Submissionsmarkt erzielt hat, knüpft sie an einen Betrag an, der mit dem Verstoss eng zusammenhängt sowie dessen wirtschaftliche Bedeutung und potentielle Schädlichkeit widerspiegelt (vgl. zur volkswirtschaftlichen Schädlichkeit auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.9 *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*). Eine solche Bemessungsmethode trägt dem Grundgedanken von

Art. 3 SVKG Rechnung, wonach die Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag anhand eines tatnahen Umsatzes zu bestimmen ist (vgl. Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 9.5.2, *Engadin II Rocca + Hotz*; B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 18.3.3, *Buchhändler Dargaud*, m.w.H.). Sie entspricht im Übrigen auch der Praxis der EU-Wettbewerbsinstanzen (vgl. EuGH, EU:C:2014:2363, Rz. 57, *Guardian Industries*; EuG, EU:T:2011:289, Rz. 58 ff., *belgisches Umzugskartell Putters*, jeweils mit Hinweisen auf Ziff. 13 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1/2003 [ABl. 2006, C 210, S. 2]).

**9.3.7** Die von der Vorinstanz gestützt hierauf gewählte Methode zur Festlegung der Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag ist schlüssig und nachvollziehbar und damit mit den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen – insbesondere mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV – sowie mit den kartellgesetzlichen Vorgaben nach Art. 49a Abs. 1 KG vereinbar (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.2.7, *Engadin IV Foffa Conrad*).

Das vorinstanzliche Vorgehen, die Bemessungsgrundlage für den Basisbetrag anhand der Offertsumme von Bezzola Denoth als Schutznehmerin festzulegen, ist demzufolge bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

**9.4** Es ist des Weiteren die Rechtmässigkeit des Basisbetragsatzes zu beurteilen.

**9.4.1** Die Vorinstanz legt den Basisbetrag für den Verstoss der Beschwerdeführerin auf Fr. (...) fest (vgl. zur Gewährung eines Bonus von 30% durch die Vorinstanz E. 10). Dieser Betrag entspricht rund der Hälfte (49,15%) des Basisbetrags von Fr. (...), den die Vorinstanz gestützt auf einen Basisbetragsatz von 8% Bezzola Denoth als erfolgreicher Schutznehmerin auferlegt. Ausgehend von der Offertsumme von Bezzola Denoth von Fr. (...) als vorliegend relevanter Umsatz resultiert hieraus ein Basisbetragsatz von rund 4% (3,93%).

**9.4.2** Der Sanktionsbetrag bestimmt sich nach Art. 49a Abs. 1 KG unter anderem nach der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Dies konkretisierend sieht Art. 3 SVKG vor, dass der Basisbetrag je nach der "*Schwere und Art des Verstosses*" bis zu 10% des massgeblichen Umsatzes beträgt.

**9.4.3** Unter Schwere ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die objektive, d.h. verschuldensunabhängige Schwere zu verstehen. Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential. Auch sind bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses unter anderem dessen Wirksamkeit und der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Dem Umstand, ob der Verstoss in einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs liegt, ist mithin angemessen Rechnung zu tragen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2, *Swisscom ADSL*; BGE 144 II 194 E. 6.4, *BMW*; BGE 143 II 297 E. 9.7.1 f., *Gaba*; Urteil des BGer 2C\_985/2015 vom 9. Dezember 2019 E. 9.2.3.2, *Swisscom ADSL*; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.6.1, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*).

**9.4.4** Den Wettbewerbsbehörden kommt bei der Festlegung des Basisbetragsatzes ein Ermessen zu, das sie pflichtgemäss auszuüben haben (vgl. BGE 148 II 25 E. 12.1, *Buchhändler Dargaud*; 147 II 72 E. 8.5.2, *Hors-Liste Medikamente Pfizer*, m.H. auf BGE 146 II 217 E. 9.2.3.3, *Swisscom ADSL*; Urteile des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 10.4.1, *Swisscom WAN*; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 9.1, 9.2.6, *Nikon*; WEBER/VOLZ, *Fachhandbuch Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl. 2023, N. 4.379 f.; vgl. auch E. 9.2.3.1).

**9.4.5** Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten harten Kartellabreden gelten gemeinhin als Wettbewerbsverstösse mit hohem Schädigungspotential für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft (vgl. Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBI 1995 I 468 ff., 491, 517, 635, nachfolgend: Botschaft KG 1995; Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBI 2002 2022 ff., 2036, nachfolgend: Botschaft KG 2002; BGE 135 II 60 E. 2.1, *Domestic Interchange Fee*; BGE 143 II 297 E. 5.2.4, *Gaba*; Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 8, *Strassenbeläge Tessin*, m.w.H.; HEINEMANN, *Festschrift von Büren*, S. 613; TAGMANN/ZIRLICK, in: *BSK-KG*, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 25, 50).

**9.4.6** Mit einer öffentlichen wie privaten Ausschreibung schaffen Ausschreiber eine Wettbewerbssituation unter den vom konkreten Vergabeverfahren angesprochenen Marktteilnehmern. Diese sollen in einen Wirtschaftlichkeits-Wettbewerb treten, wobei sie sich anstrengen sollen, Mitbewerber mit einem insgesamt attraktiveren Angebot zu übertreffen. Dies im Wissen, dass nur der auf die Zuschlagskriterien bezogene günstigste Anbieter den

Zuschlag erhält. Der Vergabewettbewerb soll es einem Ausschreiber ermöglichen, Leistungen zu vergleichen und das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis und damit das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot wählen zu können. Der angestrebte Vergabewettbewerb spielt aber nur dann, wenn die Offerenten unabhängig voneinander um die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung wetteifern, indem sie ihr Angebot je individuell und im Sinne der Bedürfnisse des Ausschreibers zu optimieren versuchen. Die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots aus mehreren Angeboten obliegt allein dem Ausschreiber. Dieser tritt mit jedem teilnahmeberechtigten Anbieter in je ein Verhandlungsverhältnis im Hinblick auf einen allfälligen späteren Vertragsabschluss. Die Verhandlungsverhältnisse beinhalten dabei immer ein Vertrauensverhältnis, welches neben dem Ausschreiber auch jeden teilnahmeberechtigten Anbieter zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet (Art. 2 ZGB; vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, Rz. 470, 474). Als Ausfluss dieses Vertrauensverhältnisses und des zentralen Wettbewerbscharakters der Ausschreibung haben private wie öffentliche Ausschreiber berechtigterweise ein hohes Vertrauen darin, dass Anbieter tatsächlich je selbständig und unabhängig voneinander um den Vertragsabschluss wetteifern. Anbieter unterlaufen jedoch die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts, wenn sie die zur Eruerung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots vorausgesetzte freie Willensbildung des Ausschreibers eigenmächtig durch Kontaktaufnahmen untereinander manipulieren oder auch nur zu manipulieren versuchen. Anbieter, welche ihr Angebot verdeckt nicht selbständig und unabhängig ausarbeiten, spiegeln dem Ausschreiber treuwidrig eine unabhängige Offerteingabe und damit einen vermeintlich unverfälschten Wettbewerb vor. Das zentrale Hauptziel des Vergaberechts, den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu fördern, wird bei dieser Sachlage untergraben und verfehlt (vgl. Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.3.2, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere*, m.w.H.).

**9.4.7** Im Rahmen von Ausschreibungen getroffene harte Horizontalabreden sind nach allgemeiner Erkenntnis volkswirtschaftlich und sozial besonders schädlich. Sie gefährden nicht nur unmittelbar und auf gravierendste Weise das berechnete Interesse der ausschreibenden Stellen, das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot und namentlich den unverfälschten Marktpreis zu eruieren. Aufgrund marktfremder Preissteigerungen auf Kosten der Allgemeinheit, eines geringeren Effizienz- und Innovationswettbewerbs sowie verzögerter oder ausbleibender Strukturanpassungen verursachen Submissionsabsprachen vielmehr auch mittel- und langfristige hohe volkswirtschaftliche Kosten und Schäden (vgl. Urteil des BVGer

B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.6.4, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht*, m.w.H.). Die besonders schädliche Qualität der vorliegenden – unter Art. 5 Abs. 3 KG fallenden – Submissionsabsprachen bleibt denn auch im Fall einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bestehen (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.2.4, 9.4.4, *Gaba*).

**9.4.8** Auch bei Stützofferten handelt es sich um schwerwiegende Kartellrechtsverstösse mit einem gravierenden Gefährdungspotential. Denn die Einreichung einer Stützofferte stellt die notwendige Voraussetzung für die Organisation eines Schutzes und ebenfalls ein wettbewerbsvortäuschendes und volkswirtschaftlich schädliches Verhalten dar (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.8.9, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*).

**9.4.8.1** Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Schädlichkeit der im vorliegenden Fall zu beurteilenden Submissionsabsprache anders zu beurteilen wäre. Dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin die Abrede durch Abgabe einer Stützofferte umgesetzt hat. Hinzu kommt, dass Bezzola Denoth als designierte Schutznehmerin den Zuschlag auch tatsächlich erhalten hat. Hieran nichts zu ändern vermag der Umstand, dass Bezzola Denoth das günstigste Angebot eingereicht hat (vgl. Verfügung, Rz. 48; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.6.5, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne*). Denn es besteht kein ernsthafter Zweifel daran, dass Bezzola Denoth als designierte Schutznehmerin im Wissen um die Stützofferte einer anderen Anbieterin zu einem höheren Preis als unter Wettbewerbsbedingungen offeriert haben dürfte. Das Kartellrecht will nicht bestimmte Ergebnisse sicherstellen, sondern einen funktionierenden Wettbewerb als dynamischen Prozess fördern (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.5.6.5, *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau Erne*).

**9.4.8.2** Dass es neben den abredeteiligen Unternehmen drei sog. Aussenseiter gab, die an der Ausschreibung in Sachen (...) ebenfalls eine Offerte eingereicht haben und dabei zu einem höheren Preis offerierten als Bezzola Denoth, ändert nichts an der Schädlichkeit des fraglichen Verhaltens für das Funktionieren des Wettbewerbs. Obwohl Submissionsabsprachen die Abredeteiligen in dieser Konstellation nur teilweise vom Konkurrenzdruck durch unbeteiligte Konkurrenten zu entlasten vermögen, beeinträchtigen auch solche Absprachen den angestrebten Vergabewettbe-

werb derart, dass die Erheblichkeitsschwelle von Art. 5 Abs. 1 KG als überschritten erachtet werden muss. Denn auch solche – nur gewisse Offerenten umfassenden – Submissionsabsprachen verkleinern unabhängig von der Anzahl der Abredebeteiligten in jedem Fall die Auswahlmöglichkeit der ausschreibenden Stelle und hindern diese daran, das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot im freien Spiel von Angebot und Nachfrage zu ermitteln (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 10.3.3, *Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau Erne*).

**9.4.8.3** Die von der Vorinstanz vorgenommene hälftige Reduzierung des Basisbetragsatzes gegenüber der Beschwerdeführerin im Vergleich zur Schutznehmerin erscheint vertretbar und angemessen und ist deshalb bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Denn indem die Vorinstanz bei der Beurteilung der Schwere des kartellrechtswidrigen Verhaltens auch die Rolle des jeweiligen abredebeteiligten Unternehmens berücksichtigt, übt sie ihr Ermessen (vgl. E. 9.4.4) pflichtgemäss aus (vgl. in diesem Sinne Botschaft KG 2002, 2034, 2039; KRAUSKOPF/SENN, *Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic!* 2003, S. 21). Sie berücksichtigt dadurch auch, dass der mit der Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG auferlegte finanzielle Nachteil zur Sicherstellung einer wirksamen Abschreckung so gross sein soll, dass sich eine (auch umsatzlose) Beteiligung an einer Zuwiderhandlung wirtschaftlich nicht lohnt (vgl. in diesem Sinne Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 630, *Swisscom ADSL*; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 8.1.4, 9.2.3, *Nikon*; Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 5 Abs. 1; ZIRLICK/BRUCH, a.a.O., S. 19 ff., 23). So ist bei Submissionsabsprachen davon auszugehen, dass eine erfolgreiche Schutznehmerin eine Kartellrente erzielt (vgl. OECD-Report, *Competition and Procurement*, 2011, Key Findings). Diese Kartellrente ist – soweit sie abgeschätzt werden kann – gemäss Art. 49a Abs. 1 KG angemessen zu berücksichtigen und somit abzuschöpfen. Da diese Zwecksetzung bei umsatzlosen Abredebeteiligungen in Form einer Stützofferte entfällt, erscheint es im Lichte der erwähnten rechtsstaatlichen Grundsätze (vgl. E. 9.3.4) regelmässig sachgerecht, Stützofferten mit einem im Vergleich zu erfolgreichen Schutznahmen tieferen Basissatz zu ahnden (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 15.3.14, *Engadin IV Foffa Conrad*).

**9.4.8.4** Damit übereinstimmend führen auch die EU-Gerichte aus, dass bei der Festsetzung der Höhe von Geldbussen sämtliche Faktoren, die für die Beurteilung der Schwere von Zuwiderhandlungen eine Rolle spielen, zu

berücksichtigen seien. Dazu zählten das Verhalten jedes einzelnen Unternehmens, die Rolle, die jedes Unternehmen bei der Abstimmung der Verhaltensweisen gespielt habe, der Gewinn, den die Unternehmen aus diesen Verhaltensweisen hätten ziehen können, ihre Grösse und der Wert der betroffenen Waren sowie die Gefahr, die derartige Zuwiderhandlungen für die Ziele der EU bedeuteten (vgl. EuGH, C-389/10, EU:C:2011:816, Rz. 123 ff., *KME*; EuG, T-391/09, EU:T:2014:22, Rz. 238, *Evonik Degussa*).

Die Vorinstanz legt sowohl gegenüber der Beschwerdeführerin als auch gegenüber Martinelli den Basisbetragssatz auf 4% fest. Diese hat gemäss der – insoweit unangefochten gebliebenen – Verfügung ebenfalls eine Stützofferte zugunsten von Bezzola Denoth abgegeben (vgl. Rz. 148). Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht, dass die Vorinstanz die Schwere des der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Verhaltens im Vergleich zu Martinelli (noch) milder hätte beurteilen sollen. Die vorinstanzliche Bemessung der Sanktion wahrt auch insoweit die Rechtsgleichheit.

**9.4.8.5** Bei der Beurteilung der Schwere eines Verstosses ist jedoch auch der Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung angemessen zu berücksichtigen (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4, *BMW*; BGE 143 II 297 E. 9.7.2, *Gaba*; Urteile des BVGer B-4756/2021 vom 13. Juni 2023 E. 3.3, *Hors-Liste Eli Lilly*; B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.6.6, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht*, m.w.H.). In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung hat die Vorinstanz bei der Festlegung des Basisbetragssatzes dem Umstand Rechnung getragen, dass die Abrede den Wettbewerb "lediglich" im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt, nicht jedoch beseitigt hat (vgl. Verfügung, Rz. 146 f.; Vernehmlassung, Rz. 60; vgl. E. 7.5).

**9.4.8.6** Insgesamt erscheint der von der Vorinstanz festgelegte Basisbetragssatz von rund 4% des relevanten Umsatzes mit Blick auf die Schwere der vorliegend nachgewiesenen Abredebeteiligung der Beschwerdeführerin weder als bundesrechtswidrig noch als unangemessen. Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was diese Beurteilung in Frage stellen könnte.

Erschwerungsgründe nach Art. 5 SVKG sind nicht ersichtlich.

**9.4.9** Die Praxis anerkennt die Möglichkeit, die Sanktion bei besonders guter Kooperation ausserhalb der Bonusregelung unter dem Titel der mildernenden Umstände nach Art. 6 Abs. 1 SVKG zu mindern (vgl. Urteile des BVGer

B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.3.6, *Publigroupe*; B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 778, *Swisscom ADSL*; B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.6.3 ff., *CA Auto Finance*). Die Frage, ob der Sanktionsbetrag wegen Vorhandenseins eines mildernden Umstands nach Art. 6 SVKG – hier einer besonderen Kooperation der Beschwerdeführerin – zu mindern ist, stellt sich jedoch erst dann, wenn ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Sanktionserlass oder -reduktion unter dem Titel der Bonusregelung (Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG; vgl. E. 10) zu verneinen ist. Dies aus den folgenden Gründen:

Zwar sieht die Bestimmung von Art. 6 SVKG keine Obergrenze für eine Minderung vor. Die zu einer Minderung führende Kooperation ist jedoch typischerweise weniger weitreichend als die Zusammenarbeit, welche die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass oder für eine Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung erfüllt (vgl. PICT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 6 SVKG N. 14 f.; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 86 m.w.H.; TAGMANN, a.a.O., S. 278). Die Mitwirkung unter dem Titel der Bonusregelung sollte daher für ein Unternehmen grundsätzlich zu einer grösseren Belohnung führen als die Kooperation unter dem Aspekt der mildernden Umstände nach Art. 6 SVKG, ansonsten die Attraktivität und Wirksamkeit der Bonusregelung geschmälert werden könnten (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.3.6, *Publigroupe*, m.w.H.; ROTH/BOVET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a KG N. 66; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 86). Demzufolge ist vorliegend ein allfälliger Anspruch der Beschwerdeführerin auf Sanktionsreduktion zunächst unter dem Titel der Bonusregelung zu prüfen; erst wenn ein solcher verneint würde, stellte sich die Frage eines Anspruchs auf Minderung der Sanktion nach Art. 6 SVKG.

## 10. Bonusregelung: Standpunkte der Verfahrensbeteiligten

Zu prüfen ist dementsprechend, ob die Vorinstanz die Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG durch Gewährung einer Sanktionsreduktion im Umfang von 30% an die Beschwerdeführerin rechtmässig angewendet hat. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe als Erstanzeigerin Anspruch auf einen vollständigen Erlass der Sanktion. Es stellt sich somit die Frage, ob die Sanktion gänzlich zu erlassen ist oder ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Sanktion nach der Bonusregelung oder unter einem anderen Titel zu reduzieren ist.

**10.1** Die Beschwerdeführerin begründet ihren Standpunkt im Wesentlichen damit, dass sie als erstes Unternehmen mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Bereich Hochbau für den gesamten Kanton Graubünden angezeigt habe. Ihre Selbstanzeige habe auch den Verstoss in Bezug auf die Ausschreibung (...) umfasst (vgl. Beschwerde, Rz. 13, 71 ff.; Replik, Rz. 34, 40 f.).

**10.1.1** Die Beschwerdeführerin macht im Einzelnen sinngemäss geltend, für die Beurteilung ihres Anspruchs auf Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung sei auf den Untersuchungsgegenstand "*im Augenblick der Selbstanzeige*" abzustellen. Gegenstand der Untersuchung im Zeitpunkt ihrer Selbstanzeige seien mutmassliche Wettbewerbsabreden in Graubünden bezüglich der Märkte für Hoch-, Tief- und Strassenbau gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 82). Der demnach massgebliche Untersuchungsgegenstand umfasse "*allfällige[n] Abreden zwischen Unternehmen, namentlich in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau [...] im Kanton Graubünden*" (vgl. Replik, Rz. 1, 4, 34, 40).

**10.1.2** Gestützt hierauf macht die Beschwerdeführerin zur Begründung ihres Anspruchs auf einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung geltend, sie habe mit ihrer Selbstanzeige und deren Ergänzungen einen "*Gesamtsachverhalt mit einer unüberschaubaren Vielzahl mutmasslicher Wettbewerbsverstösse*" bzw. einen "*äusserst komplexen marktumspannenden Wettbewerbsverstoss mit einer Vielzahl möglicherweise betroffener Bauprojekte*" angezeigt (vgl. Beschwerde, Rz. 17, 84, 86, 91; Replik, Rz. 1, 13 ff., 35, 40, 55; Eingabe vom 31. Oktober 2018, Rz. 2, 4). Die Wettbewerbsabrede über das Projekt (...) sei Teil eines solchen Gesamtsachverhalts und die angefochtene Verfügung sei Teil der im Oktober 2012 eröffneten und "*noch laufenden Untersuchung Bauleistungen Grau-*

*bünden*", in der die Beschwerdeführerin Erstanzeigerin sei. Ihre Selbstanzeige habe sich damit auch auf das Projekt (...) bezogen (vgl. Beschwerde, Rz. 11; Replik, Rz. 12 ff.).

**10.2** Die Vorinstanz bestreitet einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung. Sie führt zunächst aus, die Beschwerdeführerin erwecke in ihrer Beschwerde den unzutreffenden Eindruck, dass der begangene Verstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt (...) Teil einer Gesamtabrede gewesen sei. Der Verstoss gegen das Kartellrecht, an dem die Beschwerdeführerin sich vorliegend beteiligt habe, bilde jedoch nicht Teil einer systematischen Abrede, sondern betreffe vielmehr eine Einzelsubmissionsabrede. Es handle sich um einen isolierten, einzelprojektbezogenen Verstoss. Zwar hätten die Wettbewerbsbehörden in ihren zehn Untersuchungen zu Submissionsabreden im Kanton Graubünden verschiedene Gesamtabreden aufgedeckt. Diesbezüglich bestehe aber kein Zusammenhang zur vorliegenden Streit-sache. Gegenstand des Verfahrens Nr. 22-0463 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VI [...]) sei einzig die Einzelsubmissionsabrede in Bezug auf die Ausschreibung (...). Zu beurteilen sei, ob und gegebenenfalls wann die Beschwerdeführerin bezüglich dieser Einzelsubmissionsabrede Selbstanzeige eingereicht habe sowie in welchem Ausmass sie durch ihre Kooperation bezüglich dieser Abrede gegebenenfalls die Anforderungen für eine Sanktionsreduktion erfülle (vgl. Vernehmlassung, Rz. 11 ff., 22; Duplik, Rz. 7; Eingabe vom 16. Januar 2019, S. 1 f.).

## **11. Bonusregelung im Allgemeinen**

Die beiden weit auseinander liegenden Parteistandpunkte zeigen die Notwendigkeit einer klärenden Auslegung und Analyse der massgeblichen Rechtsgrundlagen und Materialien.

**11.1** Nach Art. 49a Abs. 2 KG kann auf eine Belastung eines Unternehmens mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn dieses an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Die Voraussetzungen und Modalitäten des vollständigen Sanktionserlasses werden von der KG-Sanktionsverordnung (SVKG) in Art. 8 ff. und jene des teilweisen Sanktionserlasses in Art. 12 ff. SVKG näher ausgeführt.

**11.2** Der Gesetzgeber hat die Bonusregelung zusammen mit der direkten Sanktionierbarkeit von besonders schädlichen Kartellrechtsverstössen im

Jahr 2003 in das Kartellrecht eingeführt. Denn die direkte Sanktionierbarkeit entsprechender Verhaltensweisen führte dazu, dass diese zusehends verdeckt erfolgten, weshalb den Wettbewerbsbehörden angesichts drohender Beweisschwierigkeiten ein zusätzliches Ermittlungsinstrument in die Hand gegeben werden sollte (vgl. Botschaft KG 2002, 2028, 2038; ROTH/BOVET, in: Commentaire romand, 2. éd. 2013, Art. 49a N. 63).

**11.3** Die entsprechenden Bestimmungen von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG orientieren sich dabei weitgehend an der Kronzeugenregelung des EU-Wettbewerbsrechts (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.3, *Engadin IV Foffa Conrad*, m.w.H.). Diese beruht auf der Mitteilung der EU-Kommission über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen (ABl. 2006, C 298, S. 17, im Folgenden: Mitteilung über die Zusammenarbeit) und der Praxis der EU-Gerichte. Welche Tragweite der vom Bundesgericht bei Fragen der Massgeblichkeit von EU-Recht in der Schweiz entwickelte Grundsatz der parallelen Rechtslage bei der Auslegung der Bonusregelung hat, ist an anderer Stelle zu erörtern (vgl. E. 11.15).

**11.4** Mit der Bonusregelung verfolgt der Gesetzgeber verschiedene Zwecke. Sie soll es den Wettbewerbsbehörden insbesondere ermöglichen oder wesentlich erleichtern, Sachverhalte, die mutmasslich Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG darstellen, zu untersuchen und aufzuklären (vgl. Botschaft KG 2002, 2038; PATRICK SOMMER, Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung, Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz. 4 f.). Es soll nicht zuletzt auch der Untersuchungsaufwand des Sekretariats vermindert werden (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 12 Abs. 2; DAMIAN GRAF, Der Verwaltungsrat und die kartellrechtliche Bonusregelung, SZW 2014, S. 497; TAGMANN/ZIRLICK, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter vom 10. August 2009, Rz. 39). Ein Unternehmen, das an einer entsprechenden Wettbewerbsabrede beteiligt war, soll für den von ihm bei deren Aufdeckung oder Nachweis erbrachten Beitrag belohnt werden (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.4, *Engadin IV Foffa Conrad*, m.w.H.; Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 1 Bst. b und ad Art. 12 Abs. 2; DÄHLER/KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003: Neuerungen und Folgen, 2004, S. 145; PETER PICT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 1; SOMMER, a.a.O., Rz. 7; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 121).

## (1) Vollständiger Sanktionserlass im Allgemeinen

**11.5** Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die Vorinstanz einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder Informationen liefert, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, eine Untersuchung nach Art. 27 KG zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation), oder Beweismittel vorlegt, welche es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation).

**11.6** Die Eröffnungskooperation nach Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG soll einen Anreiz für die an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen setzen, diese anzuzeigen. Auf diese Weise soll die Bonusregelung Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG destabilisieren sowie die gegenseitige Loyalität und Solidarität der beteiligten Unternehmen schwächen. Dadurch sollen der Aufbau und die Aufrechterhaltung entsprechender Kartelle erschwert werden (vgl. Botschaft KG 2002, 2038; ULF BÖGE, Bonus- und Kronzeugenregelungen in Deutschland und in der EU, in: Carl Baudenbacher [Hrsg.], Neuste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, 2002, S. 158, 162; ADRIAN RAAS, "Direkte" Sanktionen im Kartellgesetz: über Kosten und Nutzen, sic! 2009, S. 478). Kartellanten müssen im Sinne dieser präventiven Zielsetzung der Bonusregelung jederzeit damit rechnen, dass ein oder mehrere Kartellmitglieder aus dem Kartell aussteigen und dieses aufdecken, um von der Bonusregelung zu profitieren (vgl. Urteile des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.7, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht*; B-8430/2010 und B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 5.4.24, *Baubeschläge Koch* bzw. E. 4.4.24, *Baubeschläge Siegenia-Aubi*; ROLF DÄHLER, Die wichtigsten Neuerungen im KG im Überblick, Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 15; PATRICK KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49a Abs. 1-2 N. 68 ff.; MARBACH/DUCREY/WILD, a.a.O., Rz. 1949; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 121; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der "Bonusregelung" im Kartellrecht, 2007, S. 241, 634).

**11.7** Demgegenüber bestehen Sinn und Zweck der Feststellungskooperation nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG darin, den Wettbewerbsbehörden die Ermittlung des Sachverhalts und damit den Nachweis eines Verstosses –

namentlich durch die Erschliessung andernfalls schwer zugänglicher Informationen und Beweismittel – zu erleichtern (vgl. Botschaft KG 2002, 2038 f.; Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.9, *Engadin IV Foffa Conrad*; KRAUSKOPF/SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, S. 15 f.; MARBACH/DUCREY/WILD, a.a.O., Rz. 1949; ZIMMERLI, a.a.O., S. 648). Dies soll dem Risiko begegnen, dass ein Verfahren, das die Wettbewerbsbehörden aus eigenem Antrieb – d.h. ohne vorgängige Selbstanzeige – eröffnen, aufgrund mangelnder Beweise blockiert oder übermässig erschwert wird (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 1 Bst. b).

**11.8** Diese unterschiedlichen Zwecke spiegeln sich in den unterschiedlichen Voraussetzungen für eine Eröffnungs- und Feststellungskooperation wider. Die im Rahmen der Eröffnungskooperation vorgelegten Informationen müssen den Wettbewerbsbehörden die Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG ermöglichen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG). Sie müssen dementsprechend einen hinreichenden Anfangsverdacht begründen (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 1 Bst. a; Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung vom 8. September 2014, Rz. 9; GRAF, a.a.O., 494 ff.; IZUMI/BAUR, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 27 N. 7; TAGMANN/ZIRLICK, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter vom 10. August 2009, Rz. 26 ff.) und deshalb von einer gewissen Qualität sein (vgl. SCHALLER/KRAUSKOPF, Programme de clémence et sanctions cartellaires, sic! 2010, 78; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 132). Ein wesentliches Kriterium ist dabei der Konkretisierungs- und Detaillierungsgrad der vorgelegten Informationen (vgl. IZUMI/BAUR, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 27 N. 11). Blosser Behauptungen genereller Art genügen nicht; vielmehr müssen die Hinweise genügend substantiiert sein (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 1 Bst. a). Eine Eröffnungskooperation ist deshalb solange möglich, als die Wettbewerbsbehörden nicht bereits über hinreichende Informationen zum jeweiligen Verstoss verfügen, welche zumindest die Eröffnung einer Vorabklärung ermöglichen (Art. 8 Abs. 3 SVKG; vgl. PICT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 5; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 132 f., 136).

**11.8.1** Ein vollständiger Erlass der Sanktion im Rahmen der Feststellungskooperation setzt demgegenüber voraus, dass das Unternehmen Beweismittel vorlegt, welche den Wettbewerbsbehörden "ermöglichen", einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG "festzustellen" (Art. 8

Abs. 1 Bst. b SVKG), die mit anderen Worten den Nachweis des Verstosses ermöglichen (vgl. Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung vom 8. September 2014, Rz. 14; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 146 f.; SOMMER, a.a.O., Rz. 20, 23; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 136; ZIMMERLI, a.a.O., S. 648, 673). Die eingereichten Beweismittel müssen somit für die Aufklärung und den Nachweis des Verstosses entscheidend sein (vgl. Urteil des BVerG B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.9, *Engadin IV Foffa Conrad*, m.w.H; Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 1 und Abs. 4 Bst. b; KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 74; PICT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 4; in diesem Sinne auch EuGH, C-511/06, EU:C:2009:433, Rz. 150, *Archer Daniels Midland*). Dies dürfte bei Einzelsubmissionsabsprachen regelmässig nur dann der Fall sein, wenn die Selbstanzeigerin hinreichend konkrete Angaben zum untersuchten Projekt vorlegt. Entsprechend wird der vollständige Sanktionserlass nur gewährt, wenn die Wettbewerbsbehörden nicht bereits über ausreichende Beweismittel verfügen, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG).

**11.9** Die Bestimmung von Art. 8 Abs. 2 SVKG legt für den vollständigen Erlass der Sanktion durch die Wettbewerbskommission sowohl im Rahmen der Eröffnungs- als auch der Feststellungskooperation weitere Voraussetzungen fest. Diese lauten – soweit vorliegend relevant – wie folgt:

"Sie [Die Wettbewerbskommission] erlässt die Sanktion nur, wenn das Unternehmen: (...)

der Wettbewerbsbehörde unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss unaufgefordert vorlegt (Bst. b),

während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Wettbewerbsbehörde zusammenarbeitet (Bst. c) (...)."

Nach dem klaren Wortlaut der Einleitung zu Art. 8 Abs. 2 SVKG stellt die uneingeschränkte Zusammenarbeit (franz: coopération) nach Bst. c eine Voraussetzung für einen vollständigen Erlass der Sanktion dar. Dies ist im vorliegenden Fall auch unter den Verfahrensbeteiligten unbestritten und entspricht herrschender Lehre (vgl. statt vieler KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 18 f.; PICT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 8 SVKG N. 13 ff. ["Erlasshinderungsgründe"]). Die gemäss Bst. b erforderliche un-

aufgeforderte Vorlage sämtlicher verfügbarer Informationen und Beweismittel ist zweifellos Teil der Kooperationsobliegenheit (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.10 *Engadin IV Foffa Conrad*).

**11.10** Weitere Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion sind nach Art. 8 Abs. 2 SVKG, dass die Selbstanzeigerin weder eine anstiftende oder führende Rolle im Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat (Bst. a) und es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörden hin einstellt (Bst. d).

**11.11** Der vollständige Erlass der Sanktion ist nach Art. 8 Abs. 1 SVKG einzig für den Erstanzeiger vorgesehen, sofern dieser auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt. Dies soll unter denjenigen Unternehmen, die an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt sind, einen Wettbewerb um den Erlass der Sanktion bewirken (vgl. Botschaft KG 2002, 2038; BANGERTER/TAGMANN, Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht, in: Roger Zäch [Hrsg.], Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, S. 182). Dieser Wettstreit – und damit auch die präventive Wirkung der Bonusregelung – würde nach der Überlegung des Gesetzgebers erlahmen, wenn mehreren Unternehmen ein vollständiger Erlass gewährt werden könnte. In einem solchen Fall hätten Unternehmen, die sich an einer wettbewerbswidrigen Abrede beteiligt haben, den Anreiz, vorerst abzuwarten, ob die Abrede überhaupt aufgedeckt wird, zumal sie allenfalls auch dann noch von einem vollständigen Erlass der Sanktion profitieren könnten, wenn ein anderes Unternehmen zuerst Selbstanzeige einreicht (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 4 Bst. a; BANGERTER/TAGMANN, a.a.O., S. 182; ZIMMERLI, a.a.O., S. 674 f.). Dadurch, dass einzig der Erstanzeiger einen vollständigen Erlass erhalten kann, soll vielmehr ein Anreiz bestehen, eine mutmassliche Wettbewerbsbeschränkung so früh als möglich zu melden (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.12 *Engadin IV Foffa Conrad*; vgl. PATRICK KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 79).

## **(2) Sanktionsreduktion im Allgemeinen**

**11.12** Für die weiteren Selbstanzeiger sehen Art. 12 Abs. 1 und 2 SVKG eine Sanktionsreduktion von bis zu 50% des nach den Bestimmungen der Art. 3-7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags vor, sofern das Unternehmen "an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt" (franz.: "a participé

spontanément à une procédure") und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

**11.13** Das Instrument der Sanktionsreduktion nach Art. 12 ff. SVKG ist auf Selbstanzeiger anwendbar, welche eine oder mehrere Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nicht erfüllen. Es erfasst insbesondere Selbstanzeiger, die mangels zeitlicher Priorität für einen vollständigen Erlass der Sanktion nicht in Frage kommen (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.14, *Engadin IV Foffa Conrad*; Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 4 Bst. a; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, N. 791; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 147; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 144; ZIMMERLI, a.a.O., S. 675).

**11.14** Die Bestimmung von Art. 49a Abs. 2 KG setzt für einen vollständigen Erlass oder eine Reduktion der Sanktion voraus, dass das betreffende Unternehmen "mitwirkt". Die Mitwirkung muss sich gemäss Wortlaut der Bestimmung auf die Aufdeckung und die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung beziehen. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter dem Begriff der Aufdeckung die Aufklärung eines Sachverhalts verstanden (vgl. PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, S. 553 ff., 557). Dies deutet darauf hin, dass "Mitwirkung" im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG primär die Unterstützung der Wettbewerbsbehörden bei der Ermittlung des Sachverhalts bedeutet (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.17, *Engadin IV Foffa Conrad*; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 16).

**11.15** In gleicher Weise hat auch die Kronzeugenregelung im EU-Kartellrecht zum Zweck, es den EU-Wettbewerbsbehörden zu ermöglichen oder zu erleichtern, wettbewerbswidriges Verhalten aufzudecken und nachzuweisen (vgl. Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 1 ff.). Gemäss Praxis der EU-Gerichte ist die Herabsetzung der Sanktion aufgrund einer Kooperation des Unternehmens im Verwaltungsverfahren deshalb nur gerechtfertigt, wenn eine solche Zusammenarbeit die Aufgabe der Kommission erleichtert, eine Zuwiderhandlung festzustellen (vgl. EuGH, C-297/98, EU:C:2000:633, Rz. 36, *SCA Holding*; C-325/05, EU:C:2007:277, Rz. 83, *SGL Carbon*; C-189/02, EU:C:2005:408, Rz. 399, *Dansk Rørindustri*; in diesem Sinne auch EuGH, C-181/11, EU:C:2013:404, Rz. 48, *Schenker*).

Angesichts dieser in Bezug auf die zu beurteilenden Rechtsfragen vergleichbaren Regelungen in der Schweiz und der EU können – entsprechend dem vom Bundesgericht entwickelten Grundsatz der parallelen Rechtslage – die Rechtsgrundlagen und die Rechtsprechung der EU unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten auch in der Schweiz als Informationsquellen und rechtsvergleichende Prämissen im Rahmen eines freiwilligen Nachvollzugs angesehen und nutzbar gemacht werden (vgl. BGE 147 II 72 E. 3, *Hors-Liste Medikamente Pfizer*; BGE 143 II 297 E. 6.2.3, *Gaba*; Urteil des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 9.3.6).

**11.16** Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen Urteilen in Sachen *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* sowie *Musik Hug* festgehalten, dass ein Selbstanzeiger überzeugend und auf die vorgeschriebene Weise mit der Wettbewerbsbehörde kooperieren müsse, um einen vollständigen Erlass oder eine Reduktion der Sanktion zu erhalten. Dabei verwies das Bundesverwaltungsgericht auf die Bestimmungen sowohl von Art. 8 Abs. 2 Bst. c als auch von Art. 12 Abs. 1 SVKG (vgl. zu deren Wortlaut E. 11.9 bzw. 11.12). Zu einer ausreichenden Kooperation eines Selbstanzeigers gehöre auch, dass dieser den Wettbewerbsbehörden nach bestem Wissen zutreffende Informationen und Beweismittel zur angezeigten Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung liefert (vgl. Urteile des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.5, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht*; B-807/2012 E. 8.5.5.5, *Erne*; B-829/2012 E. 7.5.5.5 *Granella*; B-771/2012 *Cellere*; B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 4.1.1, *Musik Hug*; B-710/2014 vom 16. November 2022 E. 9.2.3, *Luftfracht*).

**11.17** Die Mitwirkung im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG ist des Weiteren abzugrenzen von den allgemeinen gesetzlichen Mitwirkungspflichten der Parteien eines Verwaltungsverfahrens nach Art. 13 VwVG. Diese werden in Kartellverwaltungsverfahren durch die Auskunftspflicht nach Art. 40 KG konkretisiert und erweitert (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 2 Bst. c; BANGERTER/TAGMANN, a.a.O., S. 185; SCHALLER/BANGERTER, Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, AJP 2005, S. 1237), die gemäss Art. 52 KG strafbewehrt und insoweit – soweit mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz vereinbar – mittelbar durchsetzbar ist. Danach haben sowohl Beteiligte an Abreden und an Zusammenschlüssen als auch marktmächtige Unternehmen und betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen vorzulegen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 81, *Swisscom ADSL*; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 5, *Gaba*; B-3882/2021 vom

16. Februar 2023 E. 4; B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.28, *Engadin IV Foffa Conrad*).

Demgegenüber stellt die Mitwirkung des Selbstanzeigers im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG keine durchsetzbare Rechtspflicht dar. Sie erfolgt denn auch nicht aufgrund eines auf gesetzliche Mitwirkungs- und Auskunftspflichten gestützten Auskunftsbegehrens. Vielmehr hat die Mitwirkung unangefordert, d.h. freiwillig und aus eigenem Antrieb zu erfolgen. Der Verordnungsgeber hat dies in Art. 8 Abs. 2 Bst. b und Art. 12 Abs. 1 SVKG ausdrücklich festgehalten (vgl. zu deren Wortlaut E. 11.12). Die Mitwirkung ist deshalb rechtlich eine Obliegenheit (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.28, *Engadin IV Foffa Conrad*).

**11.18** Es fragt sich bei dieser Ausgangslage, nach welchen Kriterien über die Höhe der Reduktion zu befinden ist. Mit Blick auf den Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG ist es zunächst naheliegend, auf den Beitrag des Selbstanzeigers bei der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung abzustellen. In diesem Sinne legt der Verordnungsgeber fest, dass für die Höhe der *Reduktion* die "Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg" massgebend sei (Art. 12 Abs. 2 SVKG). Das vom Verordnungsgeber vorgegebene Kriterium für die Festlegung der Höhe der Sanktionsreduktion ist demzufolge – im Einklang mit dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG und den Zwecken der Aufklärungs- und Ermittlungshilfe (vgl. E. 11.6 f.) – der objektiv feststellbare Wert des Beitrags zur Erleichterung der Aufklärung und des Nachweises des Verstosses (sog. *Mehrwert*; ZIMMERLI, a.a.O., S. 650 ["beweisrechtlicher Mehrwert"]; vgl. auch DAVID/JACOBS, a.a.O., S. 274; E. 11.4, UNCTAD, Competition Guidelines: Leniency Programmes, 2016, Ziff. 7.1 ["value added"] sowie rechtsvergleichend die Mitteilung der EU-Kommission über die Zusammenarbeit, Rz. 5, 24 ff.). Die Mitwirkung muss sich somit in objektiv nachvollziehbarer Weise auf die Aufdeckung des Verstosses oder auf die Beweisführung und damit auf den Verfahrensausgang auswirken (vgl. SOMMER, a.a.O., Rz. 26; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 146; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 4.434). Dabei kann qualitativen und quantitativen Aspekten sowie dem Zeitpunkt der Mitwirkung Rechnung getragen werden (vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.10.1, 11.4.10.3, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht*; KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 96; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 18; PICT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 12 SVKG N. 11; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 139g, 156a; vgl. auch Mitteilung der EU-Kommission über

die Zusammenarbeit, Rz. 5). Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang auch die der Wettbewerbsbehörde bereits vorliegenden Beweismittel (vgl. Urteile des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.4.11, *Engadin IV Foffa Conrad*, m.H.; B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.10.3, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Umbricht* sowie rechtvergleichend EuGH, EU:C:2007:277, Rz. 88, *SGL Carbon*).

**11.19** Eine Reduktion der Sanktion unter dem Aspekt der Bonusregelung kann somit angezeigt sein, wenn der Selbstanzeiger unaufgefordert einen erheblichen Beitrag zur Aufdeckung der Wettbewerbsbeschränkung oder zur Vereinfachung des Verfahrens erbracht hat (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.4.11, *Engadin IV Foffa Conrad*).

**11.20** Die Wettbewerbsbehörde hat bei der Frage, ob und in welchem Umfang die Sanktion nach der Bonusregelung zu reduzieren ist, ein pflichtgemäss und unter Würdigung aller relevanten Umstände auszuübendes Ermessen (vgl. Botschaft KG 2002, 2039; Urteile des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 4.6 f., *Musik Hug*; B-2782/2007 vom 4. Oktober 2007 E. 5, *Stiftung Pro Helvetia*; Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.25, *Engadin IV Foffa Conrad*, m.w.H.). In diesem Sinne räumen auch die EU-Gerichte der EU-Kommission bei der Beurteilung der Qualität und Nützlichkeit des Kooperationsbeitrags eines Unternehmens ein weites Ermessen ein (vgl. EuGH, *SGL Carbon*, EU:C:2007:277, Rz. 88; EuG, T-341/2017, EU:T:2022:182, Rz. 417, *Lufffracht II British*).

## **12. Vollständiger Erlass im vorliegenden Fall**

Es ist zunächst der Anspruch der Beschwerdeführerin auf vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung zu beurteilen.

**12.1** Bevor die einzelnen Mitwirkungsbeiträge der Beschwerdeführerin mit Blick auf die Voraussetzungen der Bonusregelung für einen vollständigen Erlass der Sanktion (vgl. E. 11.5 ff.) gewürdigt werden können, sind strittige Vorfragen zu klären. So vertreten die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin unterschiedliche Auffassungen darüber, von welchem Untersuchungsgegenstand bei der Beurteilung auszugehen ist, ob die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass oder für eine Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung erfüllt sind.

Die Frage nach dem Umfang des Untersuchungsgegenstands ist vorliegend für die Anwendung der Bonusregelung relevant. Denn ob und inwieweit ein Unternehmen, das wegen kartellrechtswidrigen Verhaltens nach

Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren ist, Anspruch auf einen vollständigen Erlass der Sanktion oder eine Reduktion nach der Bonusregelung hat, beurteilt sich unbestrittenermassen anhand des Kartellrechtsverstosses, für den die Sanktion ausgesprochen wird. Hinweise, die das Unternehmen der Vorinstanz zu möglichen Wettbewerbsverstössen ausserhalb des Untersuchungsgegenstands übermittelt, sind daher bei der Beurteilung, ob und inwieweit das Unternehmen Anspruch auf eine Reduktion der Sanktion nach der Bonusregelung hat, zunächst unerheblich; vorbehalten für solche Fälle bleibt eine Reduktion der Sanktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus; vgl. E. 13 f.).

Es ist daher nachfolgend zu erörtern, gestützt auf welchen Untersuchungsgegenstand die vorinstanzliche Anwendung der Bonusregelung zu beurteilen ist.

**12.2** Die vorliegend angefochtene Verfügung sanktioniert die Beschwerdeführerin einzig für ihre Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede über die Ausschreibung (...). Nur diese Wettbewerbsabrede war – als Einzelverstoss – Untersuchungsgegenstand des Verfahrens Nr. 22-0463 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VI [...]). Es ist deshalb folgerichtig, dass der vollständige Erlass der Sanktion oder deren Reduktion nach der Bonusregelung sich einzig anhand der Mitwirkung der Beschwerdeführerin an der Aufklärung dieses Verstosses beurteilt.

**12.2.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, der massgebliche Untersuchungsgegenstand gehe über die Ausschreibung (...) hinaus. Sie begründet den von ihr geltend gemachten weiten Untersuchungsgegenstand mit der Verfahrensgeschichte. Sie führt an, die vorliegend in Frage stehende Wettbewerbsabrede über das Projekt (...) sei Teil eines "*Gesamtsachverhalts*", der eine "*unüberschaubare Vielzahl mutmasslicher Wettbewerbsverstösse*" im Baubereich im Kanton Graubünden umfasse. Sie habe diesen als erstes Unternehmen angezeigt und sei daher auch in Bezug auf den Wettbewerbsverstoss in Sachen (...) Erstanzeigerin (vgl. E. 10.1.2).

**12.2.2** Aus den Akten ergibt sich, was den Untersuchungsgegenstand im vorinstanzlichen Verfahren anbelangt, Folgendes:

- Im ursprünglichen, am 30. Oktober 2012 eröffneten Untersuchungsverfahren Nr. 22-0433 erfasste der Untersuchungsgegenstand zunächst mutmassliche Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Unterengadin (vgl. Sachverhalt, B);

- am 22. April 2013 dehnten die Wettbewerbsbehörden die Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden aus; der Untersuchungsgegenstand war als "*Bauleistungen Graubünden*" umschrieben (vgl. Sachverhalt, F);
- mit Zwischenverfügung vom 23. November 2015 trennten die Wettbewerbsbehörden das Verfahren Nr. 22-0433 in zehn Untersuchungsverfahren auf (vgl. Sachverhalt, I), darunter das Verfahren Nr. 22-0463 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VI [...]);
- die vorliegend angefochtene Sanktionsverfügung schliesst das letztgenannte Verfahren ab und auferlegt der Beschwerdeführerin – neben Verhaltenspflichten – eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG für ihre Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede über das Projekt (...).

**12.2.3** Unpräzise und damit unzutreffend ist vor diesem Hintergrund das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung sei "*Teil der im Oktober 2012 eröffneten und noch laufenden Untersuchung Bauleistungen Graubünden*" (vgl. Beschwerde, Rz. 11; E. 10.1.2). Dies gilt auch für die Aussage, im Anschluss an die Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 sei die Untersuchung "*lediglich in verschiedenen (Teil-)Verfahren fortgeführt*" worden (vgl. Replik, Rz. 15, 26).

Es trifft sodann nicht zu, dass die am 23. November 2015 erfolgte Abtrennung des vorinstanzlichen Verfahrens Nr. 22-0463 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VI [...]) vom ursprünglichen Untersuchungsverfahren Nr. 22-0433 (zunächst: Bau Unterengadin, ab dem 22. April 2013: Bauleistungen Graubünden) den Untersuchungsgegenstand nicht verändert habe (vgl. Replik, Rz. 1, 42). Vielmehr haben die Wettbewerbsbehörden mit der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 das ursprüngliche Untersuchungsverfahren und damit auch dessen Untersuchungsgegenstand auf zehn separate Verfahren mit je einem eigenen Untersuchungsgegenstand aufgeteilt.

Dass die Wettbewerbsbehörden den Untersuchungsgegenstand des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens Nr. 22-0463 in Sachen *Engadin VI* – eine Wettbewerbsabrede über das Projekt (...) – gegenüber der Beschwerdeführerin nicht hinreichend klar kommuniziert hätten, macht diese zu Recht nicht geltend (vgl. E. 12.9.3).

Vor diesem Hintergrund ist der Einwand der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sei selbst davon ausgegangen, dass der massgebliche Untersuchungsgegenstand ein Gesamtsachverhalt sei, unzutreffend. Was die Beschwerdeführerin zugunsten dieses Einwands vorbringt, ist unbehelflich. Dies gilt insbesondere für ihren Hinweis, die Vorinstanz habe in der Sanktionsverfügung vom 2. Oktober 2017 in Sachen *Engadin III* ausdrücklich darauf verzichtet, gegenüber der Foffa Conrad-Gruppe, zu der auch Bezola Denoth gehört, gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG einen Wiederholungszuschlag "wegen der in den abgetrennten Verfahren untersuchten Wettbewerbsverstösse[n]" aufzuerlegen (vgl. Eingabe vom 31. Oktober 2018, Rz. 8). Denn allein aus dem Umstand, dass die Vorinstanz keinen entsprechenden Zuschlag erhoben hat, lässt sich nichts zugunsten des Standpunkts der Beschwerdeführerin ableiten. Vielmehr ist der Vorinstanz darin zu folgen, dass es sich hierbei einzig um eine Frage der Sanktionsbemessung handelt (vgl. Eingabe vom 16. Januar 2019, S. 2). So begründet die Vorinstanz in ihrer Sanktionsverfügung in Sachen *Engadin III* ihren Verzicht auf einen Wiederholungszuschlag gegenüber den sanktionierten Unternehmen überzeugend damit, dass aus der Untersuchung Nr. 22-0433 zahlreiche Verfahren hervorgegangen seien, in denen Submissionsabsprachen untersucht würden. Um über einen Wiederholungszuschlag zu entscheiden, sei ein Gesamtbild sämtlicher Verhaltensweisen des entsprechenden Unternehmens innerhalb der Verfahren, welche der Untersuchung Nr. 22-0433 entstammten, erforderlich. Die verschiedenen Untersuchungsverfahren befänden sich jedoch in unterschiedlichen Stadien (vgl. Rz. 171 f.).

**12.2.4** Demzufolge umfasst der vorliegend massgebende Untersuchungsgegenstand ausschliesslich die Beteiligung der Beschwerdeführerin an einer kartellrechtswidrigen Abrede im Zusammenhang mit der Ausschreibung (...). Die Beurteilung, ob und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin nach der Bonusregelung Anspruch auf eine Reduktion oder einen vollständigen Erlass der Sanktion hat, hat deshalb mit Blick auf diesen Untersuchungsgegenstand zu erfolgen.

**12.2.5** Bevor gestützt hierauf die rechtmässige Anwendung der Bonusregelung durch die Vorinstanz geprüft werden kann, sind jedoch weitere Einwände der Beschwerdeführerin zu beurteilen, die sich gegen die Rechtmässigkeit der Beschränkung des Untersuchungsgegenstands auf das Projekt (...) richten.

## 12.2.6

**12.2.6.1** Die Beschwerdeführerin rügt, die Einengung des Untersuchungsgegenstands durch die Vorinstanz verletze Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG über die Feststellungskooperation (zu dessen Wortlaut vgl. E. 11.7 ff.) sowie das Vertrauen, das sie rechtmässig in den von der Vorinstanz kommunizierten Untersuchungsgegenstand gesetzt habe. Denn indem die Vorinstanz das ursprüngliche Untersuchungsverfahren mit Zwischenverfügung vom 23. November 2015 in zehn Verfahren auftrenne, schränke sie den bei der Eröffnung der Untersuchung am 30. Oktober 2012 weit gefassten Untersuchungsgegenstand nachträglich auf ein einziges Projekt ein und erachte so plötzlich nur noch Beweismittel für das Bauprojekt (...) als relevant (vgl. Beschwerde, Rz. 72 ff., 81 f.; Replik, Rz. 13 ff., 16).

Die Beschwerdeführerin wendet sich damit in der Sache gegen die Rechtmässigkeit der Verfahrenstrennung, welche das Sekretariat mit verfahrensleitender Verfügung vom 23. November 2015 angeordnet hat (vgl. Sachverhalt, I).

**12.2.6.2** Die Vorinstanz bringt vor, die Verfahrenstrennung habe in prozessökonomischen Überlegungen begründet und nichts an der materiellen Beurteilung der untersuchten Sachverhalte geändert, insbesondere auch nicht in Bezug auf die Reihenfolge der Selbstanzeigen. Die Würdigung der Eingaben der Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt des Selbstanzeigegehalts würde zum gleichen Ergebnis führen, wenn die Vorinstanz den vorliegend strittigen Wettbewerbsverstoss verfahrensmässig zusammen mit anderen Sachverhalten behandelt hätte (vgl. Verfügung, Rz. 174, Vernehmlassung, Rz. 43).

**12.2.6.3** Nach Art. 23 Abs. 1 KG führt das Sekretariat die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Zu diesen zählen auch Anordnungen über die Trennung von Verfahren (vgl. BRUCH/MEIER, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 23 Abs. 1-2 N. 72). Es ist nicht bestritten und ergibt sich aus den Akten, dass das Sekretariat die Verfahrenstrennung zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums angeordnet hat und damit die Zuständigkeitsvorgaben von Art. 23 Abs. 1 KG gewahrt wurden.

Das kartellrechtliche Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden richtet sich nicht nach der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0), sondern ist ein Verwaltungsverfahren, das sich – wie erwähnt (vgl.

E. 2.1.3) – nach dem VwVG richtet, soweit das KG nicht davon abweicht (Art. 39 KG; vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2, 8.2), auch wenn die Sanktion gemäss Art. 49a KG als "strafrechtsähnlich" im Sinne von Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) gilt (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.1; 139 I 72 E. 2.2.2).

Entsprechend der in Kartellverwaltungsverfahren geltenden Officialmaxime ist es Sache der Wettbewerbsbehörden, den Verfahrensgegenstand festzulegen (vgl. Urteil des BVer A-5075/2018 vom 22. März 2019, E. 2.4.3; ISABELLE HÄNER, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 39 N. 26, 67; MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, Rz. 1825).

Das VwVG enthält keine Vorgaben für die Trennung oder Vereinigung von Verfahren, ebenso wenig das Kartellgesetz. Für eine analoge Anwendung von Art. 29 StPO besteht gemäss den bundesgerichtlichen Erwägungen in einem neueren kartellrechtlichen Urteil (Urteil des BGer 2C\_525/2018 vom 8. Mai 2019, E. 2.6.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 145 II 259], *Autohändler*) kein Grund. Nach Art. 29 Abs. 1 StPO werden Straftaten gemeinsam verfolgt und beurteilt, wenn eine beschuldigte Person mehrere Straftaten verübt hat (Bst. a) oder wenn Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt (Bst. b); eine ausnahmsweise Trennung der Verfahren ist nur aus sachlichen Gründen zulässig (Art. 30 StPO). Der darin enthaltene Grundsatz der Verfahrenseinheit bezweckt in erster Linie die Verhinderung sich widersprechender Urteile und dient zudem der Prozessökonomie.

Dem betreffenden Urteil des Bundesgerichts lag der Sachverhalt zugrunde, dass die Wettbewerbsbehörden mit einem Untersuchungsadressaten eine einvernehmliche Regelung geschlossen und das Untersuchungsverfahren gegenüber den anderen Untersuchungsadressaten weitergeführt haben. Da im Verfahren der einvernehmlichen Regelung in aller Regel nicht gerichtlich über die Zulässigkeit eines Verfahrens entschieden werde, besteht gemäss Bundesgericht keine Gefahr widersprüchlicher Gerichtsurteile. Dadurch unterscheidet sich das kartellrechtliche Verfahren der einvernehmlichen Regelung vom abgekürzten Verfahren nach StPO, in welchem eine ausdrückliche Anerkennung des Sachverhalts durch die Beschuldigten vorausgesetzt werde (Art. 361 Abs. 2 Bst. a StPO) und eine urteilsmässige Bestrafung für begangenes Unrecht erfolge (Art. 362 Abs. 2 StPO; Urteil des BGer 2C\_525/2018 vom 8. Mai 2019, E. 2.6.2 [nicht publizierte Erwägung in BGE 145 II 259], *Autohändler*).

Entsprechend haben die Wettbewerbsbehörden ein – pflichtgemäss auszuübendes – Ermessen, was die Vereinigung oder Trennung von Untersuchungsverfahren anbelangt (vgl. hierzu MARTIN/SELMANN/LOHER, Die Verfügung in der Praxis, 2. Aufl. 2016, S. 66; vgl. hinsichtlich von Rechtsmittelverfahren MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 3.17a). Es darf ihnen – unter Wahrung der allgemeinen rechtsstaatlichen Schranken insbesondere der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV), der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV) – nicht verwehrt sein, den Untersuchungsgegenstand im Verlauf des Untersuchungsverfahrens einzuschränken oder – bei Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte für weitere unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 27 Abs. 1 KG) – auszuweiten oder dann – aus Gründen der Verfahrensökonomie – auf mehrere Verfahren aufzuteilen.

Bei dieser Ausgangslage konnte die vorinstanzliche Festlegung des Untersuchungsgegenstands bei Eröffnung des Verfahrens Nr. 22-0433 am 30. Oktober 2012 auf Bauleistungen im Unterengadin bei der Beschwerdeführerin kein schutzwürdiges Vertrauen darauf begründen, dass der Untersuchungsgegenstand nicht geändert werde (zum Anspruch auf Vertrauensschutz vgl. auch E. 12.8.3). Dies gilt auch für die Ausweitung des Verfahrens am 22. April 2013 auf Bauleistungen im ganzen Kanton Graubünden.

In der Zwischenverfügung vom 23. November 2015 wird die Verfahrenstrennung primär mit prozessökonomischen Überlegungen begründet. Das Verfahren Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) richte sich gegen 47 Parteien; die bisherigen Ermittlungen hätten gezeigt, dass eine Vielzahl von mutmasslich wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen zu beurteilen sei, die zum Teil unterschiedliche Sparten von Bauleistungen und unterschiedliche Zeiträume und Gebiete betreffen. Den mutmasslichen Kartellrechtsverstössen, die fortan in getrennten Verfahren beurteilt würden, lägen unterschiedliche Sachverhalte zugrunde. Die Verfahrenstrennung sei dazu bestimmt, das Verfahren zu beschleunigen (vgl. Rz. 7, 9 ff.).

Die Vorinstanz führt damit sachliche Gründe für die Verfahrenstrennung an. Es ist nicht ersichtlich, dass diese nicht stichhaltig sind. So gibt es keine konkreten Hinweise, dass die Wettbewerbsabrede über das Projekt (...) – insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer projektübergreifenden Wettbewerbsabrede – in rechtlich relevanter Weise mit den mutmasslichen Submissionsabsprachen zusammenhängt, die in den anderen neun Ver-

fahren untersucht wurden, welche ebenfalls aus der ursprünglichen Untersuchung Nr. 22-0433 hervorgegangen sind (vgl. hierzu auch Urteil des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.1.11 und 7.1.12, *Submissionsabreden im Kanton Aargau Granella*). Die Beschwerdeführerin macht derlei auch nicht substantiiert geltend. Ihre Beschwerde zeigt nirgends hinreichend klar auf, dass die Abrede über das Projekt (...) Teil einer projektübergreifenden Wettbewerbsabrede gewesen sei (vgl. auch Eingabe der Vorinstanz vom 16. Januar 2019, S. 2). Aus diesen Gründen hat die Vorinstanz keine Rechtsverletzung begangen, indem sie das Verfahren über das Projekt (...) (Engadin VI) vom ursprünglichen Untersuchungsverfahren Nr. 22-0433 abgetrennt hat.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde, Rz. 12, 18) ist ihr aufgrund der – von ihr seinerzeit nicht beanstandeten – Verfahrenstrennung auch kein Nachteil entstanden, was die Beurteilung ihrer Mitwirkung im Rahmen der Bonusregelung anbelangt. Die Beschwerdeführerin führt zwar an, dass sie der Vorinstanz unaufgefordert über (...) mutmasslich abgesprochene Strassen- und Hochbauprojekte im gesamten Kanton Graubünden gemeldet habe (vgl. E. 13.4.1). Die geleisteten Mitwirkungsbeiträge der Beschwerdeführerin waren jedoch – wie die Vorinstanz zu Recht festhält (vgl. Vernehmlassung, Rz. 23) – in demjenigen Verfahren unter dem Gesichtspunkt der Bonusregelung zu berücksichtigen, in dem diese den Untersuchungsgegenstand betrafen (zu einer Reduktion der Sanktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG [Bonus Plus] vgl. E. 13 ff.). Die Auftrennung des Verfahrens Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) in zehn Verfahren verminderte deshalb – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – auch nicht den Anreiz zur Kooperation im Rahmen der Bonusregelung. Eine unzulässige "nachträgliche Beschränkung ihrer Bonusmeldung" (vgl. Beschwerde, Rz. 23) liegt somit nicht vor.

### **12.3**

**12.3.1** Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang vor, die Vorinstanz habe unzumutbare Anforderungen an eine Selbstanzeige gestellt, indem sie mit der Verfahrenstrennung zusätzliche Anforderungen an den Detaillierungsgrad einer Selbstanzeige verlangt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 18; Replik, Rz. 8, 36 f., 54 f.).

**12.3.2** Die Vorinstanz entgegnet, es genüge bei Einzelsubmissionsabreden nicht, wenn ein Selbstanzeiger bloss generell einräume, Submissionsabsprachen getroffen zu haben. Vielmehr sei verlangt, dass das Verhalten

in Bezug auf das konkrete Projekt angezeigt werde (vgl. Vernehmlassung, Rz. 30; Duplik, Rz. 16, 19).

**12.3.3** Vorliegend stehen – was unbestritten ist – die Voraussetzungen einer Feststellungskooperation in Frage, in deren Rahmen ein Unternehmen Beweismittel vorlegen muss, welche den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, den untersuchten Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG; vgl. E. 11.7 f.).

Nach der Bestimmung von Art. 9 Abs. 1 SVKG, die mit der Marginalie "Form und Inhalt der Selbstanzeige" versehen ist, enthält die Selbstanzeige die nötigen Informationen zum anzeigenden Unternehmen, zur Art des angezeigten Wettbewerbsverstosses, zu den an diesem Verstoss beteiligten Unternehmen und zu den betroffenen und relevanten Märkten.

Für Einzelsubmissionsabreden ergibt sich aus dem Wortlaut dieser Rechtsgrundlagen sowie aus Sinn und Zweck der Bonusregelung (vgl. E. 11.7 ff.), dass ein Selbstanzeiger hinreichend konkrete Hinweise zum relevanten Projekt vorlegen muss (vgl. auch E. 12.6), damit eine wirksame Selbstanzeige vorliegt (vgl. zur Setzung eines Markers E. 12.6.2).

Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz in Bezug auf das Projekt (...) sachlich nicht gerechtfertigte, übermässige Anforderungen an eine wirksame Selbstanzeige gestellt hätte.

**12.3.4** Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich vorbringt, sie habe durch die Verfahrenstrennung die ihr zugesicherte Stellung als Erstanzeigerin verloren, beruht ihr Einwand auf einer unzutreffenden Prämisse. Denn die von ihr angeführte Mitteilung der Vorinstanz vom 23. April 2013 hat sich – wie nachstehend aufgezeigt (vgl. E. 12.8.3) – nicht auf das vorliegend zu beurteilende Projekt (...) bezogen.

**12.4** Somit umfasst der – vorliegend relevante – Untersuchungsgegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens einzig eine Wettbewerbsabrede über die Ausschreibung (...). Ob die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung erfüllt sind, bestimmt sich deshalb anhand des Beitrags der Beschwerdeführerin zur Aufklärung dieses Kartellrechtsverstosses. Dies erscheint nicht zuletzt auch deshalb folgerichtig, weil die vorliegend angefochtene Sanktion einzig die Beteiligung der Beschwerdeführerin an einer Abrede über die Ausschreibung (...) zum Gegenstand hat.

Ausgehend hiervon ist nachfolgend der von der Beschwerdeführerin gestützt auf die Bonusregelung geltend gemachte Anspruch auf einen vollständigen Erlass der Sanktion – anstatt der von der Vorinstanz gewährten Reduktion um 30% – zu beurteilen.

**12.5** Es ist umstritten und somit zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die Anforderungen an einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 ff. SVKG für den vorliegend in Frage stehenden Wettbewerbsverstoss über die Ausschreibung (...) erfüllt (zum massgebenden Untersuchungsgegenstand vgl. E. 12.1 ff.).

**12.5.1** Die Beschwerdeführerin bringt zusammengefasst vor, sie habe am 1. November 2012 und damit zeitlich vor Bezzola Denoth Selbstanzeige eingereicht und sich so auch für das Projekt (...) als Erstanzeigerin qualifiziert. Denn ihre ursprüngliche Selbstanzeige habe sich auch auf den Hochbau im Engadin bezogen und daher auch das Projekt (...) erfasst. So habe sie in ihrer Selbstanzeige vom 7. November 2012 auf mögliche Wettbewerbsabreden im Hochbau im Kanton Graubünden hingewiesen (vgl. Beschwerde, Rz. 13, 71 ff., 126; Replik, Rz. 1, 40).

**12.5.2** Die Vorinstanz führt gegen einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf einen vollständigen Erlass an, dass diese in Bezug auf das Projekt (...) nicht Erstanzeigerin nach Art. 8 Abs. 1 SVKG sei. Erstanzeigerin sei vielmehr Bezzola Denoth, welche die vorliegend zu beurteilende Einzelsubmissionsabrede im Dezember 2012 angezeigt habe. Demgegenüber habe die Beschwerdeführerin sich – auf Nachfrage des Sekretariats hin – erst am 18. November 2015, also über drei Jahre nach Eröffnung der Untersuchung, zum ersten Mal zum Projekt (...) geäussert; ihre Selbstanzeige sei auf diesen Zeitpunkt zu datieren (vgl. Verfügung, Rz. 169 ff.; Vernehmlassung, Rz. 36 ff., 43; Duplik, Rz. 11, 19).

Zwar habe die Beschwerdeführerin als erstes Unternehmen im ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (Bauleistungen Graubünden) Selbstanzeige erstattet. Die Selbstanzeige habe sich jedoch zunächst nicht auf Hochbauprojekte im Engadin und somit auch nicht auf den vorliegend zu beurteilenden Verstoss bezogen. Vielmehr sei in der Selbstanzeige der Bereich Hochbau im Engadin ausgeklammert gewesen (vgl. Verfügung, Rz. 161 ff., 167, 172; Vernehmlassung, Rz. 34).

Die Vorinstanz macht weiter geltend, sie habe am 18. November 2015, dem Zeitpunkt, zu dem die Beschwerdeführerin erstmals Angaben zum

Projekt (...) gemacht habe, bereits über die relevanten Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss nachzuweisen. Sie verweist dabei insbesondere auf die E-Mail von A.\_\_\_\_\_ von Bezzola Denoth an N.\_\_\_\_\_, (...), vom (...) (vgl. Verfügung, Rz. 170 f.; Vernehmlassung, Rz. 13, 34, 36, 40, 47).

## 12.6

**12.6.1** Zu beurteilen ist zunächst die Frage, ob die Beschwerdeführerin hinsichtlich des Verstosses in Sachen (...) Erstanzeigerin nach Art. 8 Abs. 1 SVKG ist.

**12.6.2** Gemäss dem Merkblatt des Sekretariats kann ein Unternehmen, das eine Reduktion oder einen vollständigen Erlass der Sanktion im Rahmen der Bonusregelung anstrebt, direkt eine Selbstanzeige einreichen oder zunächst einen sog. Marker setzen. Mit der Setzung eines Markers erklärt ein Unternehmen, eine Selbstanzeige einreichen zu wollen. Der Marker ist für den Rang der Selbstanzeige im Verhältnis zu anderen Selbstanzeigen massgebend (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 9 Abs. 3; vgl. auch Urteil des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 4.2.1, *Musik Hug*; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 148; KRAUSKOPF/CARRON, WuW 2004, S. 504; MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 201, Rz. 1952; SOMMER, a.a.O., Rz. 16; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 139). Hat das Unternehmen aufgrund des Markers den ersten Rang, muss es grundsätzlich innert einer angemessenen Frist die Voraussetzungen der Eröffnungs- oder Feststellungskooperation erfüllen (vgl. Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO zur Bonusregelung [Selbstanzeige] vom 8. September 2014, BBI 2015 3346 ff., Rz. 22 ff. [nachfolgend: Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung]; MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, Rz. 1952; SCHALLER/KRAUSKOPF, Programme de clémence et sanctions cartellaires, sic! 2010, S. 73).

**12.6.3** Unabhängig von ihrem Rang setzt eine gültige Selbstanzeige über eine Einzelsubmissionsabsprache voraus, dass das Unternehmen hinreichend konkrete Angaben zum betreffenden Verstoss macht (vgl. E. 11.8.1; 12.3.3). Davon geht auch die Vorinstanz aus (vgl. Vernehmlassung, Rz. 30; Duplik, Rz. 16, 19).

**12.6.4** Soweit die Beschwerdeführerin die von ihr beanspruchte Stellung als Erstanzeigerin damit begründet, dass der massgebende Verfahrensgegenstand weit gefasst sei und über eine bonusrechtliche Sanktionsreduktion mit Blick auf einen "Gesamtsachverhalt" als Untersuchungsgegenstand zu entscheiden sei, beruht ihr Anspruch – wie dargelegt (vgl. E. 12.1) – auf einer unzutreffenden Prämisse und ist (bereits) deshalb unbegründet.

**12.6.5** Zur Beurteilung der Frage, welches Unternehmen Erstanzeigerin der Wettbewerbsabrede über das Projekt (...) war, ist deshalb auf Chronologie und Inhalt der Eingaben der Beschwerdeführerin in der frühen Phase der Untersuchung einzugehen (vgl. Sachverhalt, C):

Die Beschwerdeführerin reichte mit E-Mail vom 1. November 2012 eine als "*Marker*" (vgl. zum Begriff E. 12.3) und "*Selbstanzeige*" bezeichnete Bonusmeldung ein (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.1, 25-0037). Darin zeigte die Beschwerdeführerin "ihre Beteiligung an einer mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG" an. Diese habe das Unter- und das Oberengadin im Markt für Strassenbau betroffen.

In Ergänzung ihrer Selbstanzeige führte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 7. November 2012 aus, es hätten neben den bereits im Verfahren Nr. 22-0433 angezeigten Sachverhalten auch im übrigen Gebiet des Kantons Graubünden mutmassliche Wettbewerbsabreden im Markt für Strassenbau bestanden. Weiter lägen ihr Anzeichen vor, dass "im Kanton Graubünden ausserhalb des Unterengadins auch mutmassliche Wettbewerbsabreden im Markt für Hochbau" getroffen worden seien (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.5, 25-0037).

Die Selbstanzeige der Beschwerdeführerin vom 1. und 7. November 2012 liegt zwar zeitlich vor derjenigen von Bezzola Denoth, zumal diese erst am 9. November 2012 gemeinsam mit Foffa Conrad als deren Muttergesellschaft eine Selbstanzeige für das Unterengadin einreichte (vgl. Sachverhalt, D). Am 4. Dezember 2012 legte Bezzola Denoth jedoch als erstes Unternehmen konkrete Hinweise zu einer Submissionsabsprache über das Projekt (...) vor (vgl. Sachverhalt, D). Sie übergab dabei dem Sekretariat eine Liste ihrer Offerten zu Bauprojekten im Engadin in den Jahren 2006 bis und mit 2012. Darauf ist unter anderem das Bauprojekt (...) aufgeführt, mit der Bemerkung: "Schutz erhalten von Martinelli St. Moritz und Implenia Davos. Hinweis in unserem Mailverkehr."

Die Selbstanzeige der Beschwerdeführerin vom 1. und 7. November 2012 enthält demgegenüber keine Hinweise auf eine Abrede über die Ausschreibung des Hochbauprojekts (...). Die Selbstanzeige vom 1. November 2012 bezieht sich in sachlicher Hinsicht einzig auf den Markt für Strassenbau. Zwar erstreckt die Selbstanzeige vom 7. November 2012 sich auch auf Hochbauprojekte; das Unterengadin wird jedoch ausdrücklich ausgenommen. So führt die Selbstanzeige an, es lägen der Beschwerdeführerin Anzeichen vor, dass "im Kanton Graubünden ausserhalb des Unterengadins auch mutmassliche Wettbewerbsabreden im Markt für Hochbau" getroffen worden seien. Die Selbstanzeige der Beschwerdeführerin vom 1. und 7. November 2012 erfasst daher die vorliegend relevante Abrede (...) nicht. Sie kann hinsichtlich dieser Einzelsubmissionsabsprache auch nicht als Marker (vgl. E. 12.6.2) eingestuft werden.

**12.6.6** Ausgehend von dieser Beurteilung stellt sich die Frage, ob die weiteren von der Beschwerdeführerin vor dem 4. Dezember 2012 getätigten Ergänzungen ihrer Selbstanzeige Hinweise auf eine Abrede über das Projekt (...) enthalten. Dieses Datum stellt insoweit ein Stichdatum dar, als zu diesem Zeitpunkt – wie erwähnt (vgl. Sachverhalt, D) – Bezzola Denoth erstmals Hinweise zu einer mutmasslichen Abrede über das Projekt (...) vorlegte.

Die Beschwerdeführerin reichte im Rahmen der Ergänzung ihrer Selbstanzeige vom 9. November 2012 eine Liste ihrer Offerten im Zeitraum von 2007 bis zum 12. Oktober 2012 ein. Darin findet sich jedoch kein Hinweis auf die – vorliegend relevante – Ausschreibung (...) (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.8 und act. IX.A.9, 25-0037).

In der Ergänzung ihrer Selbstanzeige vom 16. November 2012 führte die Beschwerdeführerin aus, sie habe im Bereich Hochbau bislang lediglich zwei Projekte identifiziert, die mutmasslich abgesprochen sein könnten. Die beiden angezeigten Projekte lagen jedoch ausserhalb des Engadins. In der Ergänzung ihrer Selbstanzeige vom 23. November 2012 nannte die Beschwerdeführerin keine zusätzlichen und mutmasslich von Abreden betroffenen Hochbauprojekte (vgl. Vorinstanz, 25-0037, act. IX.A.13).

**12.6.7** Umstritten und zu erörtern ist in diesem Zusammenhang überdies die Tragweite der Aussage der Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 16. November 2012, wonach sie im Engadin "im Bereich Hochbau nicht tätig" sei (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.11, 25-0037, S. 1, 6).

In der Beschwerde wird dazu angeführt, die Vorinstanz messe der Aussage der Beschwerdeführerin, im Engadin im Hochbau nicht tätig zu sein, eine völlig neue und aus dem Zusammenhang gerissene Bedeutung bei. Die Beschwerdeführerin habe im Engadin zwar keine Hochbauaufträge ausgeführt, sich jedoch an einzelnen Ausschreibungen mitunter durch Abgabe einer Offerte beteiligt. Sie habe zum Zeitpunkt der Aussage aufgrund des frühen Stadiums der internen Untersuchung die Teilnahme an allfälligen Wettbewerbsabreden im Engadin im Bereich Hochbau gar nicht ausschliessen können (vgl. Beschwerde, Rz. 74 ff.).

Die Beschwerdeführerin verweist hierfür auf ihre Ausführungen in der Ergänzung ihrer Selbstanzeige vom 18. November 2015 (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.53, 25-0037). Darin hielt die Beschwerdeführerin unter der Überschrift "VI. Hochbautätigkeit von Implenia im Engadin" (S. 6) Folgendes fest:

"Nach dem bisherigen Stand der internen Untersuchung bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass Implenia Hochbauprojekte im Engadin ausgeführt hat. Allerdings hat Implenia gemäss den aufgefundenen Unterlagenordnern sowie den Aussagen von Herrn N.\_\_\_\_\_ für die obengenannten Hochbauprojekte Offerten eingegeben. Zumindest in Bezug auf die Offertstellung ist Implenia im Engadin daher geschäftlich aktiv geworden, weshalb die Aussagen in der Selbstanzeige vom 16. November 2012 und vom 4. April 2013 insoweit zu präzisieren sind."

Der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach ihre Aussage, im Engadin im Hochbau nicht tätig zu sein, sich nicht auf die Einreichung von Offerten beziehe, überzeugt nicht. Die in der Eingabe vom 16. November 2012 gemachte Aussage, im Engadin "im Bereich Hochbau nicht tätig" zu sein, ist in ihrem objektiven Gehalt klar. Sie bestätigt und verdeutlicht die Erklärung der Beschwerdeführerin in ihrer Selbstanzeige vom 7. November 2012, wonach ihr Anzeichen vorlägen, dass im Kanton Graubünden "ausserhalb des Unterengadins auch mutmassliche Wettbewerbsabreden im Markt für Hochbau" getroffen worden seien. Zudem hat die Beschwerdeführerin ihre Aussage in ihrer Eingabe vom 4. April 2013 bekräftigt. Darin führt sie aus, sie sei "ausser im Engadin [...] im Bereich des Hochbaus im ganzen Kanton Graubünden tätig" (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.28, 25-0037, S. 17). Die nach drei Jahren erfolgte Präzisierung der Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 18. November 2015, wonach lediglich gemeint gewesen sei, dass Implenia keine Bauaufträge im Engadin ausführe, ist daher unbehelflich.

Wenn die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung unter Hinweis auf die Verfahrensgeschichte folgert, dass der Bereich Hochbau im Engadin in der

Selbstanzeige der Beschwerdeführerin ausgeklammert und der vorliegend zu beurteilende Verstoss somit "(zunächst) nicht" von der Selbstanzeige erfasst gewesen sei (vgl. Verfügung, Rz. 167, 172), ist dies nicht zu beanstanden. Vielmehr durfte die Vorinstanz die erwähnten Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Ergänzung ihrer Selbstanzeige vom 16. November 2012 so verstehen, dass diese nach ihren Angaben nicht an Wettbewerbsabreden im Bereich Hochbau im Engadin beteiligt war und die Selbstanzeige den Hochbau im Engadin dementsprechend nicht umfasst hat (vgl. Verfügung, Rz. 167).

**12.6.8** Die Beschwerdeführerin führt sodann an, auch nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden habe sich ihre Selbstanzeige "betreffend Hochbau [...] auf den gesamten Kanton unter Einbezug des Engadins" bezogen. Sie stützt sich hierfür auf das Auskunftsbegleichen des Sekretariats der Vorinstanz vom 28. Februar 2013. Darin bittet die Vorinstanz die Beschwerdeführerin, sie zu informieren, "[...] ob sich die Bonusmeldung der Implenia AG hinsichtlich dem Hochbau weiterhin auf den gesamten Kt. GR oder nur auf gewisse Teile des Kt. GR bezieht" (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.26, 25-0037; vgl. Beschwerde, Rz. 37 ff.).

Aufgrund der dargelegten Umstände kann allein hieraus nicht darauf geschlossen werden, dass die Selbstanzeige nach Ansicht der Vorinstanz auch den Hochbau im Engadin umfasste. Vielmehr besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass es sich bei dieser singulären Äusserung um ein Schreibversehen im Sinne einer nicht beabsichtigten Ungenauigkeit der Vorinstanz handelt. Weitere Mitteilungen der Vorinstanz, welche den besagten Standpunkt der Beschwerdeführerin stützen, sind jedenfalls nicht ersichtlich und werden von dieser denn auch nicht angeführt. Demzufolge kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, die Vorinstanz sei der Ansicht gewesen, dass die Selbstanzeige sich auch auf den Hochbau im Engadin erstreckt habe.

Gemäss den Akten erfasste die Mitwirkung der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Selbstanzeige ab der Eröffnung des Verfahrens am 30. Oktober 2012 bis am 4. Dezember 2012 – dem Datum, an dem Bezzola Denoth (erstmals) konkrete Angaben zu einer Abrede über das Projekt (...) machte – weder den Hochbau im Engadin im Allgemeinen noch die – vorliegend relevante – Einzelabrede über die Ausschreibung (...) im Besonderen.

**12.6.9** Somit können die Eingaben der Beschwerdeführerin vor dem 4. Dezember 2012 hinsichtlich der vorliegend relevanten Einzelabrede über das Projekt (...) nicht als Marker qualifiziert werden.

Die Vorinstanz kommt vielmehr zu Recht zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin erst mit ihrer Eingabe vom 18. November 2015 konkrete Angaben zu der – vorliegend relevanten – Submissionsabsprache über das Projekt (...) gemacht hat. So führte die Beschwerdeführerin in ihrer Ergänzung der Selbstanzeige vom 18. November 2015 – auf Nachfrage der Vorinstanz – aus, es habe möglicherweise Unregelmässigkeiten bei der Offertstellung in Bezug auf das Projekt (...) gegeben. In ihren früheren Eingaben erwähnte die Beschwerdeführerin dieses Projekt nicht; weder zeigt die Beschwerdeführerin überzeugend auf noch ist aus den Akten ersichtlich, dass die von ihr vor dem 18. November 2015 im Rahmen ihrer Selbstanzeige vorgelegten Beweismittel und Informationen konkrete Hinweise auf den Verstoss in Bezug auf das Projekt (...) enthielten oder sonstwie in rechtserheblichem Umfang zum Nachweis dieses Verstosses beigetragen haben. Demgegenüber hat Bezzola Denoth – wie aufgezeigt – bereits am 4. Dezember 2012 Hinweise zu einer Abrede über das in Frage stehende Projekt (...) vorgelegt.

Es steht demzufolge aufgrund der Akten fest, dass Bezzola Denoth im Rahmen einer Ergänzung ihrer Selbstanzeige vom 4. Dezember 2012 als erstes Unternehmen eine mutmassliche Abrede betreffend das Projekt (...) angezeigt und zugleich konkrete Angaben hierzu gemacht hat (vgl. Sachverhalt, D). Die Vorinstanz erachtet deshalb Bezzola Denoth zu Recht als Erstanzeigerin der Wettbewerbsabrede über das Projekt (...).

**12.6.10** Selbst wenn die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Abrede über die Ausschreibung in Sachen (...) als Erstanzeigerin zu qualifizieren wäre, setzte ein vollständiger Erlass der Sanktion – im Rahmen der vorliegend relevanten Feststellungskooperation – nach Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG weiter voraus, dass die Wettbewerbsbehörden im Zeitpunkt der Selbstanzeige nicht bereits über ausreichende Informationen verfügen, um den fraglichen Wettbewerbsverstoss nachzuweisen.

Die Vorinstanz stützt ihr Beweisergebnis, wonach den Untersuchungsadressaten eine Abstimmung über die Koordinierung des Eingabeverhaltens nachgewiesen werden kann, zur Hauptsache auf die E-Mail von A.\_\_\_\_\_, (...), an N.\_\_\_\_\_, (...), vom (...). Im Rahmen ihrer Beweiswürdigung verweist sie zudem auf eine – von Bezzola Denoth eingereichte

(vgl. Sachverhalt, D) – E-Mail von Bezzola Denoth an Martinelli vom (...), aus der analoge Schlüsse zu ziehen seien (vgl. Verfügung, Rz. 60 ff.; Vernehmlassung, Rz. 34, 36, 40).

Die Beschwerdeführerin hat die E-Mail von A.\_\_\_\_\_ an N.\_\_\_\_\_ vom (...) am 22. Juli 2016 im Rahmen ihrer Selbstanzeige eingereicht (vgl. Sachverhalt, L). Die Vorinstanz hat diese E-Mail jedoch bereits am 1. Februar 2013 von Bezzola Denoth im Rahmen einer Ergänzung der Selbstanzeige erhalten (vgl. Sachverhalt, D).

Die E-Mail hat den Betreff (...) und folgenden Wortlaut:

"Sehr geehrter Herr N.\_\_\_\_\_.

In der Beilage erhalten sie die abgeänderte Offerte Baumeisterarbeiten.

Unsere Eingabe beläuft sich auf netto inkl. MWSt Fr. (...)

Die gesendete SIA sollte eine Summe netto inkl. MWSt. von Fr. (...) aufweisen (2.33%)

Herzlichen Dank für Ihre Bemühungen.

[...]

A.\_\_\_\_\_ "

Es gibt keinen Anlass, die Einschätzung der Vorinstanz, wonach diese E-Mail ein massgebendes Beweismittel für eine Abstimmung über die Koordinierung des Angebotsverhaltens an der Ausschreibung (...) darstelle, anzuzweifeln. Wie dargelegt (vgl. E. 7), ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Projekt (...) die Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede über die Festlegung von Preisen und die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG rechtsgenüglich nachgewiesen werden kann.

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, sie habe mit Eingabe vom 10. November 2016 als einziges Unternehmen den Anhang zur E-Mail vom (...) – welcher die von ihr eingegebene Offerte zum Gegenstand hat – eingereicht (vgl. Beschwerde, Rz. 120). Es ist jedoch nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht substantiiert dargetan, dass sie der Vorinstanz dadurch die Beweisführung in relevanter Weise erleichtert hat.

Die Vorinstanz verfügte demzufolge zu dem Zeitpunkt, zu dem die Beschwerdeführerin erstmals Informationen zu ihrer Beteiligung an einer Submissionsabsprache über das Projekt (...) vorlegte, bereits über ausreichende Beweismittel, um eine Wettbewerbsabrede unter Beteiligung der Beschwerdeführerin nachzuweisen.

**12.6.11** Somit war die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Abrede über das Projekt (...) nicht Erstanzeigerin. Zudem verfügte die Vorinstanz bereits über ausreichende Beweismittel zum Nachweis des Verstosses, als die Beschwerdeführerin sich mit Eingabe vom 18. November 2015 zu diesem erstmals äusserte. Abgesehen von ihrer fehlenden Erstanzeigerstellung erfüllt die Beschwerdeführerin damit auch die entsprechende Voraussetzung nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b und Abs. 4 Bst. b SVKG (vgl. E. 11) nicht.

**12.7** Zu beurteilen ist sodann die Eventualbegründung der Beschwerdeführerin für den von ihr geltend gemachten Anspruch auf einen vollständigen Sanktionserlass nach der Bonusregelung. Die Beschwerdeführerin bringt vor, selbst unter der Annahme, dass zunächst keine wirksame Selbstanzeige in Bezug auf das Projekt (...) vorgelegen hätte, erfülle sie die Voraussetzungen für einen Erlass der Sanktion nach Art. 8 ff. SVKG. Sie begründet diesen Standpunkt im Wesentlichen damit, dass die Selbstanzeige von Bezzola Denoth weggefallen sei und die von Bezzola Denoth gelieferten Beweismittel bei der Beurteilung des Mitwirkungsbeitrags der Beschwerdeführerin deshalb nicht berücksichtigt werden dürften (vgl. Beschwerde, Rz. 105 ff.).

**12.7.1** Die Beschwerdeführerin macht im Einzelnen geltend, Bezzola Denoth habe in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag vom 14. Juni 2017 wesentliche Teile ihrer Selbstanzeige widerrufen. Damit habe ab diesem Zeitpunkt keine wirksame Selbstanzeige von Bezzola Denoth mehr vorgelegen, weshalb diese den Anspruch auf einen vollständigen Sanktionserlass verloren habe. Gestützt hierauf führt die Beschwerdeführerin an, sie sei mit ihrer, gemäss Vorinstanz erst mit Ergänzung vom 18. November 2015 wirksamen Selbstanzeige in die wieder frei gewordene Erstanzeigerstellung nachgerückt (vgl. Beschwerde, Rz. 13, 106 f., 115, 128; Replik, Rz. 52, 62).

Die Beschwerdeführerin führt aus, für die Beurteilung, ob sie mit ihrer Selbstanzeige vom 18. November 2015 und den diesbezüglichen Ergänzungen die weiteren Voraussetzungen nach Art. 8 SVKG erfülle, sei sie

nach Sinn und Zweck des Nachrückungsrechts so zu stellen, als hätte Bezzola Denoth keine Selbstanzeige eingereicht. Die von Bezzola Denoth gelieferten Beweismittel müssten deshalb ausser Betracht bleiben. Denn müsste sich das später meldende Unternehmen die Beweismittel des zuerst meldenden Unternehmens entgegenhalten lassen, müsste es befürchten, dass ein Nachrücken nicht mehr möglich sei. Damit wäre der Anreiz, an der Aufdeckung der Wettbewerbsverstösse mitzuwirken, stark vermindert (vgl. Beschwerde, Rz. 117 f., 122).

Die Beschwerdeführerin macht gestützt hierauf geltend, sie habe im Rahmen ihrer Kooperation massgebliche Beweismittel eingereicht. So habe sie mit der E-Mail von A. \_\_\_\_\_, (...), an N. \_\_\_\_\_, (...), betreffend die Offerte (...), vom (...) eines der wesentlichen Beweismittel in der angefochtenen Verfügung vorgelegt. Zudem habe sie als einziges Unternehmen den Anhang der E-Mail eingereicht. Ohne diese Beweismittel hätten die Wettbewerbsbehörden über keine ausreichenden Beweismittel im Sinne von Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG verfügt. Vielmehr beruhe das Beweisergebnis der Vorinstanz nahezu vollständig auf der Selbstanzeige der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde, Rz. 120 ff., 128; Replik, Rz. 62).

**12.7.2** Die Vorinstanz entgegnet, die kartellrechtlichen Bestimmungen zur Selbstanzeige sähen ein solches Nachrückungsrecht zum einen nicht vor. Zum anderen wäre der Beschwerdeführerin vorliegend selbst dann kein vollständiger Sanktionserlass zu gewähren, wenn sie als Erstanzeigerin zu betrachten wäre oder in diese Position nachrücken könnte. Denn die Beschwerdeführerin habe erst ab November 2015 Informationen zum strittigen Verstoss eingereicht. Zu diesem Zeitpunkt habe die Vorinstanz bereits über die relevanten Beweismittel verfügt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 39 f.; Duplik, Rz. 22).

**12.7.3** Die Argumentation der Beschwerdeführerin überzeugt nicht. Es besteht aufgrund der vorliegenden Akten kein Anlass, an der Rechtmässigkeit der vorinstanzlichen Einstufung von Bezzola Denoth als Erstanzeigerin im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG zu zweifeln. Da Bezzola Denoth die betreffenden Beweismittel im Rahmen ihrer Selbstanzeige unaufgefordert eingereicht hat, können diese im Übrigen selbst dann nicht als rechtswidrig beschafft gelten, wenn das Unternehmen seine Stellung als Selbst- oder Erstanzeigerin im Verlauf des Untersuchungsverfahrens verliert (vgl. GRAF, a.a.O., S. 496 f., 504 f.; KRAUSKOPF/SENN, a.a.O., S. 19 f.; ZIMMERLI, a.a.O., S. 685). Entsprechende Beweismittel bleiben auch in einem sol-

chen Fall verwertbar. Folgerichtig sind sie bei der Beurteilung des Mehrwerts der von den anderen Selbstanzeigern gelieferten Informationen und Beweismittel zu berücksichtigen (vgl. E. 11.18).

Hierfür spricht auch der Sinn und Zweck der Feststellungskooperation nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, den Wettbewerbsbehörden die Ermittlung des Sachverhalts und damit den Nachweis eines Verstosses zu erleichtern und die Selbstanzeigerin für den bei der Aufklärung des Verstosses erbrachten Mehrwert zu belohnen (vgl. E. 11.4 ff). Dieser bestimmt sich – wie aufgezeigt – mit Blick auf die den Wettbewerbsbehörden bereits vorliegenden Beweismittel (vgl. E. 11.18). Entsprechend führt das Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung aus, die Wichtigkeit von Angaben einer Selbstanzeigerin reduziere sich, wenn diese schon von anderen Unternehmen gemacht worden seien (Rz. 19).

Aus diesen Gründen sind die von Bezzola Denoth eingereichten Beweismittel bei der Beurteilung, welchen Beitrag die Beschwerdeführerin zum Nachweis des in Frage stehenden Verstosses geleistet hat, unabhängig davon zu berücksichtigen, ob Bezzola Denoth ihre Stellung als Selbst- und Erstanzeigerin verloren hat und die Beschwerdeführerin in der Folge in die Stellung als Erstanzeigerin nachgerückt ist. Von einer Unverwertbarkeit der von Bezzola Denoth im Rahmen ihrer Selbstanzeige gelieferten Beweismittel kann jedenfalls nicht ausgegangen werden.

Soweit die Beschwerdeführerin den geltend gemachten Anspruch auf einen vollständigen Erlass der Sanktion auf die – wie aufgezeigt – unzutreffende Annahme stützt, dass die von Bezzola Denoth gelieferten Beweise nicht verwertbar seien, kann ihr daher nicht gefolgt werden.

Ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung ist demzufolge – wie die Vorinstanz zutreffend geltend macht (vgl. Vernehmlassung, Rz. 39 f.; Duplik, Rz. 22) – auch bei einem Verlust der Erstanzeigerstellung von Bezzola Denoth und einem Nachrücken der Beschwerdeführerin in die Stellung als Erstanzeigerin zu verneinen. Selbst dann verfügte nämlich die Vorinstanz am 18. November 2015, dem Zeitpunkt, zu dem die Beschwerdeführerin sich erstmals – und auf Nachfrage hin – zu ihrer Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede hinsichtlich des Projekts (...) äusserte, bereits über ausreichende Beweismittel, um die Abrede nachzuweisen. Die entsprechende (negative) Voraussetzung für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach

Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG (vgl. E. 11.1) wäre auch in diesem Fall nicht erfüllt. Auf Umfang und Modalitäten eines Nachrückschlagsrechts von Zweitanzweignern braucht daher mangels Relevanz für den Ausgang des Verfahrens nicht näher eingegangen zu werden.

Somit verfügte die Vorinstanz zum Zeitpunkt, als die Beschwerdeführerin erstmals Angaben zu einer mutmasslichen Abrede über das Projekt (...) lieferte, bereits über ausreichende Beweismittel, um den vorliegend in Frage stehenden Wettbewerbsverstoss zu beweisen. Damit sind die entsprechenden Voraussetzungen der Feststellungskooperation für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b und Abs. 4 Bst. b SVKG (vgl. E. 11) nicht erfüllt.

**12.8** Des Weiteren beruft die Beschwerdeführerin sich zugunsten eines Anspruchs auf vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung auf den Grundsatz von Treu und Glauben und in diesem Zusammenhang auf das Grundrecht auf Vertrauensschutz. Einerseits macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe ihr mit Schreiben vom 23. April 2013 einen vollständigen Erlass der Sanktion zugesichert (vgl. E. 12.8.1 ff.); andererseits führt sie an, die Vorinstanz habe Treu und Glauben verletzt, indem sie die ihr gewährte Gelegenheit zur Ergänzung der Selbstanzeige unzulässig hinausgezögert habe (E. 12.9).

Zu beurteilen ist hier zunächst das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihr mit Schreiben vom 23. April 2013 einen vollständigen Erlass der Sanktion zugesichert.

**12.8.1** Die Beschwerdeführerin bringt im Einzelnen vor, diese Zusicherung habe auch das Projekt (...) erfasst. Denn die Bestätigung des Sanktionserlasses sei für das gesamte Untersuchungsgebiet des Verfahrens "*Bauleistungen Graubünden*" erfolgt, ohne davon Hochbauprojekte in Teilen des Kantons auszunehmen. Die Vorinstanz habe der Beschwerdeführerin den vollständigen Sanktionserlass in Kenntnis der Wettbewerbsabrede über das Projekt (...) bestätigt (vgl. Beschwerde, Rz. 45 f.; Replik, Rz. 1, 4, 7).

**12.8.2** Die Vorinstanz wendet hiergegen ein, ihre Zusicherung vom 23. April 2013 habe nicht für den vorliegend zu beurteilenden Verstoss gegolten. Die Beschwerdeführerin könne aus dieser Mitteilung der Wettbewerbsbehörden nichts zu ihren Gunsten ableiten. Diese habe sich ausdrücklich auf die von der Beschwerdeführerin angezeigten Wettbewerbsabreden bezo-

gen. In Bezug auf mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Zusammenhang mit Hochbauprojekten im Engadin habe zu diesem Zeitpunkt keine Selbstanzeige von Implenia vorgelegen. Die Beschwerdeführerin habe den vorliegend zu beurteilenden Verstoß vielmehr erst im November 2015 angezeigt (vgl. Verfügung, Rz. 174; Vernehmlassung, Rz. 24, 34).

**12.8.3** Der Grundsatz von Treu und Glauben verleiht als Grundrecht nach Art. 9 BV einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Die erfolgreiche Berufung auf den Vertrauensschutz setzt voraus, dass die Person sich auf eine Vertrauensgrundlage stützen kann, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr ohne Nachteile rückgängig machen kann. Die Berufung auf Treu und Glauben scheidet sodann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (vgl. BGE 131 II 627 E. 6; BGE 129 I 161 E. 4.1; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 216 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*).

Nach Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG teilt das Sekretariat dem sich anzeigenden Unternehmen im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums mit, inwieweit es die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG als gegeben erachtet (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 9 Abs. 3 Bst. a). Es kann dem Unternehmen einen "bedingten Sanktionserlass" zusichern, d.h. einen Erlass der Sanktion für den Fall, dass das Unternehmen die weiteren Voraussetzungen nach Art. 8 f. SVKG erfüllt (vgl. Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung, Rz. 41). Definitiv entscheidet erst die Wettbewerbskommission am Ende des Verfahrens über die Gewährung des vollständigen Erlasses der Sanktion (Art. 11 Abs. 1 SVKG). Sie kann von einer Mitteilung des Sekretariats gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG nur abweichen, wenn ihr nachträglich Tatsachen bekannt werden, die dem Erlass der Sanktion entgegenstehen (Art. 11 Abs. 2 SVKG). Genannt wird namentlich der Fall, dass die Zusammenarbeit des Unternehmens ungenügend ist (vgl. Erläuterungen KG-Sanktionsverordnung, ad Art. 8 Abs. 2 Bst. c; PETER REINERT, in: Handkommentar zum KG, 2007, Art. 49a N. 25).

Der entsprechende Passus des Schreibens der Vorinstanz vom 23. April 2013 an die Beschwerdeführerin lautet wie folgt:

"Hiermit teilen wir Ihnen [...] mit, dass die am 1. November 2012 um 11.00 Uhr und die am 7. November um 19.00 Uhr eingegangenen Selbstanzeigen Ihrer

Mandantin in zeitlicher Hinsicht als Erste eingegangen sind. Vor diesem Hintergrund erachten wir die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG in Bezug auf die von Ihnen angezeigten, unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG betreffend das Verfahren 22-0433 Bauleistungen Graubünden als gegeben (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG)." (Vorinstanz, act. IX.A.44, 25-0037)

Das Schreiben vom 23. April 2013 ist vor dem Hintergrund folgender Umstände zu deuten: Erstens untersuchte die Vorinstanz im ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 eine Vielzahl mutmasslicher Wettbewerbsabreden im Bauwesen. Dies in einem vergleichsweise grossen räumlichen Gebiet: So umfasste die Untersuchung – wie aufgezeigt (vgl. E. 12.1) – zunächst das Unterengadin und ab dem 22. April 2013 bis zur Verfahrenstrennung am 23. November 2015 den gesamten Kanton Graubünden. Zweitens legte die Beschwerdeführerin bereits kurz nach der Eröffnung der Untersuchung am 30. Oktober 2012 Hinweise auf mutmassliche Absprachen bei Ausschreibungen im Kanton Graubünden vor.

Soweit das Schreiben vom 23. April 2013 eine Mitteilung eines bedingten Sanktionserlasses nach der Bonusregelung enthält, beschränkt sich diese nach ihrem Wortlaut auf die Verstösse, welche die Beschwerdeführerin zum damaligen Zeitpunkt angezeigt hatte. Die Mitteilung umfasst damit nicht die – vorliegend in Frage stehende – Wettbewerbsabrede über das Projekt (...). Denn zu dieser hat die Beschwerdeführerin sich erstmals in ihrer Eingabe vom 18. November 2015 geäussert (vgl. E. 12.6). Dies, nachdem sie mit Schreiben der Vorinstanz vom 23. Oktober 2015 auf dieses Projekt hingewiesen worden war (vgl. Sachverhalt, H). Dass die Vorinstanz im Zeitpunkt ihrer Zusicherung von einem mutmasslichen Wettbewerbsverstoss mit Bezug auf das Projekt (...) durch Bezzola Denoth (vgl. Sachverhalt, D) bereits Kenntnis erhalten hatte, vermag hieran nichts zu ändern. Diese Beurteilung bestätigt auch das vorinstanzliche Schreiben vom 23. Oktober 2015 an die Beschwerdeführerin (vgl. Sachverhalt, H). Darin hält die Vorinstanz unmissverständlich fest, dass die Beschwerdeführerin den Verstoss in Sachen (...) bislang "nicht angezeigt" habe. Der entsprechende Passus lautet wie folgt:

"Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) liegen Anhaltspunkte für mutmassliche Wettbewerbsabreden unter Beteiligung der Implenia Schweiz AG im Engadin vor, welche bislang von ihr nicht angezeigt wurden. Dies betrifft namentlich folgende Ausschreibungen: [...]" (Vorinstanz, act. IX.A.51, 25-0037)

Demzufolge hat sich das Schreiben der Vorinstanz vom 23. April 2013 nicht auf die Wettbewerbsabrede über das Projekt (...) bezogen. Es konnte bei der Beschwerdeführerin von vornherein kein Vertrauen darauf begründen, dass ihre Beteiligung an dieser Wettbewerbsabrede von der Mitteilung des bedingten Sanktionserlasses erfasst war. Die Beschwerdeführerin hat damit auch unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes keinen Anspruch auf Erlass der Sanktion.

**12.9** Die Beschwerdeführerin rügt des Weiteren, die Vorinstanz habe Treu und Glauben verletzt, indem sie die ihr gewährte Gelegenheit zur Ergänzung der Selbstanzeige unzulässig hinausgezögert habe.

**12.9.1** Die Beschwerdeführerin führt im Einzelnen an, der Vorinstanz sei das Projekt (...) seit dem 4. Dezember 2012 bzw. dem 1. Februar 2013 namentlich bekannt gewesen. Obwohl die Vorinstanz gewusst habe, dass ihre Selbstanzeige sich auf den Hochbau im Engadin beziehe und dies gegenüber der Beschwerdeführerin auch bestätigt habe, habe sie der Beschwerdeführerin erst beinahe drei Jahre später mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 Gelegenheit gegeben, die Selbstanzeige spezifisch in Bezug auf das Projekt (...) zu ergänzen (vgl. Beschwerde, Rz. 99).

Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, es wäre ihr gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. b SVKG bereits im Rahmen der Bestätigung des vollständigen Sanktionserlasses vom 23. April 2013 Gelegenheit zu geben gewesen, die Selbstanzeige spezifisch in Bezug auf das Projekt (...) zu ergänzen. Die erst im Schreiben vom 23. Oktober 2015 enthaltenen Hinweise wären schon in das Bestätigungsschreiben der Vorinstanz vom 23. April 2013 mit dem Hinweis aufzunehmen gewesen, dass die entsprechenden Informationen für einen vollständigen Sanktionserlass zusätzlich einzureichen seien. Es sei vorliegend, wie im entsprechenden Schreiben vom 23. Oktober 2015 festgehalten werde, nicht um die Einreichung, sondern um die Ergänzung einer Selbstanzeige gegangen. Werde eine Selbstanzeige eingereicht, so seien die Wettbewerbsbehörden nach Art. 9 Abs. 3 Bst. b SVKG verpflichtet, auf eine allfällige Unvollständigkeit hinzuweisen. Die Wettbewerbsbehörden hätten bezeichnenderweise keinen Grund angeben können, warum sie die Gelegenheit zur Ergänzung der Selbstanzeige so lange hinausgezögert hätten. Das Vorgehen der Wettbewerbsbehörden sei widersprüchlich und verstosse insoweit gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Beschwerde, Rz. 99 f.; Replik, Rz. 56).

**12.9.2** Die Vorinstanz bekräftigt in diesem Zusammenhang, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Abrede betreffend das Projekt (...) bis November 2015 nicht Selbstanzeigerin gewesen sei. Sie habe nicht die Pflicht, einer Verfahrenspartei die Einreichung einer Selbstanzeige zu ermöglichen, etwa indem vorläufige Ermittlungsergebnisse bekanntgegeben werden. Soweit die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 darauf aufmerksam gemacht habe, dass sie über Hinweise auf einen Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt (...) verfüge, sei dies freiwillig und ohne Rechtspflicht erfolgt. Vielmehr hätte es genügt, die Beschwerdeführerin im Rahmen des Verfügungsantrags des Sekretariats mit dem festgestellten Sachverhalt zu konfrontieren. Sie hätte sich alsdann im Rahmen ihrer schriftlichen Stellungnahme nach Art. 30 Abs. 2 KG dazu äussern können (vgl. Vernehmlassung, Rz. 44).

**12.9.3** Vorliegend ist zunächst zu prüfen, ob die Vorinstanz verpflichtet gewesen wäre, die Beschwerdeführerin bereits im ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (zunächst: *Bau Unterengadin*, ab 22. April 2013: *Bauleistungen Graubünden*) darauf hinzuweisen, dass sie eine mutmassliche Wettbewerbsabrede über das Projekt (...) untersuche.

Das Untersuchungsverfahren vor den Wettbewerbsbehörden richtet sich – wie erwähnt (vgl. E. 2.1.3) – in erster Linie nach den Bestimmungen des Kartellgesetzes, der KG-Sanktionsverordnung (SVKG) sowie des VwVG (Art. 39 KG). Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihr gegenüber Aufklärungspflichten missachtet, ist primär nach Massgabe dieser Bestimmungen zu beurteilen, zumal davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV) in diesen Bestimmungen umgesetzt hat.

Nach Art. 28 KG gibt das Sekretariat die Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation bekannt (Abs. 1); die Bekanntgabe muss unter anderem den Gegenstand der Untersuchung nennen (Abs. 2). Im vorliegenden Fall haben die Wettbewerbsbehörden den jeweiligen Untersuchungsgegenstand im Sinne von Art. 28 KG öffentlich bekannt gemacht und zudem gegenüber der Beschwerdeführerin hinreichend klar kommuniziert (vgl. E. 12.2.3).

Weitere einschlägige Bestimmungen lassen sich weder dem KG noch dem VwVG entnehmen. Demgegenüber regeln mehrere Bestimmungen der

SVKG das Kommunikationsverhalten der Wettbewerbsbehörde nach Erhalt einer Selbstanzeige.

So teilt das Sekretariat nach der Bestimmung von Art. 9 Abs. 3 Bst. b SVKG im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums einem sich anzeigenden Unternehmen mit,

- inwieweit es die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG als gegeben erachte (Bst. a), und
- welche Informationen das anzeigende Unternehmen zusätzlich einzureichen hat, insbesondere um die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 1 SVKG zu erfüllen (Bst. b).

Die Tragweite dieser generell-abstrakten Bestimmung bestimmt sich einerseits unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und andererseits mit Blick auf die spezifischen Merkmale der Bonusregelung.

Im vorliegenden Fall umfasste der Untersuchungsgegenstand des ursprünglichen Verfahrens Nr. 22-0433 bis am 22. April 2013 eine unbestimmte Vielzahl von Wettbewerbsabreden im Baubereich im Unterengadin und ab dann bis zur Verfahrenstrennung am 23. November 2015 solche im gesamten Kanton Graubünden (vgl. Sachverhalt, B, F, I).

Zu berücksichtigen sind sodann die besonderen Merkmale der Bonusregelung: Die Mitwirkung des Selbstanzeigers im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG erfolgt wesensgemäss nicht aufgrund eines auf gesetzliche Mitwirkungs- und Auskunftspflichten gestützten Auskunftsbegehrens, sondern unaufgefordert, d.h. freiwillig und aus eigenem Antrieb. Der Ordnungsgeber hat dies in Art. 8 Abs. 2 Bst. b und Art. 12 Abs. 1 SVKG ausdrücklich festgehalten (vgl. Urteil des BVGer B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 16.3.28, *Engadin IV Foffa Conrad*).

Es oblag dementsprechend der – von Beginn der Untersuchung an anwaltlich vertretenen – Beschwerdeführerin, von sich aus alle zweckdienlichen internen Nachforschungen zu möglichen Beteiligungen an Wettbewerbsabreden im Rahmen des ihr bekannten Untersuchungsgegenstands zu tätigen und möglicherweise relevante Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorzulegen. Angesichts dieser – vom Ordnungsgeber klar umschriebenen – Obliegenheit zur spontanen Mitwirkung während des ge-

samten Verfahrens vor den Wettbewerbsbehörden darf eine Selbstanzeigerin nicht zuwarten, bis die Behörde sie zur weiteren Mitwirkung auffordert (vgl. KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 92).

Dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin erst am 23. Oktober 2015 auf eine mutmassliche Wettbewerbsabrede über das Bauprojekt (...) und deren vermutete Beteiligung an dieser aufmerksam gemacht hat, obschon sie hiervon bereits am 4. Dezember 2012 Kenntnis hatte (vgl. Sachverhalt, D), stellt unter den dargelegten Umständen kein gegen Treu und Glauben verstossendes oder sonstwie bundesrechtswidriges Verhalten dar.

**12.9.4** Die Beschwerdeführerin erfüllt die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung (Art. 8 ff. SVKG) demzufolge nicht. Sie ist weder Erstanzeigerin des – vorliegend relevanten – Verstosses betreffend das Projekt (...) noch hat sie Beweismittel und Informationen geliefert, welche für den Nachweis des Verstosses entscheidend waren. Vielmehr verfügte die Vorinstanz bereits über ausreichende Beweismittel, um den vorliegend in Frage stehenden Wettbewerbsverstoss zu beweisen, als die Beschwerdeführerin erstmals Angaben zu einer mutmasslichen Abrede über das Projekt (...) lieferte. Die Vorinstanz hat deshalb einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung zu Recht verneint.

### **13. Sanktionsreduktion nach der Bonus Plus-Regelung (Art. 12 Abs. 3 SVKG)**

Da sich das Hauptbegehren auf vollständigen Sanktionserlass als unbegründet erweist, ist das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin zu prüfen, wonach die Sanktion nach pflichtgemäsem Ermessen des Gerichts angemessen zu reduzieren sei, mindestens aber im Umfang von 85% des relevanten Sanktionsbetrags.

Soweit die Beschwerdeführerin ihr Eventualbegehren auf Sanktionsreduktion damit begründet, dass die Vorinstanz den Basisbetrag fehlerhaft bemessen habe, sind ihre Ausführungen – wie bereits dargelegt (vgl. E. 9) – unbegründet.

Zu beurteilen bleiben die Argumente der Beschwerdeführerin zugunsten einer höheren Reduktion des Sanktionsbetrags nach der Bonusregelung. Die Beschwerdeführerin stützt ihren Anspruch auf eine Sanktionsreduktion von mindestens 85% unter anderem auf die einfache Bonusregelung nach

Art. 12 ff. SVKG in Verbindung mit der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) sowie auf die Bonus Plus-Regelung nach Art. 12 Abs. 3 SVKG.

Es ist zunächst zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin – wie von dieser geltend gemacht wird – einen Anspruch auf Sanktionsreduktion im Rahmen der Bonus Plus-Regelung nach Art. 12 Abs. 3 SVKG hat. Da ein allfälliger Anspruch auf Bonus Plus eine Sanktionsreduktion bis zu 80% zur Folge haben kann, ist er vor dem Anspruch auf Sanktionsreduktion im Rahmen der allgemeinen Bonusregelung nach Art. 12 Abs. 1 und 2 SVKG zu prüfen.

**13.1** Die Beschwerdeführerin stützt ihren Anspruch auf eine weitergehende Sanktionsreduktion auf die Bonus Plus-Regelung nach Art. 12 Abs. 3 SVKG. Sie rügt, die Nichtgewährung einer Sanktionsreduktion von 80% durch die Vorinstanz verletze Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 12 Abs. 3 SVKG. Zudem habe die Vorinstanz in diesem Zusammenhang ihr rechtliches Gehör verletzt, indem sie auf den Antrag auf eine Reduktion der Sanktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) ohne Begründung nicht eingee. Diese Rüge ist zunächst zu behandeln. Danach ist zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine zusätzliche Reduktion der Sanktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG hat (vgl. E. 13.4).

Die Beschwerdeführerin bringt in Bezug auf die gerügte Gehörsverletzung im Einzelnen vor, es fänden sich in der Verfügung zu Unrecht keinerlei Ausführungen zu einem Bonus Plus für die Beschwerdeführerin, obwohl sie eine entsprechende Reduktion der Sanktion in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag ausdrücklich beantragt habe. Die angefochtene Verfügung bleibe jede Begründung schuldig, weshalb die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für einen Reduktionsanspruch im Rahmen der Bonus Plus-Regelung nicht erfüllt haben soll. Sie verletze damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. Beschwerde, Rz. 19, 65, 135 ff.; Replik, Rz. 64 ff.).

**13.2** Die Vorinstanz bestreitet im Beschwerdeverfahren nicht, zum entsprechenden Antrag, den die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag gestellt hat, keine Stellung genommen zu haben. Der Vorwurf der Verletzung der Begründungspflicht stosse in diesem Zusammenhang jedoch ins Leere. Die Beschwerdeführerin habe – mit Blick auf deren Anzeigehistorie – offensichtlich keinen Anspruch auf die Gewährung von Bonus Plus. Mit einem offensichtlich unbegründeten Vorbringen habe sie sich nicht auseinandersetzen müssen. Selbst wenn eine Gehörsverletzung zu bejahen sei, wäre sie im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht,

das über eine umfassende Kognition verfüge, als geheilt zu betrachten (vgl. Vernehmlassung, Rz. 51 ff.; Duplik 26 f.; Stellungnahme vom 16. Januar 2019, S. 3).

Es ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz in Zusammenhang mit einem Anspruch auf Sanktionsreduktion nach der Bonus Plus-Regelung (Art. 12 Abs. 3 SVKG) den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt hat.

### 13.3

**13.3.1** Die Garantie des rechtlichen Gehörs verlangt, dass die Behörde die relevanten Vorbringen des von einem Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig prüft und in der Entscheidung berücksichtigt (Art. 32 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 136 I 229 E. 5.2). Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG; vgl. Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 3.1, *Türbeschläge*). Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen die Behörde sich leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. BGE 141 III 28 E. 3.2.4; Urteil des BVGer B-4820/2012 vom 8. August 2014 E. 3.2.1 [nicht publizierte Erwägung von BVGE 2014/52]). Die Behörde muss aber darlegen, weshalb sie Parteivorbringen für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig hält (vgl. Urteile des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 5.1.4, *VW-Autohändler*; B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 3.1.4, *Baubeschläge SFS unimarket*; B-2612/2011 vom 2. Juli 2013 E. 4.3.1, m.w.H.; BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 6.1, *Terminierung Mobilfunk*; HÄNER, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 39 N. 99).

**13.3.2** In ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag vom 21. Juni 2017 hat die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die von ihr gelieferten Informationen eine Reduktion der Sanktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) beantragt. Im Einzelnen führte die Beschwerdeführerin in Rz. 82 ff. Folgendes aus:

"2.3 Eventualbegehren: Implemia erfüllt Voraussetzungen für teilweisen Sanktionserlass in Höhe von 80 % (Bonus Plus)

[...]

Es finden sich im Verfügungsantrag zu Unrecht keinerlei Ausführungen zu einem Bonus Plus für Implemia.

[...]

Der Verfügungsantrag übersieht, dass Implemia als erstes Unternehmen weitere Wettbewerbsverstösse im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG eingereicht hat." (Vorinstanz, act. 72, 22-0463, S. 18)

Die angefochtene Verfügung geht auf den Antrag der Beschwerdeführerin auf eine Sanktionsreduktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) nicht ein. Vielmehr fehlt eine Auseinandersetzung mit der Frage nach einem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Reduktion der Sanktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG.

Ob die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine zusätzliche Reduktion der Sanktion nach der Bonus Plus-Regelung hat, ist eine für die Festlegung der Sanktionshöhe relevante Rechtsfrage. Die Vorinstanz hätte bereits aus diesem Grund zumindest kurz darlegen sollen, weshalb sie den von der Beschwerdeführerin in der Stellungnahme zum Verfügungsantrag geltend gemachten Anspruch auf eine zusätzliche Reduktion der Sanktion unter dem Titel der Bonus Plus-Regelung für (offensichtlich) unbegründet hält.

Indem die Vorinstanz auf den Antrag der Beschwerdeführerin auf eine Reduktion der Sanktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) und die zu seiner Begründung gemachten Ausführungen in keiner Weise eingegangen ist, hat sie ihre Begründungspflicht und damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt.

**13.3.3** Eine Verletzung der Begründungspflicht kann unter Umständen als geheilt gelten, wenn die untere Behörde im Rechtsmittelverfahren eine genügende Begründung nachschiebt und die Beschwerde führende Partei hierzu Stellung nehmen kann. Zudem muss die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz verfügen (vgl. Urteile des BVGer A-2643/2015 vom 22. Juli 2015 E. 4.3; A-821/2013 vom 2. September 2013 E. 3.2.3 f.; A-1681/2006 vom 13. März 2008 E. 2.4; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 3.114).

Vorliegend hat die Vorinstanz im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht dargelegt, weshalb die Beschwerdeführerin aus ihrer Sicht keinen Anspruch auf eine Sanktionsreduktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) habe. Die Beschwerdeführerin konnte sich im Beschwerdeverfahren hierzu äussern und hatte Gelegenheit, den von ihr geltend gemachten Anspruch auf eine zusätzliche Sanktionsreduktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG zu begründen, wovon sie auch Gebrauch gemacht hat. Das Bundesverwaltungsgericht verfügt diesbezüglich über volle Kognition (Art. 49 VwVG; E. 9.2.3.1). Eine Rückweisung der Sache käme einem formalistischen Leerlauf gleich (vgl. auch Urteil des BVerG B-506/2010 vom E. 4.2.4 f., *Gaba*). Aus diesen Gründen kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren als geheilt angesehen werden. Dem Verfahrensmangel ist jedoch bei der Regelung der Verfahrenskosten Rechnung zu tragen (vgl. E. 17).

**13.4** Aufgrund der Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren hat das Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf zusätzliche Reduktion der Sanktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) hat. Zwar hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung über den von der Beschwerdeführerin im Untersuchungsverfahren erhobenen Anspruch auf Sanktionsreduktion nach der Bonus Plus-Regelung keinen Entscheid getroffen. Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren kann jedoch auch sein, was – wie vorliegend – nach richtiger Gesetzesauslegung Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens hätte sein sollen (vgl. Urteil des BVerG 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 8.2.2, *Hallenstadion et al.*; BVGE 2010/12 E. 1.2.1; Urteil des BVerG A-5075/2018 vom 22. März 2019, E. 2.4.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 686 f.). Im Übrigen weist die Frage eines Anspruchs auf Sanktionsreduktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) einen engen Sachzusammenhang mit der – unstrittig Streitgegenstand bildenden – Sanktionsbemessung auf. Auch dies rechtfertigt es, die Frage eines Anspruchs auf Sanktionsreduktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG im Beschwerdeverfahren zu erörtern.

**13.4.1** Die Beschwerdeführerin führt unter Hinweis auf die Ergänzungen ihrer Selbstanzeige an, sie habe den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert eine Vielzahl weiterer möglicherweise abgesprochener Projekte gemeldet und entsprechende Beweismittel vorgelegt, auch ausserhalb des Engadins und des Kantons Graubünden (Beschwerde, Rz. 67). Sie habe "*über (...) nach ihrer Einschätzung abgesprochene Submissionen in den*

*Bereichen Hoch- und Strassenbau*" im gesamten Kanton Graubünden identifiziert. Die von ihr vorgelegten Hinweise "hatten bzw. hätten" es der Vorinstanz erlaubt, die Untersuchung Bau Unterengadin im Kanton Graubünden auszudehnen und Untersuchungen in anderen Kantonen einzuleiten (vgl. Beschwerde, Rz. 11, 19, 67, 83; Eingabe vom 31. Oktober 2018, Rz. 10).

Die angefochtene Verfügung übergehe, dass die Beschwerdeführerin als erstes Unternehmen Informationen und Beweismittel zu möglichen weiteren Wettbewerbsverstössen im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG eingereicht habe. Namentlich habe die Beschwerdeführerin am 1. November 2012 im Rahmen ihrer Selbstanzeige auch mutmassliche Wettbewerbsabreden im Gebiet des Oberengadins und mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 7. November 2012 mutmassliche Wettbewerbsabreden im übrigen Gebiet des Kantons Graubünden unter Beteiligung weiterer Unternehmen angezeigt. Da es sich um weitere mögliche Wettbewerbsverstösse gehandelt habe, habe die Beschwerdeführerin auch einen zweiten Marker gesetzt, der von den Wettbewerbsbehörden bestätigt worden sei, und die Selbstanzeige in der Folge durch eine Vielzahl von Eingaben ergänzt. Diese Untersuchungsgegenstände seien vom ursprünglichen Verfahren Nr. 22-0433 (Bau Unterengadin), welches im Oktober 2012 eröffnet wurde, nicht erfasst gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 19, 65, 135 ff.; Replik, Rz. 64 ff.).

In ihrer Replik führt die Beschwerdeführerin aus, die in der Beschwerdevernehmlassung vertretene Auffassung der Vorinstanz (vgl. E. 13.2) beruhe auf einem Fehlverständnis von Art. 12 Abs. 3 SVKG. Nach der Argumentation der Vorinstanz könnte eine Bonus Plus-Meldung nur von einem Unternehmen eingereicht werden, das auch in Bezug auf den im Ausgangsverfahren untersuchten Kartellverstoss eine Selbstanzeige eingereicht habe. Eine solche Voraussetzung finde sich weder im Wortlaut noch könne sie aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift gefolgert werden. Im Gegenteil bezwecke die Regelung zu Bonus Plus, dass die Wettbewerbsbehörden Informationen über weitere Kartelle erhalten. Dieser Zweck werde völlig unabhängig davon erreicht, ob das betreffende Unternehmen auch im Ausgangsverfahren im Rahmen einer Selbstanzeige kooperiere. Die Vorinstanz irre zudem auch deshalb, weil Art. 12 Abs. 3 SVKG gar keine spezifische Aussage darüber treffe, wann die weiteren Wettbewerbsverstösse im Rahmen einer Untersuchung gemeldet werden müssten. Entscheidend sei lediglich, dass die Meldung während der Untersuchung erfolge (vgl. Replik, Rz. 1, 67 f.).

In ihrer Eingabe vom 31. Oktober 2018 führt die Beschwerdeführerin an, die Vorinstanz habe ihre Rechtsauffassung in der Verfügung in Sachen *Engadin I* vom 26. März 2018 übernommen. So habe die Vorinstanz für die Foffa Conrad in zwei Fällen die Voraussetzungen für Bonus Plus bejaht, obwohl das Unternehmen die weiteren Verstösse im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG vor ihrer wirksamen Selbstanzeige angezeigt habe. Somit habe die Vorinstanz anerkannt, dass Art. 12 Abs. 3 SVKG lediglich voraussetze, dass eine Bonus Plus-Meldung während der Untersuchung erfolge. Darüber hinaus gehe es aus Gleichbehandlungsgründen nicht an, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin in der gleichen Untersuchung schlechter stelle als andere Verfügungsadressaten (Rz. 14 ff.).

**13.4.2** Die Vorinstanz erachtet den Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Sanktionsreduktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG als offensichtlich unbegründet. Sie führt aus, ein Bonus Plus-Anspruch bedinge die Anzeige weiterer Verstösse. Die Selbstanzeige der Beschwerdeführerin bezüglich der Einzelsubmissionsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt (...) sei auf November 2015 zu datieren. Sämtliche Selbstanzeigen, mit welchen die Beschwerdeführerin ihren angeblichen Bonus Plus-Anspruch begründe, habe diese "*viel früher*" eingereicht, so betreffend das mutmassliche Submissionskartell im Strassenbau im Kanton Graubünden (2012), betreffend Submissionsabreden in den Kantonen St. Gallen, Schwyz und Glarus (2013) sowie betreffend mutmassliche Submissionsabreden im Kanton Thurgau (2014). Die Bestimmung von Art. 12 Abs. 3 SVKG setze für einen Bonus Plus-Anspruch die Anzeige weiterer Verstösse voraus. Bereits früher angezeigte Verstösse genügten nicht und lösten keinen Bonus Plus für einen später gemeldeten Verstoss aus. Dies decke sich auch mit der *ratio legis* der Bonus Plus-Regelung. Diese bestehe darin, dass die Wettbewerbsbehörden Kenntnis von Verstössen erhielten, die ihr zum Zeitpunkt der Selbstanzeige noch nicht bekannt gewesen seien. Nur dies vermöge eine Aufwertung der Selbstanzeige mit einer Sanktionsreduktion bis zu 80% zu rechtfertigen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 51 ff.; Duplik 26 f.; Stellungnahme vom 16. Januar 2019, S. 3).

**13.4.3** Die Bestimmung von Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) – mitunter auch als qualifizierte Bonusregelung, als Amnesty Plus oder als sog. erweiterte Sanktionsreduktion bezeichnet – lautet wie folgt:

"Die Reduktion beträgt bis zu 80 Prozent des nach den Artikeln 3-7 berechneten Sanktionsbetrags, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Artikel 5 Absatz 3 oder 4 KG."

Danach kann eine Mitwirkung der Selbstanzeigerin im Rahmen der Bonus Plus-Regelung zu einer Sanktionsreduktion von bis zu 80% führen.

Gegenstand von Art. 12 Abs. 3 SVKG sind nach dem Wortlaut Informationen oder Beweismittel über "*weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Artikel 5 Absatz 3 oder 4 KG*". Ein Vergleich mit der französischen und der italienischen Sprachfassung ("*sur d'autres infractions*" bzw. "*su altre infrazioni della concorrenza*") bringt insoweit keine zusätzlichen Erkenntnisse.

Die Bestimmung ergänzt die allgemeine Bonusregelung, welche – wie erwähnt (vgl. E. 11.2) – zusammen mit der direkten Sanktionierbarkeit besonders schädlicher Wettbewerbsverstösse in das Kartellrecht eingeführt worden ist. Weder die Botschaft des Bundesrats zur Einführung direkter Sanktionen in das Kartellrecht (Botschaft KG 2002, 2038 f.) noch die Erläuterungen der Vorinstanz zur KG-Sanktionsverordnung enthalten dazu nähere Ausführungen. Die vom Bundesrat erlassene Bestimmung orientiert sich am Instrument "*Amnesty Plus*", welches das US-amerikanische Department of Justice im Jahr 1999 eingeführt hat (vgl. SERAINA DENOTH, Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen im Kartellrecht, 2012, S. 138 ff.; FULLARTON/SINGH, *Amnesty Plus: the way forward for EU leniency policy?*, E.C.L.R. 2016, 193 ff.; SCOTT HAMMOND, *When Calculating The Costs And Benefits Of Applying For Corporate Amnesty, How Do You Put A Price Tag On An Individual's Freedom?*, 2001, 4 f.; KRAUSKOPF/DÄHLER, *Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung*, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], *Kartellgesetzrevision 2003, 2004*, S. 147 f.; MAREK MARTYNISZYN, *Leniency (amnesty) plus: a building block or a Trojan Horse?*, *Journal of Antitrust Enforcement* 2015, 391 ff., 392 ff.; ERIC ULRICH, *BonusPlus [Amnesty Plus] im schweizerischen Kartellrecht*, *Jusletter* vom 3. Oktober 2022, Rz. 1 ff.). Das EU-Kartellrecht kennt keine vergleichbare Regelung.

Die Aussicht auf einen den Rahmen von Art. 12 Abs. 1 und 2 SVKG um 30% übersteigenden Bonus soll einen Anreiz für die Vorlage von Informationen oder Beweismitteln über weitere Wettbewerbsverstösse nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG setzen (vgl. Urteil des BVGer B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023 E. 536 und 553, *Baubeschläge Koch*; BABEY/CANAPA, a.a.O., S. 515 f.; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 151; DIES., *Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht*, *Jusletter* vom 10. August 2009, Rz. 17). Im Lichte dieser Zwecksetzung muss die Anzeigerin an den angezeigten weiteren Wettbewerbsverstössen nicht beteiligt gewesen sein (vgl. Urteil des BVGer B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023 E. 549, *Baubeschläge Koch*).

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngsten Urteil in Sachen *Baubeschläge Koch* festgehalten, die sekundäre Abrede müsse unabhängig von der primären Abrede des Ausgangsverfahrens sein, d.h. ihr müsse ein eigenständiger Inhalt zukommen. Daher dürfe ihr Inhalt kein zeitlicher oder sachlicher Bestandteil und keine Erweiterung des Inhalts der primären Wettbewerbsabrede darstellen (vgl. Urteil des BVGer B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023 E. 543, *Baubeschläge Koch*). Es muss sich demnach um Verhaltensweisen handeln, die keinen Konnex zu dem im Ausgangsverfahren untersuchten Verhalten aufweisen. Dies entspricht auch der Auffassung im Schrifttum (vgl. BABEY/CANAPA, a.a.O., S. 520; SCOTT HAMMOND, a.a.O., 5; MARTYNISZYN, a.a.O., 392; KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 98; PETER REINERT, in: Handkommentar zum KG, 2007, Art. 49a N. 26; ROTH/BOVET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a KG N. 74; WOUTER P.J. WILS, Aspects of Sanction Policy and Practice, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Current Developments in European and International Competition Law, 2008, S. 263 ff. [*"a second, distinct cartel"*]; ZIMMERLI, a.a.O., S. 705). Die Bestimmung von Art. 12 Abs. 3 SVKG erfasst somit Informationen oder Beweismittel zu Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, die unabhängig vom Untersuchungsgegenstand des Ausgangsverfahrens sind (vgl. auch TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 148 ff.).

Eine Sanktionsreduktion unter dem Aspekt von Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) kann sodann nur gewährt werden, wenn das Unternehmen den Wettbewerbsbehörden ausreichende Anhaltspunkte für eine (weitere) Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vorlegt, die es diesen ermöglichen, ein Untersuchungsverfahren nach Art. 27 KG zu eröffnen. Ob die Wettbewerbsbehörden tatsächlich ein Verfahren eröffnen, ist dabei unerheblich. Es genügt ein Glaubhaftmachen (vgl. Urteil des BVGer B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023 E. 542, 544, 550, *Baubeschläge Koch*; Merkblatt des Sekretariats zur Bonusregelung, Rz. 20; BABEY/CANAPA, a.a.O., S. 520; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 793, m.H. auf die Praxis der Vorinstanz; KRAUSKOPF, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 49 Abs. 1-2 N. 99; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 49a N. 152a; DIES., Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter vom 10. August 2009, Rz. 20, 28; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 4.438 f.; a.A. PETER PICT, in: OFK Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 12 SVKG N. 12). Entsprechend dürfen die Wettbewerbsbehörden vom weiteren Wettbewerbsverstoss bislang keine

Kenntnis gehabt haben (vgl. Urteil des BVGer B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023 E. 545, *Baubeschläge Koch*; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 147 f.).

**13.4.4** Bei der Beurteilung, ob die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall einen Anspruch auf Sanktionsreduktion auf der Grundlage von Art. 12 Abs. 3 (Bonus Plus) hat, ist zunächst zu berücksichtigen, dass die ursprüngliche, am 30. Oktober 2012 eröffnete Untersuchung sich – wie aufgezeigt (vgl. E. 12.1) – bis am 21. April 2013 auf das Unterengadin beschränkte und am 22. April 2013 auf den gesamten Kanton Graubünden ausgeweitet wurde.

Die Beschwerdeführerin hat bis zum letzteren Datum zahlreiche Hinweise zu mutmasslichen Submissionsabsprachen vorgelegt. Zu erwähnen sind insbesondere die folgenden Eingaben (vgl. auch Sachverhalt, C-M):

- Selbstanzeige vom 7. November 2012. Darin führte die Beschwerdeführerin aus, es hätten neben den bereits im Verfahren Nr. 22-0433 angezeigten Sachverhalten "*auch im übrigen Gebiet des Kantons Graubünden (d.h. ausserhalb des Unter- und Oberengadins) mutmassliche Wettbewerbsabreden im Markt für Strassenbau*" bestanden. Dabei nannte die Beschwerdeführerin mehrere Bauunternehmungen, die an entsprechenden Treffen beteiligt gewesen seien (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.5, 25-0037);
- am 9. November 2012 befragte das Sekretariat im Rahmen einer Ergänzung der Selbstanzeige der Beschwerdeführerin C. \_\_\_\_\_ (...) als Zeuge. C. \_\_\_\_\_ sagte zusammengefasst aus, dass die Beschwerdeführerin sich während mehrerer Jahre mit anderen Unternehmen über das Eingabeverhalten bei Strassenbauprojekten im Kanton Graubünden abgesprochen habe. Zudem beschrieb er den Mechanismus der Koordination. So sei zwischen der Zeit vor und nach dem Jahr 2005 zu unterscheiden. Ab 2005 habe es jeweils zwei Gruppen von Unternehmen gegeben. Jede Gruppe sei von einem sog. Obmann geleitet worden. Die Obmänner der beiden Gruppen hätten gemeinsam die "Rangierung" der Angebote bei Ausschreibungen im Strassenbau bestimmt (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.8 und IX.A.9, 25-0037);
- Ergänzung der Selbstanzeige vom 16. November 2012. Darin zeigte die Beschwerdeführerin – neben fünf Strassenbauprojekten im Kanton Graubünden ausserhalb des Engadins – zwei Hochbauprojekte im

Kanton Graubünden ausserhalb des Engadins an, die mutmasslich abgesprochen worden seien. Bei den als mutmasslich koordinierten Strassenbauprojekten nannte die Beschwerdeführerin unter der Rubrik "*Beteiligte*" andere Unternehmen. Zudem erläuterte die Beschwerdeführerin in allgemeiner Weise die Art der Koordinierung von Strassenbauprojekten (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.11, S. 1, 6, 25-0037);

- Ergänzung der Selbstanzeige vom 23. November 2012. Darin zeigte die Beschwerdeführerin eine Reihe von Strassenbauprojekten im Kanton Graubünden ausserhalb des Engadins an, die mutmasslich abgesprochen worden seien (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.13, 25-0037);
- Ergänzung der Selbstanzeige vom 4. April 2013. Darin zeigte die Beschwerdeführerin mehrere Hoch- und Tiefbauprojekte im Kanton Graubünden ausserhalb des Engadins an, die möglicherweise von Wettbewerbsabreden betroffen gewesen seien (vgl. Vorinstanz, act. IX.A.28, 25-0037).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin vor dem 22. April 2013 zahlreiche Hinweise über mutmassliche Submissionsabreden im Kanton Graubünden ausserhalb des Engadins und somit ausserhalb des Untersuchungsgegenstands vorlegte (vgl. E. 12.1 ff.).

**13.4.5** Es ist in diesem Zusammenhang auf die Sanktionsverfügung der Vorinstanz in der Untersuchung Nr. 22-0457 "Bauleistungen Graubünden" vom 19. August 2019 (veröffentlicht in: RPW 2020/4a S. 1721 ff.) hinzuweisen, die mutmassliche Submissionsabreden im Kanton Graubünden zum Gegenstand hat. Die mit dieser Verfügung abgeschlossene Untersuchung war – wie das der vorliegend angefochtenen Verfügung vorausgegangene Verfahren – ebenfalls aus der ursprünglichen, am 23. November 2015 aufgetrennten Untersuchung Nr. 22-0433 hervorgegangen. In der erwähnten – in Bezug auf die Beschwerdeführerin rechtskräftigen (vgl. BGE 148 II 475; Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021, jeweils *Strassenbau Graubünden Implenia*) – Verfügung stuft die Vorinstanz die Beschwerdeführerin als Erstanzeigerin im Rahmen einer Feststellungskooperation nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG ein (Rz. 611 ff.) und gewährt ihr entsprechend einen vollständigen Sanktionserlass. Zur Begründung führt sie zusammengefasst aus, die Beschwerdeführerin habe entscheidende Hinweise und Beweismittel zu Submissionsabreden im Strassenbau im Kanton Graubünden vorgelegt. Im Einzelnen führt sie in den Rz. 612 f. unter anderem Folgendes aus:

"So hat sie die für den Nachweis der unzulässigen Gesamtabrede notwendigen Sachverhaltselemente eindeutig geschildert (insbesondere Angaben [...] zu Umständen, welche das Vorliegen des Konsenses indizieren [Treffen, Beteiligte, Umsetzungen und Auswirkungen]; [...]. Die Implenia benannte z.B. auch insgesamt rund 470 in Nordbünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte aus den Jahren 2006 bis und mit 2010 (...), bei denen die Implenia jeweils von Teilen der übrigen 11 Unternehmen Stützofferten erhalten hat. (...) Kommt hinzu, dass den Wettbewerbsbehörden erst durch die Selbstanzeige der Implenia bekannt wurde, dass sich der mutmassliche Wettbewerbsverstoss über das Engadin hinaus erstrecken und es sich um eine systematische Gesamtabrede im Bereich Strassenbau handeln könnte."

**13.4.6** Vorliegend stellt sich jedoch die Frage, ob die für einen Anspruch auf Sanktionsreduktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) geltende Voraussetzung der fehlenden Konnexität zwischen dem Untersuchungsgegenstand des Ausgangsverfahrens und den angezeigten weiteren Verstössen (vgl. E. 13.4.3) erfüllt ist.

Gegenstand des vorliegend zu beurteilenden Ausgangsverfahrens in Sachen *Engadin VI* (...) ist eine Wettbewerbsabrede unter Beteiligung der Beschwerdeführerin über das Bauprojekt (...) im Unterengadin im Jahr 2011.

Die mutmasslichen Wettbewerbsverstösse, welche die Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 30. Oktober 2012 (Eröffnung der ursprünglichen Untersuchung) bis 22. April 2013 (Ausweitung der Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden) ausserhalb des seinerzeitigen Untersuchungsgegenstands angezeigt hat, betrafen jeweils Hoch- und Tiefbauprojekte im Kanton Graubünden, die zwischen dem Ende der Nuller- und dem Anfang der Zehnerjahre ausgeschrieben wurden.

Hieraus ergibt sich ein Konnex der angezeigten Wettbewerbsverstösse zum Gegenstand des Ausgangsverfahrens, stehen doch jeweils (mutmassliche) Submissionsabsprachen über Bauprojekte zwischen dem Ende der Nuller- und dem Anfang der Zehnerjahre in Graubünden in Frage.

Die Vorinstanz hat denn auch – wie aufgezeigt – das ursprüngliche, auf das Unterengadin beschränkte Untersuchungsverfahren auf der Grundlage der erlangten Verdachtsmomente am 22. April 2013 auf den ganzen Kanton Graubünden ausgeweitet und das Verfahren unter dem Titel Bauleistungen Graubünden weitergeführt, statt ein neues Verfahren zu eröffnen. Die Auftrennung des Untersuchungsverfahrens in zehn separate Verfahren am 23. November 2015 war verfahrensökonomisch motiviert (vgl. E. 12.2.6).

Aus diesen Gründen scheidet der geltend gemachte Anspruch auf Sanktionsreduktion unter dem Aspekt von Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) an der Voraussetzung eines fehlenden Konnexes zwischen dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens und den angezeigten weiteren Wettbewerbsverstössen. Demzufolge ist die Beurteilung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für eine zusätzliche Sanktionsreduktion nach Bonus Plus (Art. 12 Abs. 3 SVKG) nicht erfüllt habe, im Ergebnis bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Der Verzicht auf eine Reduktion der Sanktion unter dem Aspekt der Bonus Plus-Regelung erweist sich vielmehr – wenn auch aus anderen als von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vertretenen Gründen (Art. 62 Abs. 4 VwVG; Motivsubstitution; vgl. BVGE 2007/41 E. 2) – als rechtmässig.

#### **14. Sanktionsreduktion nach Art. 12 ff. SVKG (einfacher Bonus)**

**14.1** Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren hilfsweise eine Sanktionsreduktion nach Art. 12 ff. SVKG in der Höhe von 50% geltend. Sie argumentiert, dass sie im Rahmen ihrer Kooperation massgebliche Beweismittel eingereicht habe (vgl. Beschwerde, Rz. 13, 128 f.). Es ist somit zu beurteilen, ob die Reduktion der Sanktion in der Höhe von 30% in der angefochtenen Verfügung rechtmässig ist.

**14.2** Eine Reduktion der Sanktion unter dem Titel der Bonusregelung setzt – wie aufgezeigt – voraus, dass die unaufgeforderte Mitwirkung des betreffenden Unternehmens einen erheblichen Mehrwert erbracht hat (vgl. E. 11.18). Die Beurteilung, ob diese Voraussetzung erfüllt ist und die Gewichtung des erbrachten Mehrwerts liegen in erster Linie in der Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden, die hierbei ein – pflichtgemäss auszuübendes – Ermessen haben. Eine richterliche Überprüfung kann insoweit nur zurückhaltend erfolgen.

Ungeachtet des auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geltenden Untersuchungsgrundsatzes (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG) trägt das Unternehmen, das eine Sanktionsreduktion unter dem Titel der Bonusregelung geltend macht, die objektive Beweislast für den von ihm behaupteten Mehrwert seiner Mitwirkung (vgl. rechtsvergleichend EuGH, EU:C:2009:576, Rz. 297 f., *Erste Group Bank*; EuG, EU:T:2012:493, Rz. 51, *Kuwait Petroleum*). Dies entspricht der Grundregel der Beweislastverteilung nach Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210), die grundsätz-

lich auch im Öffentlichen Recht gilt. Danach trägt diejenige Partei die Beweislast für das Vorliegen einer Tatsache, die aus dieser Tatsache Rechte ableitet (vgl. Urteil des BGer 2C\_988/2014 vom 1. September 2015 E. 3.1).

**14.3** Die Vorinstanz begründet die der Beschwerdeführerin nach Art. 12 Abs. 1 und 2 SVKG gewährte Sanktionsreduktion im Umfang von 30% im Wesentlichen damit, dass die Beschwerdeführerin sich seit dem 18. November 2015 um eine Mitwirkung bei der Aufklärung der Wettbewerbsabrede über das Projekt (...) bemüht habe. Im Einzelnen würdigt sie das Kooperationsverhalten der Beschwerdeführerin unter anderem wie folgt [Hervorhebungen kursiv]:

"Seit dem Hinweis Ende 2015 durch das Sekretariat ist die Kooperation von Implenia *von guter Qualität*. Implenia *bemühte sich* insbesondere, allfällige Beweismittel zum Projekt (...) aufzufinden und dem Sekretariat zu erläutern, auch wenn diese Beweismittel (mit Ausnahme der Anhänge) dem Sekretariat bereits durch Bezzola Denoth vorgelegt wurden. Implenia bemühte sich zudem erfolgreich, den durch das Sekretariat nicht lesbaren Anhang der E-Mail vom (...) zu öffnen und stellte diesen dem Sekretariat anschliessend zur Verfügung." (vgl. Verfügung, Rz. 176)

Die Vorinstanz legt jedoch weder dar noch ist ersichtlich, dass diese Bemühungen der Beschwerdeführerin sich in rechtsrelevanter Weise auf den Ausgang des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens ausgewirkt haben. Vielmehr fehlen Hinweise dafür, dass die Mitwirkung der Beschwerdeführerin die Aufdeckung des Verstosses oder das diesbezügliche Verfahren erleichtert hat. Entsprechendes wird im Übrigen auch durch die Beschwerdeführerin, der die Beweislast obliegt, nicht aufgezeigt.

Vielmehr verfügte die Vorinstanz – wie dargelegt (vgl. E. 12.6.10 f.) – bereits über ausreichende Beweismittel für den Nachweis einer Absprache über das Projekt (...), als die Beschwerdeführerin am 18. November 2015 erstmals konkrete Angaben zu einer mutmasslichen Wettbewerbsabrede über das Projekt (...) machte. Im Vordergrund steht die bereits am 1. Februar 2013 von Bezzola Denoth im Rahmen einer Ergänzung der Selbstanzeige vorgelegte E-Mail, mit welcher Bezzola Denoth der Beschwerdeführerin eine *vorkalkulierte Offerte* über das Projekt (...) zusandte. Die Vorinstanz erachtet diese zu Recht als wesentliches Beweismittel für eine Abstimmung zwischen der Beschwerdeführerin und Bezzola Denoth über das Eingabeverhalten (vgl. E. 12.5.2), die – wie erwähnt (vgl. E. 7.1) – nicht umstritten ist. Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang die von Bezzola Denoth vorgelegten Beweismittel als unverwertbar erachtet, kann ihr – wie aufgezeigt (vgl. E. 12.7.3) – nicht gefolgt werden.

Der Beschwerdeführerin kann zwar zugutegehalten werden, dass sie ab dem 18. November 2015 um eine Mitwirkung bei der weiteren Aufklärung des vorliegend in Frage stehenden Verstosses bemüht war. Dieses Bemühen hat sich jedoch – wie erwähnt – nicht erkennbar auf das Verfahren ausgewirkt; vielmehr hat die Mitwirkung der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Selbstanzeige objektiv betrachtet keinen Mehrwert erbracht. Es ist nicht ersichtlich, dass der Zweck der Bonusregelung, die Aufklärung des Sachverhalts und damit die Untersuchung zu erleichtern (vgl. E. 11.5 ff.), vorliegend erreicht worden ist. Die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion unter dem Titel der Bonusregelung sind deshalb nicht erfüllt. Indem die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Sanktionsreduktion von 30% unter dem Titel von Art. 12 Abs. 1 und 2 SVKG gewährt hat, hat sie diese Bestimmung fehlerhaft angewendet.

**14.4** Bei dieser Ausgangslage sind die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin zugunsten einer höheren Sanktionsreduktion unerheblich. Dies betrifft insbesondere die Rüge einer Verletzung der Rechtsgleichheit im Verhältnis zu Bezzola Denoth.

**14.5** Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Voraussetzungen einer *reformatio in peius* erfüllt sind.

Von einer solchen ist gemäss der bisherigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts – insbesondere in Fällen, in denen die Vorinstanz ein Ermessen hat – zurückhaltend Gebrauch zu machen. Diese ist vielmehr auf Fälle zu beschränken, in denen der angefochtene Entscheid offensichtlich unrichtig und die Korrektur von erheblicher Bedeutung ist (vgl. BGE 105 Ib 348 E. 18; Urteile des BGer 8C\_592/2012 vom 23. November 2012 E. 3.5; 2A.363/2002 vom 26. Mai 2003 E. 1.2; Urteile des BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 9.2.17 ff., *CA Auto Finance Suisse*; B-6888/2018 vom 18. Februar 2019 E. 11; B-3328/2015 vom 18. Oktober 2017 E. 3.1 ff.). Diese Praxis beruht unter anderem auf der Überlegung, dass eine *reformatio in peius* im Widerspruch zur Funktion des Bundesverwaltungsgerichts steht, neben der Durchsetzung des objektiven Rechts auch Individualrechtsschutz zu gewähren (vgl. PETER BÖCKLI, *Reformatio in peius* – oder der Schlag auf die hilfeschende Hand, ZBl 1980, 97 ff., 106 ff.). Es sind deshalb die öffentlichen Interessen an der korrekten Anwendung des materiellen Rechts den Rechtsschutzinteressen der betroffenen Partei gegenüberzustellen (vgl. Urteil des BVGer B-3328/2015 vom 18. Oktober 2017 E. 3.2, m.w.H.).

Die zurückhaltende Praxis des Bundesverwaltungsgerichts bei der Vornahme einer *reformatio in peius* wird teilweise kritisiert. So wird in der Lehre mitunter die Ansicht vertreten, eine derart weitgehende Zurückhaltung sei auf Bundesebene bei den unteren Rechtsmittelinstanzen, denen im System der Bundesrechtspflege eine wesentlich andere Rolle als dem Bundesgericht zukomme, nicht angezeigt (vgl. THOMAS HÄBERLI, in: Praxis-Kommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 62 N. 31).

Es besteht im vorliegenden Fall jedoch kein Anlass, von der entsprechenden Praxis des Bundesverwaltungsgerichts abzuweichen, zumal dem Rechtsschutzgedanken (auch) im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine gewichtige Bedeutung zukommt.

Vorliegend verfügt die Vorinstanz – wie erwähnt – über ein erhebliches Ermessen bei der Beurteilung der Frage, ob und inwieweit eine Sanktionsreduktion unter dem Aspekt der Bonusregelung oder einem anderen Titel zu gewähren ist. Es ist dabei zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin während des gesamten vorinstanzlichen Verfahrens um eine Mitwirkung bemüht war. Diese kooperative Haltung zeigt sich unter anderem in der hohen Zahl ihrer Eingaben im Rahmen ihrer Selbstanzeige.

Verneint man die Anwendbarkeit der Bonusregelung, wäre deshalb eine Minderung der Sanktion nach Art. 6 SVKG zu prüfen. Eine solche setzt – wie erwähnt (vgl. E. 9.4.9) – eine besondere Kooperation voraus. Weitere Ausführungen hierzu erübrigen sich jedoch, zumal eine Sanktionsreduktion im unteren Drittel des Spektrums unter den vorliegenden Umständen nicht als offensichtlich fehlerhaft erscheint, umso mehr, als bislang kaum eine einschlägige gefestigte Gerichtspraxis zur Auslegung der Bonusregelung besteht.

Aus diesen Gründen ist die angefochtene Verfügung in diesem Punkt weder offenkundig rechtswidrig noch ist ein gewichtiges öffentliches Interesse an ihrer Korrektur ersichtlich. Die Voraussetzungen für eine *reformatio in peius* sind demzufolge nicht erfüllt. Vielmehr ist die vorinstanzliche Verfügung im Sanktionspunkt im Ergebnis zu bestätigen.

## **15. Auferlegung von Verhaltenspflichten**

**15.1** Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich die Rechtswidrigkeit der von der Vorinstanz auferlegten Verhaltenspflichten (vgl. E. 4). Sie bringt vor, diese verletzen Art. 30 Abs. 1 KG, da sie in zeitlicher, sachlicher und räumlicher Hinsicht unverhältnismässig seien.

Die Beschwerdeführerin bringt im Einzelnen vor, die in Ziffer 1 des Verfügungsdispositivs angeordneten Massnahmen seien zunächst zeitlich nicht erforderlich, um den festgestellten Wettbewerbsverstoss zu beseitigen oder dessen Wiederholung zu verhindern. Die Wettbewerbsabrede beziehe sich auf einen im Jahre 2011 zurückliegenden Vergangenheitssachverhalt. Damit gehe es vorliegend nicht um die Beseitigung eines noch andauernden Wettbewerbsverstosses, sondern nur noch um die Verhinderung künftiger Wettbewerbsverstösse. Die angefochtene Verfügung beschränke sich darauf, die Voraussetzungen für die Anordnung von Massnahmen aufzuführen und stelle insbesondere abstrakt auf die Wiederholungsgefahr ab. Eine eigentliche Subsumtion, inwieweit die Voraussetzungen erfüllt sind, finde dagegen nicht statt. Hätte die Vorinstanz dies getan, hätte sie erkannt, dass eine Begehungs- bzw. Wiederholungsgefahr fehle. Zum einen liege der Wettbewerbsverstoss bereits weit über sechs Jahre zurück. Zum anderen habe die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 3. Mai 2013 die vollständige Aufgabe der relevanten Verhaltensweisen bestätigt und sich seitdem nicht mehr an kartellwidrigen Verhaltensweisen beteiligt (vgl. Beschwerde, Rz. 149 ff.). Die lapidare und bestrittene Behauptung der Vorinstanz, es handle sich nicht um einen Sachverhalt, der weit in der Vergangenheit liege, genüge dem entsprechenden Begründungserfordernis nicht (vgl. Replik, Rz. 72).

Die Massnahmen seien zudem sachlich und räumlich überschüssend. Die der Beschwerdeführerin auferlegten Massnahmen bezögen sich auf Hoch- und Tiefbauleistungen. Die vorgeworfene Wettbewerbsabrede habe sich jedoch nur auf das Hochbauprojekt (...) bezogen. Entsprechend habe auch die Vorinstanz den sachlich relevanten Markt in der angefochtenen Verfügung in Bezug auf Hochbauleistungen abgegrenzt. Es bestehe somit keine Grundlage für die im Dispositiv auch betreffend Tiefbauleistungen vorgesehenen Massnahmen. Die beantragten Massnahmen seien ferner räumlich unbeschränkt. Ihrem Wortlaut nach gelten sie daher für die gesamte Schweiz und sogar für das Ausland. Die Vorinstanz habe die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung jedoch nur für das Gebiet Engadin ermittelt. Der räumlich relevante Markt sei danach auf das Engadin sowie dessen angrenzende Gebiete, welche von (...) mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen seien, beschränkt. Ausserhalb dieses Untersuchungsgebietes biete Art. 30 Abs. 1 KG keine Rechtsgrundlage für die Anordnung von Massnahmen (vgl. Beschwerde, Rz. 155 ff.).

Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Replik weiter aus, Art. 30 Abs. 1 KG gestatte die Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen. Massnahmen könnten daher nur spiegelbildlich zum festgestellten Kartellverstoss angeordnet werden. Der von der Vorinstanz bemühte unmittelbare Zusammenhang genüge hierfür nicht. Art. 30 Abs. 1 KG verlöre auf diese Weise nämlich seine tatbestandliche Bestimmtheit. Dies wiege insbesondere vor dem Hintergrund schwer, dass Verstösse gegen Anordnungen der Vorinstanz gemäss Art. 50 und 54 KG sanktions- und sogar strafbewehrt seien (vgl. Replik, Rz. 70 f.).

**15.2** Die Vorinstanz führt zur Begründung der Verhaltenspflichten an, diese umschrieben die Verpflichtungen der Untersuchungsadressaten hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stünden sie in unmittelbarem Zusammenhang zum fraglichen Kartellrechtsverstoss und verhinderten, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen komme. Die sachliche und räumliche Verhältnismässigkeit sei gegeben, weil die Beschwerdeführerin als führendes Bauunternehmen in der Schweiz sowohl im Hoch- als auch im Tiefbau tätig sei (vgl. Verfügung, Rz. 133; Vernehmlassung, Rz. 57).

In ihrer Duplik bringt die Vorinstanz vor, auch das Bundesverwaltungsgericht nehme offenbar nicht an, dass bei Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit Submissionen die anzuordnenden Massnahmen in zeitlicher oder räumlicher Hinsicht zu beschränken seien. So habe es in seinen Urteilen B-829/2012 und B-807/2012 vom 25. Juni 2018 in Sachen *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* der Granella-Gruppe und der Erne-Gruppe ohne zeitliche, sachliche oder räumliche Einschränkungen die Verpflichtung auferlegt, entsprechende unzulässige Verhaltensweisen zu unterlassen. Auch dass die konkrete unzulässige Verhaltensweise bereits mindestens neun Jahre zurückgelegen habe, habe das Gericht nicht als Hindernis für die Auferlegung von Massnahmen erachtet (vgl. Duplik, Rz. 29).

**15.3** 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; vgl. BGE 148 II 475 E. 4.3.2; Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.2, *jeweils Strassenbau Graubünden Implenja*).

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 Entscheidung, 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 (vgl. BGE 148 II 475 E. 4.3.2 ff.; Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.2, *jeweils Strassenbau Graubünden Implenja*).

Entsprechende Massnahmen müssen entsprechend dem in Art. 5 Abs. 2 BV verankerten rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit geeignet, erforderlich und für das betroffene Unternehmen zumutbar sein (vgl. BGE 148 II 475 E. 5, *Strassenbau Graubünden Implenja*; Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 19, *Buchhändler Dargaud*; IZUMI/KRIMMER, in: DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 30 N. 24 f.; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2010, Art. 30 N. 58 ff.). 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 *Strassenbau Graubünden Implenja*; BGE 129 II 18 E. 5.2.1, *Sammelrevers*; BGE 135 II 60 E. 3.1.1 f., *Maestro Interchange Fee*; Urteile des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.2, 5.2, *Strassenbau Graubünden Implenja*; B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 2.4.4, *Strassenbeläge Tessin*). Die Verhaltensanordnung muss demzufolge eine verhältnismässige Massnahme zum Schutz wirksamen Wettbewerbs sein und in diesem Rahmen der Sicherstellung kartellrechtskonformen Verhaltens dienen (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 360; MICHAEL TSCHUDIN, DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 50 N. 10; PHILIPP ZURKINDEN, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. 5/2, 2000, S. 521).

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 (vgl. Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 6.3, *Strassenbau Graubünden Implenja*; PETER REINERT, in: Handkommentar zum KG, 2007, Art. 50 N. 3; TSCHUDIN, DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 50 N. 20).

Die Wettbewerbsbehörden können den Verfügungsadressaten bei direkt sanktionierbaren Verstössen neben einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. E. 9) auch Verhaltenspflichten gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG auferlegen (vgl. BGE 148 II 475 E. 4.3.2; Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.3.3, *jeweils Strassenbau Graubünden Implenja*, m.w.H.).

**15.4** Die angefochtene Verfügung auferlegt der Beschwerdeführerin im Wege von Unterlassungsanordnungen die folgenden Verhaltenspflichten (zu deren Wortlaut vgl. Sachverhalt, Q):

- Dispositiv-Ziffer 1.1 statuiert das Verbot, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- 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 Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen.

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 gewahrt.

**15.5** Die von Dispositiv-Ziffer 1.1 und 1.2 umschriebenen Verhaltensweisen haben den Austausch von Informationen über fundamentale Wettbewerbsparameter (Preis und Geschäftspartner bzw. Gebiet sowie [bestehendes oder fehlendes] Interesse an einem Auftrag) unter Konkurrenten zum Gegenstand.

Durch eine entsprechende Kontaktaufnahme mit Konkurrenten werden diese über das beabsichtigte unternehmerische Verhalten in Bezug auf das jeweilige Bauprojekt in Kenntnis gesetzt. Der Austausch von Informationen über Preise und Geschäftspartner (vorhandenes oder fehlendes Interesse an bestimmten Aufträgen) 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 (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.4.4, *Hors-Liste Medikamente Pfizer*, m.H.a. EuGH, EU:C:1999:356,

Rz. 121, *Anic*; Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 5.4.3.1, *Strassenbau Graubünden Implenja*).

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 (sog. Selbständigkeitspostulat; vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente Pfizer*; Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 5.2, *Buchhändler Dargaud*). Es ist – wie soeben aufgezeigt – geeignet, die Ungewissheit zwischen den beteiligten Unternehmen über das zukünftige Verhalten des jeweiligen Konkurrenten im Wettbewerb auszuschliessen (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente Pfizer*).

Die Beschwerdeführerin macht unter sinngemässer Anrufung des Legalitätsprinzips weiter geltend, Massnahmen könnten nur spiegelbildlich zum festgestellten Kartellverstoss angeordnet werden. Soweit sie damit die Ansicht vertritt, dass Unterlassungsanordnungen einzig Verhaltensweisen erfassen dürften, die mit dem festgestellten Verstoss identisch seien, geht sie aufgrund der vorstehenden Erwägungen fehl. Unbegründet ist auch ihr Einwand, dass die Unterlassungsanordnungen unilaterales Verhalten untersagen, das nicht notwendig eine unzulässige Wettbewerbsabrede begründe. Wie das Bundesgericht diesbezüglich festgehalten hat, sind die Unterlassungsanordnungen im Kontext der kartellrechtlichen Bestimmungen zu lesen (vgl. BGE 148 II 475 E. 5.4, *Strassenbau Graubünden Implenja*).

Damit ist Art. 30 Abs. 1 KG eine hinreichende Rechtsgrundlage für die angefochtenen Anordnungen.

**15.6** Die Unterlassungsanordnungen nach Dispositiv-Ziffer 1.1 und 1.2 haben zum Ziel, die Beschwerdeführerin von einem wettbewerbswidrigen Verhalten bei künftigen Ausschreibungen abzuhalten. Sie stehen damit im Einklang mit der Zwecksetzung des KG, wirksamen Wettbewerb sicherzustellen (vgl. BGE 148 II 475 E. 4.4, *Strassenbau Graubünden Implenja*; E. 15.3). Zudem sprechen Gründe der Rechtsklarheit dafür, der Beschwerdeführerin den Austausch sensibler Marktinformationen im Zusammenhang mit Bauleistungen ausdrücklich zu untersagen, zumal die materiellrechtlichen Bestimmungen von Art. 5 i.V.m. 4 KG abstrakt formuliert sind; eine Unterlassungsanordnung lässt sich mit Blick auf den Einzelfall ausgestalten und konkreter fassen als der Gesetzestext (vgl. BGE 148 II 475

E. 4.3.4, *Strassenbau Graubünden Implenja*). Der Rechtsklarheit dient dabei auch der Umstand, dass die Dispositiv-Ziffer 1.2 den "*Austausch unabdingbarer Informationen*" unter anderem im Zusammenhang mit Arbeitsgemeinschaften (ARGE) vom Verbot ausdrücklich ausnimmt.

**15.7** Es fragt sich, ob diese Anordnungen zur Sicherstellung dieses Ziels erforderlich sind. Eine Unterlassungsanordnung setzt grundsätzlich eine Wiederholungsgefahr im Sinne einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraus, dass ein vergleichbares kartellrechtswidriges Verhalten droht (vgl. BGE 148 II 475 E. 4.4 ff.; Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.3.3, 4.5, *jeweils Strassenbau Graubünden Implenja*; in diesem Sinne auch Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 19, *Buchhändler Dargaud*).

Es ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin sich bereits zuvor an unzulässigen Wettbewerbsabreden im Vorfeld von Ausschreibungen beteiligt hat. So führten die Wettbewerbsbehörden zum Zeitpunkt des vorliegend in Frage stehenden Wettbewerbsverstosses betreffend das Projekt (...) (Anfang 2011; vgl. Sachverhalt, A) unter anderem gegen die Beschwerdeführerin ein Kartellsanktionsverfahren wegen mutmasslicher Submissionsabsprachen im Kanton Aargau. Das Verfahren mündete in einer – formell rechtskräftigen – Sanktionierung der Beschwerdeführerin (vgl. Verfügung der Vorinstanz vom 16. Dezember 2011 in der Untersuchung betreffend *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* [veröffentlicht in: RPW 2012/2 S. 270 ff.]).

Die Beschwerdeführerin war auch Untersuchungsadressatin des im Jahr 2013 eröffneten Kartellsanktionsverfahrens der Wettbewerbsbehörden in Sachen *Bauleistungen See-Gaster*, das ebenfalls unzulässige Submissionsabsprachen zum Gegenstand hatte. Aufgrund ihrer Rolle als Erstanzeigerin hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin einen vollständigen Erlass der Sanktion nach der Bonusregelung gewährt (vgl. die insoweit rechtskräftige Verfügung vom 8. Juli 2016 [veröffentlicht in: RPW 2020/3, S. 880 ff., 1136]).

Zudem hat die Vorinstanz in einem anderen Fall mit Verfügung vom 19. November 2007 unter anderem festgestellt, dass die Vorgängergesellschaft der – nunmehr aufgelösten – Tochtergesellschaft Implenja (Ticino) SA, Battigroup (Ticino) SA, sich kartellrechtswidrig verhalten hat (RPW 2008/1 S. 85, bestätigt durch Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 2.4.2 ff., *Strassenbeläge Tessin Implenja*).

Hinzu kommt, dass die Wettbewerbsbehörden sowie der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) bereits kurz nach der Einführung der direkten Sanktionen Sensibilisierungskampagnen zum Thema unzulässige Submissionsabsprachen durchgeführt haben. Dass die Beschwerdeführerin sich dennoch erneut an entsprechenden Abreden beteiligt hat, zeigt, dass sie auch in jüngerer Zeit Mühe bekundete, sich kartellrechtskonform zu verhalten (vgl. Urteil des BVGer 5161/2019 vom 9. August 2021 E. 5.4.2, *Strassenbau Graubünden Implenja*).

Vor diesem Hintergrund besteht ein gewisses, nicht mehr nur geringfügiges Risiko, dass die Beschwerdeführerin sich im Rahmen von Ausschreibungen erneut kartellrechtswidrig verhält. Hieran nichts zu ändern vermag unter den gegebenen Umständen, dass der vorliegend zu beurteilende Verstoss nunmehr rund zehn Jahre zurückliegt. Die fragliche Massnahme ist insoweit zur Wahrung wirksamen Wettbewerbs geeignet und erforderlich (vgl. BGE 148 II 475 E. 5.3, *Strassenbau Graubünden Implenja*).

Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Verhaltenspflichten sich auf die gesamte Schweiz erstrecken und neben dem Hoch- auch den – mit diesem verwandten – Tiefbau umfassen. Die Vorinstanz berücksichtigt damit zu Recht, dass die Beschwerdeführerin in beiden Bereichen schweizweit tätig ist. Es ist nicht einsehbar, inwieweit das Risiko kartellrechtswidrigen Verhaltens der Beschwerdeführerin auf das Engadin oder den Kanton Graubünden begrenzt sein soll. Die Anordnung wahrt die Verhältnismässigkeit somit auch in sachlicher und räumlicher Hinsicht. Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin, die Verhaltenspflichten sachlich und räumlich auf Hochbauleistungen im Engadin zu begrenzen, ist deshalb abzuweisen.

Mit Blick auf die geringe Schwere des mit den Verhaltenspflichten verbundenen Eingriffs sind diese der Beschwerdeführerin 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. BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 2.4.2, *Strassenbeläge Tessin*). Zudem besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Verhinderung künftiger Wettbewerbsabreden bei Ausschreibungen (vgl. in diesem Sinne Urteil des BGer 2A.59/2005 vom 22. August 2005 E. 3.3, *Landesbibliothek*).

Die in Dispositiv-Ziffer 1.1 und 1.2 angefochtenen Verhaltenspflichten sind demzufolge verhältnismässige Massnahmen zur Vorbeugung eines erneuten wettbewerbswidrigen Verhaltens der Beschwerdeführerin bei Ausschreibungen von Bauprojekten.

Weitere Rechtsverletzungen macht die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang nicht geltend; solche sind auch nicht ersichtlich. Die Unterlassungsanordnungen erweisen sich damit als rechtmässig.

## **16. Ergebnis**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Begehren nicht durchdringt. Sie erhebt zu Unrecht Anspruch auf einen vollständigen Sanktionserlass oder auf eine den vorinstanzlich gewährten Umfang von 30% überschreitende Sanktionsreduktion unter dem Titel der Bonusregelung. Da die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Selbstanzeige keinen relevanten Mehrwert erbracht hat, erweist sich die bonusrechtliche Sanktionsreduktion von 30% als bundesrechtswidrig. Von einer *reformatio in peius* ist gleichwohl abzusehen. Schliesslich sind die ihr auferlegten Unterlassungsanordnungen nicht zu beanstanden.

## 17. Kosten

**17.1** Während die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin je einen spezifischen Antrag auf Aufhebung der von der Vorinstanz angeordneten Sanktion und der Massnahmen stellt, beantragt sie nicht ausdrücklich, dass auch Ziff. 3.3 des Dispositivs der vorinstanzlichen Verfügung aufzuheben sei, wonach der Beschwerdeführerin Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. (...) auferlegt werden (vgl. zum Wortlaut der Rechtsbegehren Sachverhalt, R). Sie beschränkt sich insoweit auf den allgemein gefassten und in der Beschwerdebegründung nicht näher erläuterten Antrag "Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Bundes." Dies wirft die Frage auf, ob dieser Antrag hinreichend klar ist, um neben den Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (vgl. E. 17.2) auch diejenigen der Vorinstanz zu erfassen.

Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht müssen ein Begehren enthalten (Art. 52 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Dieses hat die nötige Klarheit aufzuweisen (Art. 52 Abs. 2 VwVG). Es sollte grundsätzlich so präzise formuliert sein, dass es bei Gutheissung der Beschwerde zum Dispositiv erhoben werden könnte (vgl. BGE 134 III 379 E. 1.3; Urteil des BGer 2C\_774/2018 vom 13. Mai 2019 E. 3.2). Die Anforderungen an die Formulierung eines Begehrens sind im Allgemeinen aber nicht sehr hoch. Es genügt, wenn aus der Beschwerde zumindest implizit ersichtlich ist, in welchen Punkten der angefochtene Entscheid beanstandet wird. Speziell bei Laienbeschwerden dürfen in sprachlicher und formeller Hinsicht keine strengen Anforderungen gestellt werden. Hier ist ein sinngemässer Antrag, welcher sich aus dem Zusammenhang unter Zuhilfenahme der Begründung ergibt, genügend (vgl. Urteil des BVGer A-6021/2018 vom 28. Oktober 2019 E. 1.3.1 m.H.a. BGE 102 Ib 365 E. 6; SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 52 N. 45 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 2.211). Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen, insbesondere im Licht der dazu gegebenen Begründung (vgl. BGE 137 II 313 E. 1.3; Urteil des BGer 2C\_157/2019 vom 12. März 2019 E. 3.2; Urteil des BGer 2C\_774/2018 vom 13. Mai 2019 E. 3.2; Urteil des BVGer B-671/2020 vom 6. Oktober 2020 E. 1.3).

Im Lichte dieser allgemeinen Erwägungen und des Verbots des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV; vgl. BGE 149 IV 9 E. 7.2) kann der in Frage stehende Antrag objektiv dahingehend ausgelegt werden, dass er auch die Auferlegung der Verfahrenskosten vor der Vorinstanz erfasst.

Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren richtet sich nach der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). Gebührenpflichtig ist gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG unter anderem, wer Verwaltungsverfahren verursacht. 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 oder 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.

Die Beschwerdeführerin hat sich an einer Submissionsabsprache über das Projekt (...) beteiligt und damit die Durchführung der vorinstanzlichen Untersuchung (mit)veranlasst. Aus dem Verfahrensfehler der Vorinstanz kann nicht abgeleitet werden, dass das Untersuchungsverfahren mit einem geringeren Aufwand hätte durchgeführt werden können. Es besteht kein Grund, den vorinstanzlichen Entscheid hinsichtlich der Verfahrenskosten abzuändern. Dies gilt umso mehr, als die Höhe der der Beschwerdeführerin anteilmässig auferlegten Verfahrenskosten weder unangemessen oder sonstwie unverhältnismässig erscheint.

**17.2** Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Gemäss Art. 6 Bst. b des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) können Verfahrenskosten einer Partei ganz oder teilweise erlassen werden, wenn Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen.

Im vorliegenden Fall ist die Beschwerde abzuweisen, weshalb die Kosten des Beschwerdeverfahrens im Umfang von Fr. 5'000.– grundsätzlich der Beschwerdeführerin aufzuerlegen sind. Da der Vorinstanz jedoch eine – im vorliegenden Verfahren geheilte – Gehörsverletzung vorzuhalten ist (vgl. E. 13.3), werden die der Beschwerdeführerin aufzuerlegenden Verfahrenskosten um Fr. 1'000.– reduziert (vgl. Urteil der Schweizerischen Asylrekurskommission vom 11. Februar 2003 E. 7, in: VPB 67.107, m.w.H.).

**17.3** Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr

erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Die Beschwerde erweist sich lediglich insoweit als begründet, als die Beschwerdeführerin einen Begründungsmangel hinsichtlich des von ihr erhobenen Anspruchs auf Sanktionsreduktion nach Art. 12 Abs. 3 SVKG (Bonus Plus) rügt. Angesichts dessen ist der Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteienschädigung in dem Umfang zuzusprechen, der dem angemessenen Aufwand für die Geltendmachung des Verfahrensfehlers entspricht. Diese ist unter Berücksichtigung der Komplexität des Verfahrens auf Fr. 5'000.– festzulegen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Der Beschwerdeführerin wird von den Kosten des vorliegenden Verfahrens ein Betrag von Fr. 4'000.– auferlegt.

Der Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– verrechnet. Der Restbetrag wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

**3.**

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 5'000.– zu bezahlen.

**4.**

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Stephan Breitenmoser

Robert Weyeneth

**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 Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift 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: 28. Dezember 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;  
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0463; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft,  
Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)