



**VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS GRAUBÜNDEN  
DRETGIRA ADMINISTRATIVA DAL CHANTUN GRISCHUN  
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO DEL CANTONE DEI GRIGIONI**

U 23 59

**1. Kammer**

Vorsitz	Audétat
RichterInnen	Parolini und von Salis
Aktuarin	Schupp

**URTEIL**

vom 5. April 2024

in der verwaltungsrechtlichen Streitsache

ARGE A.\_\_\_\_\_, bestehend aus: B.\_\_\_\_ AG, C.\_\_\_\_ AG,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Josianne Magnin,

Beschwerdeführerin

gegen

Departement für Infrastruktur, Energie und Mobilität Graubünden,

Beschwerdegegner

betreffend Submission

**I. Sachverhalt:**

1. Das Tiefbauamt Graubünden (hiernach TBA) schrieb am X.\_\_\_\_ 2023 die Belagsarbeiten 2023-2024, D.\_\_\_\_ Tunnel E.\_\_\_\_, im Kantonsamtsblatt und auf dem Ausschreibungsportal [www.simap.ch](http://www.simap.ch) im offenen Verfahren gemäss IVöB aus. Vorgesehen waren als Ort der Ausführung die F.\_\_\_\_, Strassenkorrektur Tunnel E.\_\_\_\_ und als Arbeitszeitraum der Y.\_\_\_\_ 2023 bis Z.\_\_\_\_ 2024. Als Frist für die Einreichung des Angebots war der AA.\_\_\_\_ 2023 und für die Offertöffnung der AB.\_\_\_\_ 2023 vorgesehen.
2. Am 4. Mai 2023 reichte die ARGE A.\_\_\_\_, G.\_\_\_\_, bestehend aus der C.\_\_\_\_ AG (Hauptsitz in H.\_\_\_\_ und Zweigniederlassung in G.\_\_\_\_; hiernach: C.\_\_\_\_) und der B.\_\_\_\_ AG (Hauptsitz in I.\_\_\_\_, Zweigniederlassung in J.\_\_\_\_; hiernach: B.\_\_\_\_), als einzige Offerentin ihre Offerte beim TBA ein.
3. Am AB.\_\_\_\_ 2023 fand die Offertöffnung beim TBA statt. Die Offerte der ARGE A.\_\_\_\_ wurde im Offertöffnungsprotokoll mit einem Betrag von CHF 2'016'503.65 festgehalten.
4. Vor diesem Hintergrund brach das TBA mit Verfügung vom 10. Juli 2023 gestützt auf Art. 43 Abs. 1 lit. e IVöB das Beschaffungsverfahren ab und entschied, dass es den Auftrag nicht nochmals öffentlich ausschreiben, sondern im Rahmen eines freihändigen Verfahrens, gemäss der Ausnahmebedingung von Art. 21 Abs. 2 lit. b IVöB, vergeben werde. Es begründete seinen Entscheid damit, dass das vorliegend einzige eingereichte Angebot über eine Bietergemeinschaft (hiernach BIEGE) eingereicht wurde, obschon davon auszugehen sei, dass die beiden Arbeitsgemeinschaft (hiernach ARGE)-Partner in der Lage wären, die ausgeschriebenen Arbeiten jeweils allein auszuführen. Das TBA hielt

weiter fest, dass solange in dem von der Ausschreibung betroffenen Raum ein wirksamer Wettbewerb vorhanden sei, wirke sich die Bildung einer BIEGE nicht wettbewerbsbeschränkend aus. "Aufgrund der – auch den beiden Anbieterinnen bekannten – Tatsache, dass in der Region K.\_\_\_\_\_ nach Rückzug der L.\_\_\_\_\_ AG (hiernach L.\_\_\_\_\_) keine weitere Anbieterin mehr auf dem Markt auftritt, ist vorliegend von einer Abrede auszugehen, welche den Wettbewerb beschränkt".

5. Mit Begleitschreiben zur Verfügung vom 10. Juli 2023 an die B.\_\_\_\_\_ AG, stellte das TBA fest, dass die beiden Unternehmen C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ bei öffentlichen Ausschreibungen des Kantons Graubünden im Bezirk M.\_\_\_\_\_ (Bereich Tiefbau) ihre Angebote seit einiger Zeit grösstenteils gemeinsam, d.h. als ARGE eingereicht hätten. Das TBA ging davon aus, dass bei bisher sämtlichen Aufträgen jedes der Unternehmen die Arbeiten auch alleine hätte ausführen können und dies nach ihrem Wissen im Falle der erfolgten Vergaben letztendlich auch getan habe. Das TBA erklärte weiter, dass die Eidgenössische Wettbewerbskommission (WEKO) im Oktober 2020 anlässlich einer Vorabklärung die Zulässigkeit der Bildung von Dauer-ARGE geprüft habe. Im Schlussbericht vom 6. Oktober 2020 habe die WEKO festgehalten, dass die Bildung einer BIEGE in Form einer ARGE an sich typischerweise keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke oder bewirke, solange nachweislich ein wirksamer Wettbewerb vorhanden sei und die BIEGE mit mindestens einem kompetitiven Angebot rechnen müsse. Gemäss Schlussfolgerung des TBA sei, aufgrund des Wegfalls des Konkurrenten L.\_\_\_\_\_, der Aussenwettbewerb nicht mehr in ausgeführtem Sinne vorhanden. Eine Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung sei somit nicht mehr gegeben. Solange kein aktiver Aussenwettbewerb vorhanden sei, sei somit die Eingabe als ARGE bei künftigen offenen Verfahren im Bezirk M.\_\_\_\_\_ nicht mehr zu rechtfertigen. Das TBA wies die darauf hin, "dass Angebote bei künftigen

Eingaben für Arbeiten, welche ihr Unternehmen alleine ausführen kann, nicht mehr als Bietergemeinschaft, sondern als eigenständiges Unternehmen einzureichen sind. Das Tiefbauamt Graubünden wird Eingaben durch eine ARGE unter Berücksichtigung der vorstehend geschilderten Ausgangslage von der Offertbewertung ausschliessen und falls notwendig, das entsprechende Verfahren abbrechen".

6. Gegen die Verfügung vom 10. Juli 2023 erhob die ARGE A.\_\_\_\_\_, bestehend aus B.\_\_\_\_\_ AG und C.\_\_\_\_\_ AG (hiernach: Beschwerdeführerin) am 27. Juli 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden und beantragte:

- "1. Die Abbruchverfügung vom 10. Juli 2023 im Projekt «D.\_\_\_\_\_ Tunnel E.\_\_\_\_\_, Belagsarbeiten und Strassenkorrektur» sei aufzuheben und es sei den Beschwerdeführerinnen bzw. der ARGE A.\_\_\_\_\_ der Zuschlag für CHF 2'016'503.65 zu erteilen.
2. Eventualiter sei festzustellen, dass die Abbruchverfügung vom 10. Juli 2023 im Projekt «D.\_\_\_\_\_ Tunnel E.\_\_\_\_\_, Belagsarbeiten und Strassenkorrektur» rechtswidrig erfolgt ist und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten des Beschwerdegegners.

Weiter stellen wir folgenden prozessualen Antrag:

4. Die Vorinstanz sei zur Edition der kompletten Akten des Vergabeverfahrens aufzufordern und den Beschwerdeführerinnen vollumfänglich Akteneinsicht zu gewähren.
  5. Es seien der Vorinstanz jegliche Handlungen zur Wiederholung des Vergabeverfahrens und Neuausschreibung des Auftrags bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Verfahrens zu untersagen."
7. Das Departement für Infrastruktur, Energie und Mobilität Graubünden (DIEM, hiernach: Beschwerdegegner) beantragte in seiner

Vernehmlassung vom 4. September 2023 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge gemäss Gesetz.

8. Die Beschwerdeführerin hielt mit Replik vom 28. September 2023 vollumfänglich an den Begehren gemäss ihrer Beschwerde fest.
9. Der Beschwerdegegner reichte seine Duplik vom 1. November 2023 mit unveränderten Rechtsbegehren ein.
10. Mit Schreiben vom 3. November 2023 hat der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin u.a. mitgeteilt, dass ein weiterer Schriftenwechsel nicht angeordnet werde.
11. Mit Schreiben vom 14. November 2023 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere kurze Stellungnahme zur Duplik ein.
12. Mit Schreiben vom 29. November 2023 teilte der Beschwerdegegner mit, dass er auf die Einreichung einer weiteren Stellungnahme verzichte und verwies vollumfänglich auf seine früheren Rechtsschriften.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften und auf den angefochtenen Entscheid sowie auf die im Recht liegenden Beweismittel wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

## **II. Das Gericht zieht in Erwägung:**

- 1.1. Anfechtungsobjekt ist vorliegend die Verfügung vom 10. Juli 2023 (vgl. Akten der Beschwerdeführerin [Bf-act. 3]; Akten des Beschwerdegegners [Bg-act. 3]), in der die Vorinstanz den Abbruch des Beschaffungsverfahrens "D.\_\_\_\_\_ Tunnel E.\_\_\_\_\_, Belagsarbeiten und Strassenkorrektur" verfügte. Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrer

Beschwerde die Erteilung des Zuschlags an sich selber. Es geht somit um die Rechtmässigkeit des angefochtenen Abbruchs des offenen Verfahrens.

- 1.2. Die ausgeschriebenen Arbeiten unterstehen unbestrittenermassen dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Konkret kommen hier die seit dem Beitritt des Kantons Graubünden per 1. Oktober 2022 revidierten Normen der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB; BR 803.710) zur Anwendung. Das Verfahren vor Verwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 55 IVöB nach dem kantonalen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100). Gemäss Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 lit. g IVöB ist () gegen den Abbruch des Verfahrens die Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Verwaltungsgerichts ist damit gegeben, da es um die gerichtliche Überprüfung der Abbruchverfügung vom 10. Juli 2023 geht.
- 1.3. Zur Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 50 VRG). Als Verfügungsadressatin ist die Beschwerdeführerin zur Erhebung der Beschwerde befugt, zumal sie als einzige Anbieterin ein Angebot einreichte und mit ihren Rechtsbegehren die Aufhebung des Verfahrensabbruchs sowie die Auftragsvergabe an sich selber verlangt. Die Beschwerdeführerin ist somit legitimiert, und folglich ist auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 56 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 ff. und Art. 39 Abs. 1 VRG sowie Art. 56 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 38 VRG) einzutreten.

1.4. Die gerichtliche Überprüfung beschränkt sich gemäss Art. 56 Abs. 3 IVöB auf Rechtsverletzungen inklusive Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie auf unvollständige oder unrichtige Sachverhaltsfeststellungen. Die Angemessenheit des angefochtenen Entscheids kann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hingegen nicht überprüft werden (Art. 56 Abs. 4 IVöB). Das Verwaltungsgericht kann daher sein Ermessen nicht an die Stelle jenes der Vorinstanz (Vergabebehörde) setzen. Vielmehr hat es, so die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, Lösungen der Vergabebehörde zu akzeptieren, die mit sachlichen Gründen vertretbar sind, auch wenn eine andere Lösung als zweckmässiger erschiene. Das Gericht kann nur dort eingreifen, wo eine Bewertung erwiesenermassen falsch und sachlich nicht haltbar ist. Voraussetzung für ein Eingreifen und eine Korrektur ist der Nachweis einer willkürlichen, sachlich nicht zu rechtfertigenden Bewertung eines Kriteriums (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts [VGU] U 23 39 vom 29. August 2023 E.1.4 m.w.H.).

2. In formeller Hinsicht hat die Beschwerdeführerin zwei Anträge gestellt.

2.1. Der erste Antrag betrifft die Edition der kompletten Akten des Vergabeverfahrens durch die Vorinstanz inkl. Gewährung der vollumfänglichen Akteneinsicht (gemäss Art. 57 Abs. 2 IVöB). Die Vorinstanz habe insbesondere jene Akten zu edieren, die sie zum Abbruch des Submissionsverfahrens bewegt hätten, bzw. zu dokumentieren, aufgrund welcher Überlegungen sie zu ihrem Schluss gekommen sei, es sei von einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede auszugehen.

Der Antrag auf Aktenedition der Beschwerdeführerin hat sich erledigt bzw. ist obsolet geworden, da der Beschwerdegegner, mit seiner Vernehmlassung vom 4. September 2023, sämtliche Akten, insbesondere diejenigen bzgl. der Offerte der Beschwerdeführerin, eingereicht hat, und

diese wurden dann der Beschwerdeführerin am 6. September 2023 weitergeleitet. Insoweit ist dieser Antrag abzuweisen soweit nicht gegenstandslos geworden.

- 2.2. Mit dem zweiten Antrag verlangt die Beschwerdeführerin, dass der Vorinstanz jegliche Handlungen zur Wiederholung des Vergabeverfahrens und Neuausschreibung des Auftrags bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Verfahrens zu untersagen seien.

Diesem Begehren entsprach der Instruktionsrichter in seinem Schreiben vom 2. August 2023, indem er prozessleitend verfügte, dass für die Dauer des vorliegenden Verfahrens bzw. bis zu einem anderslautenden Entscheid jegliche Handlungen zur Wiederholung des Vergabeverfahrens und der Neuausschreibung des Auftrages zu unterbleiben hätten.

Im weiteren Schriftenwechsel äusserte sich der Beschwerdegegner nicht zu diesem prozessualen Antrag.

Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache selbst wird der zweitgenannte prozessuale Antrag der Beschwerdeführerin – nämlich die prozessleitende sinngemässe Erteilung der aufschiebenden Wirkung – aufgehoben und ein Entscheid darüber somit obsolet.

- 2.3. Weiter stellt der Beschwerdegegner zwei Beweisanträge in seiner Duplik: die Einholung einer Beurteilung des WEKO-Sekretariats und die Befragung von Mitarbeitenden des TBA (Bezirk M.\_\_\_\_). Die Beschwerdeführerin stellt einen Antrag auf Parteibefragung sowohl in der Beschwerde als auch in der Replik. Die WEKO setzt sich nämlich mit ihrem Schlussbericht in der RPW 2021/1 – welcher die C.\_\_\_\_ und die B.\_\_\_\_ und die Bildung einer Dauer-ARGE zwischen ihnen im K.\_\_\_\_ analysiert – in detaillierter Weise mit dem hier zu behandelnden Thema auseinander.

Dementsprechend kann sich das Gericht gestützt darauf in genügendem Masse ein eigenes Bild der Sachlage machen, welches auch die Eigenheiten des vorliegenden Falles berücksichtigt; eine neue Abklärung der WEKO erscheint deshalb nicht notwendig. Die Aktenlage sowie die Aussagen der Parteien in Bezug auf das Offert- und Arbeitsverhalten der C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ erscheinen zudem zureichend klar, weshalb eine Parteibefragung der Mitarbeitenden des Bezirks M.\_\_\_\_\_ nicht vorzunehmen ist. Nach Ansicht des streitberufenen Gerichts kann dementsprechend auf die Einholung einer Beurteilung durch die WEKO und auf die Befragung von TBA-Mitarbeitenden bzw. eine Parteibefragung gestützt auf die antizipierte Beweiswürdigung verzichtet werden (vgl. BGE 134 I 140 E.5.3, 127 V 491 E.1b, 124 V 90 E.4b, 122 V 157 E.1d), zumal davon keine neuen entscheidwesentlichen Erkenntnisse zu erwarten sind.

3. In materieller Hinsicht gilt es, die Rügen der Beschwerdeführerin betreffend Gehörsverletzung wegen fehlender Anhörung seitens der Vorinstanz vor Erlass der Abbruchverfügung (E.3.1, hiernach), wegen unrichtiger und unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts bzw. Rechtsverletzung hinsichtlich der Abbruchverfügung (E.3.2-E.3.7) und wegen mangelnder Rechtmässigkeit einer freihändigen Vergabe (E.3.8) zu prüfen. Beschwerdethema bzw. Streitgegenstand ist somit die Rechtmässigkeit der angefochtenen Abbruchverfügung.
  - 3.1. Verletzung des rechtlichen Gehörs
    - 3.1.1. Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz die angefochtene Verfügung erlassen habe, ohne die Beschwerdeführerin hierzu anzuhören; damit habe sie deren Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt (siehe Art. 16 Abs. 1 VRG und Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]).

- 3.1.2. Der Beschwerdegegner entgegnet, dass die Vornahme eines Verfahrensabbruchs in der Kompetenz der Beschaffungsstelle liege. Verfüge diese selbst über genügende Hinweise, mittels welchen sie den Verfahrensabbruch sachlich und objektiv begründen könne, sei sie nicht verpflichtet, der Anbieterin Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren. Vorliegend sei es für die Vergabestelle in Kenntnis des Schlussberichts der WEKO möglich gewesen, den Sachverhalt umfassend zu beurteilen und zu einem Schluss zu gelangen. Das Einholen von Stellungnahmen hätte auch insofern nichts daran geändert, dass die Vergabestelle nicht gezwungen werden könne, mit öffentlichen Mitteln Beschaffungen in dieser Grössenordnung zu tätigen, wenn der Verdacht bestehe, dass die Preise aufgrund der vorliegenden Wettbewerbsbeschränkung verfälscht seien.
- 3.1.3. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 16 VRG gewährleisten den Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Anspruch dient einerseits der Sachaufklärung und garantiert andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien im Verfahren (siehe BGE 144 I 11 E.5.3, 142 I 86 E.2.2 und 140 I 99 E.3.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 1001 ff.). Er umfasst namentlich u.a. das Recht der Parteien, sich in einem vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde geführten Verfahren vor Fällung eines Entscheids zur Sache zu äussern. Massgebend ist, ob es der betroffenen Person ermöglicht worden ist, ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_523/2021 vom 25. April 2023 E.3.2, 2C\_790/2021 vom 7. März 2023 E.4.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1002). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, mithin führt eine Verletzung des Gehörsanspruchs, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst, grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. BGE 144 I 11 E.5.3, 142

II 218 E.2.8.1, 137 I 195 E.2.2; vgl. Urteile des Bundesgerichts 9C\_434/2021 vom 29. Juni 2022 E.3.2.2, 5A\_315/2021 vom 29. März 2022 E.3.1.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1174). Dies aber unter dem Vorbehalt, dass der Mangel nicht im Beschwerdeverfahren geheilt werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_336/2022 vom 29. November 2022 E.4.1). Weiter ist auch darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 51 Abs. 1 IVöB der Auftraggeber (hier die Vorinstanz) Verfügungen durch Veröffentlichung oder durch individuelle Zustellung an die Anbieter zu eröffnen hat und die Anbieter vor Eröffnung der Verfügung keinen Anspruch auf rechtliches Gehör haben (siehe auch gleicher Wortlaut in Art. 51 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]). Grundsätzlich besteht auch im Submissionsverfahren ein Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. BGE 139 II 489 E.3.3); dieser Anspruch wird im vergaberechtlichen Verfügungsverfahren jedoch stark relativiert. Auf Bundesebene finden aufgrund der speziellen Eigenschaft des erstinstanzlichen Verfahrens und des Schutzes der Geschäftsgeheimnisse der konkurrierenden Anbieterinnen die Art. 26 bis 33 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) keine Anwendung. Somit ist fraglich, ob tatsächlich noch von einem grundsätzlichen Anspruch gesprochen werden kann (vgl. BIERI in: TRÜEB [Hrsg.] Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich, Basel, Genf 2020, Art. 51 Rz. 16). Der Anspruch auf rechtliches Gehör und Akteneinsicht wird jedoch zeitlich auf ein allfälliges Beschwerdeverfahren verschoben. Zudem wird durch diverse Interaktionen mit den Anbieterinnen während des Vergabeverfahrens, wie Fragerunden während der Offerteingabefrist und Bereinigungsrunden während der Evaluation der Offerten, der Gehörsanspruch ausreichend geschützt (vgl. BIERI, a.a.O, Art. 51 Rz. 17).

- 3.1.4. Gemäss Art. 51 Abs. 1 IVöB besteht vor Eröffnung der Verfügung kein Anspruch auf rechtliches Gehör, weshalb sich die Beschwerdeführerin in der von ihr vorgebrachten Konstellation gar nicht darauf berufen kann und ihre Rüge dementsprechend unbegründet ist. Jedenfalls hat die Beschwerdeführerin ihr Recht, angehört zu werden, vor diesem Gericht wahrnehmen können, weshalb sie immerhin keinen Nachteil erlitten hat. Diese Rüge ist daher abzuweisen.
- 3.2.1. Die Beschwerdeführerin rügt eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts bzw. eine falsche bzw. verkürzte rechtliche Beurteilung (Verletzung von Art. 4 Abs. 1 sowie Art. 5 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Gemäss ihr liege keine Wettbewerbsabrede vor, welche einen Verfahrensabbruch rechtfertigen würde; dieser sei widerrechtlich.
- 3.2.2. Gemäss Art. 43 Abs. 1 IVöB kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren abbrechen, insbesondere wenn: e) hinreichende Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede unter den Anbietern bestehen. Die IVöB bezweckt die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbietern, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption (Art. 2 lit. d IVöB). Das KG will volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung fördern (Art. 1 KG). Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Kartellgesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts-

oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Als Wettbewerbsabrede gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Das Kartellgesetz ist auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar und es ist somit zu eruieren, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt.

- 3.3. Das erste Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG ist eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise (Verhaltenskoordination, vgl. BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E.5.1, 5.2.1, 5.2.2; vgl. auch BANGERTER/ZIRLICK, in: ZÄCH/ARNET/BALDI/KIENER/SCHALLER/SCHRANER/SPÜHLER [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbseinschränkungen, Zürich 2018, Art. 4 Abs. 1 Rz. 19).
- 3.3.1. Der Beschwerdegegner meint, dass die WEKO in ihrem Schlussbericht zur Vorabklärung "Dauer-ARGE Graubünden", welche insbesondere auch die Zusammenarbeit der C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ als ARGE im Bezirk M.\_\_\_\_\_ bei Ausschreibungen des Kantons Graubünden untersuchte (enthalten in der Zeitschrift Recht und Politik des Wettbewerbs 2021/1 [RPW 2021/1], Bern, 2021, S. 90 ff.) zum Ergebnis gelangt sei, dass im Falle der (damaligen) ARGE "N.\_\_\_\_\_" eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorgelegen habe. Die Einschätzung der WEKO sei auch für die projektspezifische ARGE A.\_\_\_\_\_ gültig. Das Vorliegen des ersten Tatbestandsmerkmals sei hier erfüllt: die B.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ hätten sich zum Zweck der Auftragsausführung für das obgenannte Projekt zusammengeschlossen, um gemeinsam als ARGE zu offerieren. Sie hätten damit bewusst und gewollt zusammengewirkt.

- 3.3.2. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass gar keine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliege. Sie fügt hinzu, dass die WEKO in der RPW 2021/1 explizit eine (Dauer-)ARGE geprüft habe, doch vorliegend gehe es nicht um eine solche, sondern um eine projektspezifische ARGE. Zwischen der B.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ existiere keine Dauer-ARGE (mehr), sondern die beiden bildeten ARGES nur noch punktuell bzw. projektspezifisch und bei absoluter Notwendigkeit, entsprechend sei auch punktuell bzw. projektspezifisch zu prüfen, ob eine Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vorliege. Die Ausführungen des Beschwerdegegners zur ersten Voraussetzung von Art. 4 Abs. 1 seien korrekt, relevant sei aber die dritte Voraussetzung bzw. die Frage, ob eine Wettbewerbesbeschränkung bezweckt oder bewirkt werde.
- 3.3.3. Die Normen des öffentlichen Beschaffungsrechts schliessen den Wettbewerb nicht etwa aus, sondern streben im Gegenteil unter anderem dessen Stärkung an. Die Anwendbarkeit der einen Vorschrift schliesst diejenige der anderen nicht aus, vielmehr sind die Vorschriften gleichzeitig anwendbar und ergänzen sich (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 147). Entscheidendes Tatbestandsmerkmal [der Verhaltensweise] ist ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmungen (vgl. BGE 147 II 72 E.3.2 f., 144 II 246 E.6.4.1, 129 II 18 E.6.3 m.w.H.; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_149/2018 vom 4. Februar 2021 E.3.2; vgl. Botschaft zum KG vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, S. 545). Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung erachten als entscheidend, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren, massgebend ist, ob eine Verhaltenskoordination vorliegt (vgl. BGE 144 II 246 E.6.4.1., 129 II 18 E.6.3.; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_149/2018 vom 4. Februar 2021 E.3.2; vgl. BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E.6.1.2, B-3332/2012 vom 13. November 2015 E.2.2.2 bestätigt durch Urteil des

Bundesgericht 2C\_63/2016 vom 24. Oktober 2017; vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 21). Notwendig ist ein Mindestmass an Koordination, was einen Konsens zwischen den Abredeteilnehmern bedingt (siehe auch Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Obligationenrecht, OR, SR 220]; vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 22-23).

Der Oberbegriff Arbeitsgemeinschaft (ARGE) bezeichnet die Kooperation zwischen zwei (Zweier-ARGE) oder mehr unabhängigen Unternehmen für die gemeinsame Ausführung eines (Bau)Projekts – vorliegend im Bereich Strassenbau. Wesensgemäss führen ARGE dazu, dass sich die ARGE-Partner beim entsprechenden Projekt respektive der entsprechenden Ausschreibung nicht konkurrenzieren, sondern kooperieren. Solche ARGE können abhängig von der Anzahl Partner als Zweier-ARGE, Dreier-ARGE usw. bezeichnet werden (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 23, 25). Eine Bietergemeinschaft (BIEGE) liegt während der Offertphase vor, bis der Zuschlag erteilt resp. der Vertrag abgeschlossen wird. Eine ARGE i.e.S. liegt ab Zuschlagserteilung resp. Vertragsschluss vor. Im Regelfall werden ARGE ad hoc für Einzelprojekte gebildet. Die Vereinbarung zwischen den Unternehmen betrifft dann nur dieses eine konkrete Projekt und geht nicht darüber hinaus (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 27-28).

- 3.3.4. Vorliegend haben sich die B.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_, als wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen, unbestrittenermassen als "ARGE A.\_\_\_\_\_" zu einer Zweier-BIEGE zusammengeschlossen, um eine Offerte für das obgenannte Projekt einzureichen. Die beiden Unternehmen haben somit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken an den Tag gelegt und kooperiert. Der Konsens ist unbestritten. Das erste Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist erfüllt.

- 3.4. Als zweites Tatbestandselement von Art. 4 Abs. 1 KG hat die Vereinbarung zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen zu erfolgen (vgl. BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E.5.4; vgl. auch BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 19).
- 3.4.1. Der Beschwerdegegner erachtet diese Voraussetzung als erfüllt. Bereits das bewusste und gewollte Zusammenwirken setze begriffsnotwendigerweise voraus, dass eine Mehrzahl von (natürlichen oder juristischen) Personen beteiligt sei. Bei B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ handle es sich um zwei unterschiedliche Unternehmen. Am bewussten und gewollten Zusammenwirken sei damit eine Mehrzahl von Unternehmen beteiligt.
- 3.4.2. Die Beschwerdeführerin erachtet die Ausführungen des Beschwerdegegners zur zweiten Voraussetzung als korrekt.
- 3.4.3. Abreden zwischen Unternehmen, die sich auf der gleichen Marktstufe befinden, sind horizontale Abreden, d.h. wenn die daran beteiligten Unternehmen aktuelle oder potenzielle Konkurrenten auf demselben relevanten Markt sind. Auf derselben Marktstufe befinden sich Unternehmen, wenn ihre Produkte oder Dienstleistungen tatsächlich oder der Möglichkeit nach im Wettbewerb miteinander stehen, d.h. wenn die Unternehmen Konkurrenten sind (vgl. BVGer B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023 E.175, B-3618/2013 vom 24. November 2016 E. 298; vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 80, 84, m.w.H.). Man spricht dann von einer horizontalen ARGE (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 26).
- 3.4.4. Vorliegend ist unbestritten, dass zwei unterschiedliche Unternehmen gleicher Marktstufe vorliegen, welche gemeinsam eine ARGE bilden. Es handelt sich nämlich um Konkurrenten, welche auf dem Strassenbaumarkt des Bezirks M.\_\_\_\_\_ tätig sind. Es liegt eine horizontale Zweier-

BIEGE/ARGE vor. Das zweite Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist auch erfüllt.

- 3.5. Das dritte Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG sieht vor, dass die Wettbewerbsabrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (vgl. BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E.5.2.4 und 5.3; vgl. auch BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 19).
- 3.5.1. Der hier zu behandelnde Sachverhalt weist verschiedene Ähnlichkeiten mit demjenigen der RPW 2021/1 auf; dort ging es nämlich um die kartellrechtliche Beurteilung einer Dauer-ARGE zwischen der B.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ im Bezirk M.\_\_\_\_\_. Dementsprechend wird hier öfters darauf verwiesen werden. Eingangs ist zu erwähnen, wie beide Parteien schon bemerkt haben, dass die WEKO hinsichtlich ARGE festgehalten hat, dass diese typischerweise den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfüllen, weil sie keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, dieses Tatbestandsmerkmal also typischerweise nicht erfüllen (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 159, 245 m.w.H.). Doch ist auf diese Aussage später noch im Detail zurückzukommen.

Wirksamer Wettbewerb bedingt, dass Unternehmen die Freiheit haben, ihr Marktverhalten und die Eigenschaften ihrer Leistungen individuell festzulegen, um ihre Produkte oder Dienstleistungen gegenüber denjenigen der Konkurrenz zu differenzieren. Die Unternehmungen müssen frei sein, den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt aufzunehmen oder ihn wieder aufzugeben, und andererseits die Wettbewerbsparameter selbständig festlegen zu können. Der wirksame Wettbewerb umfasst den Wettbewerb in all seinen Facetten, d.h. aktueller und potentieller, Innen- und Aussenwettbewerb. Eine Definition der Wettbewerbsbeschränkung geht dahin, dass darunter "jeder Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage" zu verstehen ist (vgl. BBl 1995 I

468 S. 513, BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 115-117). Eine Abrede wird dann zu einer Wettbewerbsabrede, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung zum Gegenstand hat. Eine solche liegt dann vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter – im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität der Produkte oder Dienstleistungen sowie Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung – so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden. Das Bundesgericht umschreibt eine Beschränkung des Wettbewerbs so, dass "die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt wird" (vgl. BGE 147 II 72 E.3.5, 129 II 18 E.5.1; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_149/2018 vom 4. Februar 2021 E.3.5; vgl. BVGer B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023 E.266, B-3332/2012 vom 13. November 2015 E.2.2.3; vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 118). "Kernpunkt einer Wettbewerbsabrede ist der Verzicht oder die Einschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsautonomie der Marktteilnehmer. Mittels einer solchen Abrede verzichten Unternehmen auf ihre aus dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) resultierende unternehmerische Handlungsfreiheit" (vgl. BVGer B-8430/2010 vom 23. September 2014 E.6.1.2 "Baubeschläge", ferner auch BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 122 ff.). Der Wettbewerb ist beschränkt, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Situation ohne Abrede eine Differenz bzw. ein Minus gibt. Verneint man diese Frage, so liegt *a priori* keine Abrede vor. Bejaht man die Frage ist im Rahmen von Art. 5 KG deren Schädlichkeit bzw. Un-/Zulässigkeit zu prüfen (dieses Vorgehen kann als Test in der Praxis

angewendet werden; vgl. BGE 144 II 246 E.6.8, 141 II 66 E.2.4.2 und 4.2.2; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_149/2018 vom 4. Februar 2021 E.3.5; BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 119, 245).

Gemäss Lehre und Rechtsprechung genügt ein "Bezwecken", so dass auf eine Beurteilung der Wirkungen verzichtet werden kann (vgl. BGE 147 II 72 E.3.6; 144 II 246 E. 6.4.2; BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E.4.1; vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 134 m.w.H.). Um das Tatbestandsmerkmal des "Bezweckens" zu bejahen, genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht und Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich. Der Nachweis eines Unrechtsbewusstseins oder sogar eines Willens bzw. Vorsatzes der Beteiligten, eine kartellrechtswidrige Abrede einzugehen, ist nicht erforderlich (vgl. BGE 147 II 72 E.3.6; vgl. BVGer B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023 E.266, B-3618/2013 vom 24. November 2016 E.302; vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 138). Die Tatbestandsvariante des "Bewirkens" kommt dann zum Tragen, wenn das "Bezwecken" nicht bejaht werden kann, etwa weil nicht bewiesen werden kann, dass der objektive Zweck einer Abrede in einer Beschränkung des Wettbewerbs liegt. Auch potentielle Auswirkungen einer Abrede sind erfasst (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 135, 142 m.w.H.). Gemäss Bundesverwaltungsgericht liegt eine sog. Effektabrede dann vor, wenn "die Abrede aufgrund ihrer Anwendung in der konkreten Sachverhaltskonstellation zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter führt, obwohl ihr Regelungsinhalt darauf nicht ausgerichtet ist" (vgl. BVGer B-5919/2017 vom 12. Dezember 2023 E.272, B-3618/2013 vom 24. November 2016 E.303; im Ergebnis ebenso BGE 147 II 72 E. 3.6; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_149/2018 vom 4. Februar 2021 E.3.6). Im

Rahmen der Beurteilung werden aktuelle und künftige Effekte berücksichtigt. Die subjektive Absicht der Beteiligten ist nicht erforderlich. Entscheidend ist vielmehr, dass der wirksame Wettbewerb durch eine Abrede eingeschränkt wird. Die Abrede muss kausal für die Wettbewerbsbeschränkung sein (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 Rz. 143-144).

- 3.5.2. Die WEKO hat die Prüfung einer Wettbewerbsbeschränkung durch die BIEGE primär anhand der Anzahl Angebote vorgenommen. Es sei legitim, eine ARGE aus wirtschaftlich zweckmässigen und kaufmännisch vernünftigen Überlegungen zu bilden. Ein solcher Entscheid sei von den Wettbewerbsbehörden zurückhaltend daraufhin zu prüfen, ob er geradezu den Rahmen des vertretbaren sprengt (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 82 ff., 169 ff., 245). Der wirksame Wettbewerb wird durch eine BIEGE nämlich trotz Einschränkung der eigenständigen Marktposition offensichtlich nicht beschränkt, wenn zwischen der Wettbewerbssituation mit BIEGE und derjenigen ohne BIEGE kein "Minus" besteht. Damit ist zu berücksichtigen wie die BIEGE die Anzahl Angebote bei der betroffenen Ausschreibung beeinflusst, wobei ergänzend auch die Qualität der Offerte zu berücksichtigen ist (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 169, 245 m.w.H.). Ein "Minus" liegt vor, wenn die Bildung der BIEGE die Anzahl Angebote reduziert, d.h. wenn – bei einer horizontalen Zweier-ARGE – beide BIEGE-Partner auch ohne BIEGE je ein Alleinangebot eingereicht hätten. In der Regel wird diesfalls der wirksame Wettbewerb beschränkt und das dritte Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist erfüllt. Kein Minus liegt vor, wenn die BIEGE die Anzahl Angebote erhöht oder unverändert lässt (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 170-172, 245). Auch zu beachten ist, dass trotz reduzierter Angebotsanzahl, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verneinen ist, wenn das gemeinsame Angebot als BIEGE für den Auftraggeber offenkundig wirtschaftlich besser ist als es die alleinigen

gewesen wären. Ist jedoch das Angebot der BIEGE nicht derart offenkundig wirtschaftlich besser für den Auftraggeber, ist vom Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung auszugehen und das dritte Tatbestandsmerkmal von Art. 4 Abs. 1 KG ist erfüllt (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 173 m.w.H., 245).

- 3.5.3. In Anlehnung an die RPW ist in casu zu überprüfen, ob der Beschwerdegegner resp. die Vorinstanz richtigerweise vom Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ausgegangen sind. Es sind daher die von den beiden Unternehmen bzw. von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Gründe für eine ARGE-Bildung zu analysieren, denn die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass mit Blick auf die Anzahl Angebote kein "Minus" im Vergleich zur Situation ohne BIEGE vorliegen würde und allgemein liege keine Wettverbsabrede vor, welche einen Verfahrensabbruch rechtfertigen würde. Der Beschwerdegegner stellt sich auf den gegenteiligen Standpunkt.

Es stimmt, wie der Beschwerdegegner ausführt, und entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin, dass es sich bei der Beurteilung der Frage der möglichen Anzahl Alleinofferten um eine hypothetische Frage handelt. Hypothetische Geschehensabläufe lassen sich aufgrund ihrer hypothetischen Natur nicht strikt beweisen. Gestützt auf Beweismittel zu den konkreten Umständen, auf Erfahrungswerte aus vergleichbaren Situationen, Indizien sowie die allgemeine Lebenserfahrung, erscheint es jedoch möglich, den Eintritt (oder das Ausbleiben) eines bestimmten hypothetischen Geschehensablaufs als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E.1.5; vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 82). Der Beschwerdegegner gibt an, dass die Vorinstanz, gestützt auf die Erfahrungen aus bisherigen Beschaffungsverfahren, davon ausgegangen sei, dass zumindest eines

der beiden Unternehmen bei dieser Ausschreibung auch alleine offeriert hätte.

Gestützt auf die Erfahrungswerte und alle weiteren hier vorliegenden Indizien, Beweise und Aussagen, kann somit die Frage der möglichen Anzahl von Alleinofferten beantwortet werden.

- 3.5.3.1. Eingangs ist zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin allgemein darauf hinweist, dass die C.\_\_\_\_\_ und die B.\_\_\_\_\_ mit Blick auf jede Ausschreibung vorerst prüfen würden, ob eine alleinige Offerte möglich sei, bei Verneinung der Frage, würden sie analysieren, ob eine ARGE/BIEGE-Bildung ausnahmsweise notwendig und sinnvoll erscheine. Nur dann folge die Überlegung, ob und welches Unternehmen anzufragen. Die B.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ hätten nach dem Rückzug der L.\_\_\_\_\_ ihre Zusammenarbeit als ARGE-Partner überdacht und seither nur mit grosser Zurückhaltung und in Ausnahmefällen als solche Offerten eingegeben: 2023 hätten sie nur drei Offerten im O.\_\_\_\_\_ bei der Vorinstanz als ARGE eingereicht (von insgesamt 62 der B.\_\_\_\_\_ und 156 der C.\_\_\_\_\_). Die B.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ hätten sich angesichts der Umstände und aufgrund eigenständiger Überlegungen in diesem speziellen Fall dafür entschieden, ausnahmsweise kein alleiniges Angebot einzureichen, sondern nur als ARGE offerieren zu wollen und können. Der Beschwerdegegner entgegnet, dass die Akten keinen Aufschluss darüber gäben, ob die Prüfung der Notwendigkeit einer ARGE/BIEGE vor den Gesprächen mit dem Partner erfolgt sei, noch darüber, ob im Beispiel der B.\_\_\_\_\_, diese auch die Eingabe eines Angebots geprüft hätte, falls kein geeigneter BIEGE-Partner hätte gefunden werden können. Zudem sei der digitalen Signatur auf dem Formular "Beurteilung einer möglichen ARGE Bildung" der B.\_\_\_\_\_ zu entnehmen, dass die Beurteilung fast eine Woche nach Eingabetermin der Offerte erfolgt sei. In ihrer Replik ergänzt die Beschwerdeführerin, dass die digitale Signatur nachgeholt wurde, da sie

davor vergessen worden sei. Die Beurteilung der B.\_\_\_\_\_ sei aber nach der Ausschreibung und vor der Kontaktaufnahme mit der C.\_\_\_\_\_ erfolgt. Eine Dauer-ARGE zwischen der C.\_\_\_\_\_ und der B.\_\_\_\_\_ existiere nicht bzw. nicht mehr. In der Duplik fügt der Beschwerdegegner hinzu, dass auch auf dem entsprechenden Formular der C.\_\_\_\_\_ weder Unterschrift noch Datum vorhanden seien. Es sei kritisch zu beurteilen, dass die Beschwerdeführerin für das Beschaffungsverfahren relevante Inhalte aus der Offerte als bloße Versehen herunterspiele. Der Beschwerdegegner schlussfolgert, dass die vorhandenen Widersprüche und "kleinen Fehler" bei der Beschwerdeführerin den Schluss nahelegen würden, dass die Begründung für die Zusammenarbeit der beiden Unternehmen im Nachgang zum verfügbaren Verfahrensabbruch festgelegt worden sei. Im Weiteren müsse sich die Beschaffungsstelle im Zeitpunkt der Offertbeurteilung darauf verlassen können, dass die Angaben in der Offerte korrekt seien. Die beiden Unternehmen nützten den Umstand, dass letztlich nur von ihnen selbst bestätigt werden könne, ob diese auch alleine ein Angebot eingereicht hätten, voll zu ihren Gunsten aus.

Es trifft zu, dass die beiden Unternehmen seit Ende 2021 (vermutlich im Nachgang zur RPW 2021/1 und zum Rückzug der L.\_\_\_\_\_) ihre Angebote als ARGE – zumindest bei der Vorinstanz – stark reduziert haben (vgl. insb. Bg-act. 7), doch ist dieser Umstand für die vorliegende (projektspezifische) Beurteilung unerheblich. Dem Beschwerdegegner ist insoweit zuzustimmen, dass aus den eingereichten Unterlagen nicht ersichtlich ist, sprich die Beschwerdeführerin nicht beweisen konnte, z.B. dass die Prüfung der Notwendigkeit einer BIEGE-Bildung vor den Gesprächen mit der Partnerin vorgenommen wurde; allgemein wurde der Gedankenprozess der zwei Unternehmen bzw. der Ablauf der Ereignisse in diesem Sinne nicht dargestellt. Weiter stimmt es, dass das Formular "ARGE Bildung" der B.\_\_\_\_\_ (vgl. Bf-act. 7) erst am 10. Mai 2023 digital

signiert wurde, daher fast eine Woche nach Einreichung der Offerte bzw. nach Eingabetermin. Auch ist das Formular der C.\_\_\_\_\_ weder unterzeichnet noch datiert (vgl. Bf-act. 8). Das Verhalten der beiden Unternehmen erscheint zumindest sonderbar, wäre von ihnen doch zu erwarten, zumindest in Anbetracht der schon erfolgten WEKO-Abklärung (RPW 2021/1), dass sie genau auf solchen Details vermehrt achten resp. bereits eventuelle Zweifel auszuräumen versuchen würden. Die diesbezüglichen Vermutungen des Beschwerdegegners erscheinen dementsprechend nachvollziehbar und die Beschwerdeführerin dringt mit ihrer Argumentation nicht durch.

- 3.5.3.2. Die Beschwerdeführerin nennt in Anlehnung an die RPW 2021/1 (vgl. Rz. 48 ff.) verschiedene Besonderheiten des relevanten Marktes des K.\_\_\_\_\_ – sinngemäss projektübergreifende Gründe für die Bildung einer ARGE, welche hier beide Unternehmen vereinzelt bewegt hätten, kein alleiniges Angebot einzureichen.
- a) Gemäss Beschwerdeführerin sei die besondere Ausschreibungspraxis des Kantons zu beachten. Der Kanton sei im Bereich Strassen- und Tiefbau der mit Abstand wichtigste Auftraggeber. Zusammen mit den Gemeinden würde er Strassenbauarbeiten häufig zu Beginn der jeweiligen Bausaison, tranchenweise (d.h. mehrere Projekte auf einmal mit demselben Eingabe- und Offertöffnungsdatum) ausschreiben. Die Zuschläge würden sich dementsprechend gleichentags ergeben. Diese intensive Offertphase in der ersten Jahreshälfte sei entscheidend für die Auslastung der Unternehmen während der Bausaison. Sie müssten verschiedene Entscheidungen bei parallel laufenden Verfahren treffen (z.B. welche und wie viele Projekte, Preis, evtl. Bildung einer BIEGE, Ressourcen im Fall eines Zuschlags), würden sie "zu viele" gleichzeitige Projekte akquirieren, gefährde oder verunmögliche dies eine frist- und fachgerechte Ausführung. Diese Besonderheiten hätten sich in den letzten

Jahren akzentuiert: Strassenbauleistungen würden oftmals als Unterposition von Baumeisterarbeiten ausgeschrieben, womit die Offerte bei den Baumeistern eingereicht werden müsse, was mit zusätzlicher Unsicherheit und längeren Wartezeiten verbunden sei. Der Beschwerdegegner entgegnet, dass es keine Belege für die von der Beschwerdeführerin geschilderte geänderte Ausschreibungspraxis gebe. Die Form der Ausschreibung (separat oder gesamthaft) liege jeweils im Ermessen des Auftraggebers. Die seit mehreren Jahren bestehende tranchenweise Ausschreibungs- und Vergabepaxis der Vorinstanz, führe dazu, dass die Anbieter ihre Ressourcen besser planen und einteilen könnten, da sie fortlaufend abschätzen könnten, ob sie noch Kapazitäten übrig hätten. In der Replik kontert die Beschwerdeführerin, dass man anhand der Übersicht der B.\_\_\_\_\_ zu den TBA-Offerten 2020-2023 (vgl. Bf-act. 13) ihre Aussagen beweisen könne. Nämlich in Anbetracht der Anzahl Subunternehmerofferten zeige sich ein Anstieg während den Jahren: 2020 ca. 17% aller aufgelisteten Offerten, 2021 ca. 24%, 2022 ca. 35% und 2023 ca. 44%. In der Duplik meint der Beschwerdegegner, dass sich die Ausschreibungspraxis in den vergangenen Jahren nicht stark verändert habe, jeweils ca. die Hälfte der Belagsarbeiten seien als Einzelaufträge und als Subunternehmeraufträge ausgeschrieben. Die prozentualen Abweichungen der Beschwerdeführerinnen seien nicht nachvollziehbar. Die Verteilung der Ausschreibungen über das ganze Jahr sei aufgrund der gegebenen klimatischen Besonderheiten (eher kurze Bauzeit) in der Praxis nicht umsetzbar. Die gestaffelte Ausschreibungspraxis und die Nichtabgabe von darüberhinausgehenden Informationen sei so eingeführt worden, damit verhindert werde, dass Unternehmen bereits vorab "einteilen könnten", wer welche Aufträge übernehme.

- b) Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, es seien die geografischen Besonderheiten des K.\_\_\_\_\_ zu beachten: ein von Gebirgen umgebenes Tal, mit einer (in Bezug auf die Transportwege) eher begrenzten Erreichbarkeit. Die Transportwege welche in dieser Branche eine wesentliche Kostenrolle spielen würden seien weit und Transporte von ausserhalb des O.\_\_\_\_\_ (z.B. Personal oder Inventar) seien schwierig und wirtschaftlich nicht sinnvoll. Die Temperaturen seien niedrig. Der Einbau von Strassenbelag, insbesondere Deckbelag, erfordere eine ausreichende Bodentemperatur sowie trockene Witterung, entsprechend sei die Strassenbauphase im Bezirk M.\_\_\_\_\_ im Vergleich zu anderen Regionen eingeschränkt. Dies führe zu überschneidenden Ausführungszeiträumen bei Strassenbauprojekten. Das Angebot an (Temporär)Mitarbeitenden im K.\_\_\_\_\_ sei schon aufgrund der Bevölkerungsgrösse sehr beschränkt. Der Beschwerdegegner bestätigt, dass die geografische Ausgangslage im K.\_\_\_\_\_ "besonders" sei, damit alleine lasse sich aber nicht begründen, dass den Besonderheiten nur mittels Offerteingabe als ARGE gegengesteuert werden könne bzw. eine solche Offerteingabe zwingend nötig sei, um in der Region überhaupt offerieren zu können.
- c) Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Ausschreibungspraxis des Kantons und zur geografischen Ausgangslage erscheinen, insofern wie in der RPW 2021/1 wiedergegeben, mehrheitlich korrekt. Nämlich erfolgen die Ausschreibungen tranchenweise und ziehen die von ihr obgenannten Konsequenzen nach sich. Auch ist erstellt, dass die geografische Lage des K.\_\_\_\_\_ besonders ist (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 46 ff., Rz. 54 ff.). Die WEKO hat aber die Wichtigkeit solcher Faktoren abgeschwächt und relativiert, als sie diesbezüglich folgendes festgehalten hat: "Die generellen Rahmenbedingungen im öffentlichen Beschaffungswesen im Kanton Graubünden kommen selbstverständlich auch im Bezirk M.\_\_\_\_\_

zum Tragen [...] tranchenweise Ausschreibung [...] ersten Jahreshälfte [...] Diese Ausgangslage besteht allerdings im gesamten Kanton und ist nicht eine Besonderheit des Bezirks M.\_\_\_\_\_ " (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 77). Als Besonderheiten des Bezirks M.\_\_\_\_\_ im Hinblick auf das Risiko von "zu viel" Projekte zu akquirieren hat die WEKO insb. den engen Ausführungszeitraum und die abgeschottete Lage verbunden mit dem Volumen der dortigen Nachfrage erachtet. Doch auch diesbezüglich wurde festgehalten: "All diese Punkte spielen zusammen und führen in ihrer Gesamtheit dazu, dass dem Risiko von 'zu vielen' Projekten im Bezirk M.\_\_\_\_\_ bedeutend grösser und die nachteiligen Folgen bei dessen Eintritt deutlich schwerwiegender sind als sonstwo. Da dies strukturell bedingt ist, bleibt diese Situation in zeitlicher Hinsicht stabil." (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 79). Und: "Das Risiko von 'zu wenig' akquirierten Projekten bleibt auch bei einer Zusammenarbeit in der ARGE AB [ARGE zwischen B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_] im Grundsatz bestehen. Reduzieren lässt es sich primär durch das Offerieren von tiefen Preisen" (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 80), worauf noch weiter unten einzugehen ist. Auf diese Beurteilung kann man sich vorliegend stützen. So kann auch dem Beschwerdegegner beigeplichtet werden, dass den Besonderheiten des Bezirks M.\_\_\_\_\_ nicht nur mittels Offerteingabe als ARGE gegengesteuert werden kann. Tatsächlich haben sich die B.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_, von den von ihnen selbst genannten projektübergreifenden Gründen, nicht einschüchtern lassen, wie es sich anhand der mehreren alleinigen Offerten der beiden Unternehmen der letzten Jahre zeigt. Insbesondere haben die beiden Unternehmen auch schon für betragsmässig grosse Projekte alleine Offerten eingegeben (2022-2023; vgl. Bg-act. 7 und Bf-act. 9, 10, 11 und 13). Weshalb diese Besonderheiten gerade jetzt eine wichtige Rolle spielen sollten, ist, folglich nicht klar. Die Beschwerdeführerin dringt mit ihrer Argumentation nicht durch.

3.5.3.3. Gemäss Beschwerdeführerin habe die B.\_\_\_\_\_ folgende Gründe für eine ARGE-Bildung vorgebracht: terminliche Engpässe (nämlich elf-zwölf Arbeitsetappen, abgelegene Baustelle d.h. Schwierigkeit andere – siehe kurzfristig erkannte Überschneidung mit anderen drei-vier Projekten – Baustellen zu bedienen, mangelnde Voraussehbarkeit aufgrund der kantonalen Ausschreibungspraxis), fehlende Kapazität bzw. fehlendes Führungs- und gewerbliches Personal (mangelnde Vorhersehbarkeit aufgrund der kantonalen Ausschreibungspraxis, kurze Bausaison im K.\_\_\_\_\_, kurzfristiger Erhalt von Aufträgen, Schwierigkeiten mehrere Baustellen gleichzeitig zu bedienen) und die Spezialarbeiten (es müsse ein spezieller Produzent gefunden werden und es bestehe eine grosse Gefahr und Unsicherheit hinsichtlich der Qualität seiner Arbeit, B.\_\_\_\_\_ habe noch nie entsprechende Randsteine versetzt). Die C.\_\_\_\_\_ habe folgende Gründe aufgelistet: sie erfülle die Eignungskriterien nicht (nämlich keine Gewähr für die Termineinhaltung und ungenügende Kapazitäten), Senkung aus ihrer Sicht des mit dem Projekt verbundenen Risikos auf ein betriebswirtschaftlich vertretbares Mass (Vermeidung von Kapazitätsengpässen) und Einreichung eines wirtschaftlich günstigeren Angebots (da der Werkhof der B.\_\_\_\_\_ in J.\_\_\_\_\_ weniger weit entfernt vom Arbeitsort, als derjenige der C.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_, liege, was sich auf die Transportkosten niederschlage). Zusammenfassend wäre es für die B.\_\_\_\_\_ u.U. möglich gewesen, den Auftrag alleine auszuführen, aber aufgrund der bestehenden Unsicherheiten hätte die B.\_\_\_\_\_ ohne ARGE-Partner aus Risikoüberlegungen eindeutig auf eine Offerte verzichten müssen. Auch die C.\_\_\_\_\_ hätte kein alleiniges Angebot eingereicht. Ergänzend hält die Beschwerdeführerin [in Anlehnung an der RPW 2021/1 Rz. 245] fest, dass im Grundsatz auch Kapazitäts- oder Risikoüberlegungen zu berücksichtigen seien. Dabei handle es sich um Geschäftsentscheide, die auf unternehmerischen Überlegungen fussen würden, wobei es nicht den einen richtigen Geschäftsentscheid gebe. Es

sei legitim, eine ARGE aus wirtschaftlich zweckmässigen und kaufmännisch vernünftigen Überlegungen zu bilden. Ein solcher Geschäftsentscheid sei von den Wettbewerbsbehörden nicht im Detail zu hinterfragen, sondern einzig zurückhaltend daraufhin zu prüfen, ob er geradezu den Rahmen des Vertretbaren sprengt. Tue er dies nicht, sei zu unterstellen, dass dieses Unternehmen alleine kein Angebot eingereicht hätte.

Verschiedene der hier gerade genannten Gründe wurden schon in der RPW 2021/1, andere wurden gerade oben (siehe Erwägung 3.5.3.2), abgehandelt.

- a) Die Aufteilung in mehreren Arbeitsetappen seien gemäss Beschwerdegegner ein Indiz dafür, dass die einzelnen Etappen durchaus auch von einem einzelnen Unternehmen ausgeführt werden könnten. Ferner seien nur zwei Etappen grösser und würden somit eine grössere Menge an Ressourcen für einen längeren Zeitraum binden. Diese Arbeiten wären gemäss provisorischen Terminen aber erst ab April bzw. Juli 2024 durchzuführen gewesen; Terminkollisionen mit noch auszuführenden Arbeiten aus anderen Aufträgen seien demzufolge nicht erkennbar oder wenn, sehr unwahrscheinlich. Die weiteren Arbeiten (2023) beträfen kleinere Etappen, welche von zwei bis vier Personen ausgeführt werden könnten. Der Bedarf an Maschinen sei gering, weshalb die Ressourcen nie für einen längeren Zeitraum gebunden wären. Daher wäre es für beide Unternehmen einzeln möglich, auch bei hoher Arbeitsauslastung, noch Ressourcen für die Ausführung bereitzustellen.

Die Argumentation des Beschwerdegegners erscheint nachvollziehbar und logisch. Sogar die Beschwerdeführerin bestätigt die Aussagen des Beschwerdegegners, da ihre Tabelle (vgl. Bf-act. 5 Beilage A) zur Einsetzung des Personals für die Ausführung des Projekts einen Bedarf

von mehrheitlich vier bis fünf Personen und nur jeweils an wenigen Tagen sechs bis acht Personen vorsieht. Mit diesem Vorbringen dringt die Beschwerdeführerin deshalb nicht durch.

- b) Zu den fehlenden Kapazitäten meint der Beschwerdegegner, dass sich die Frage stelle, ob die Bildung einer ARGE tatsächlich zielführend sei, wenn beide Unternehmen für den Ausführungszeitraum fehlende personelle und maschinelle Kapazitäten vorweisen würden. Weiter vermittele der mit der Offerte eingereichte Technische Bericht (siehe S. 11) stark den Anschein, als wäre er von der B.\_\_\_\_\_ alleine verfasst worden; denn gemäss diesen Angaben seien bei der B.\_\_\_\_\_ sowohl personelle Ressourcen als auch Maschinen und Geräte genügend vorhanden, die Firma würde – trotz den angeblich fehlenden Kapazitäten – sowohl den Bauführer als auch den Polier stellen. Ferner entgegnet der Beschwerdegegner, dass im Normalfall davon ausgegangen werden könne, dass die ansässigen Unternehmen zur Bewältigung des doch etwas grösseren Auftragsvolumens Verstärkung holen könnten, z.B. intern bei anderen Filialen, Firmenzweigen oder über eine ARGE mit überregionalen Partnern. Alleine die Formierung einer "gebietsinternen" ARGE ergebe keine (Ver-)Stärkung der Ressourcen. Dazu werde im Sommer Personal der B.\_\_\_\_\_ auf Baustellen der C.\_\_\_\_\_ eingesetzt, was zeige, dass Personal unter den Firmen verschoben werde. Die Beschwerdeführerin entgegnet in der Replik, dass ein Fehler passiert sei, da als Grundlage ein technischer Bericht, welcher B.\_\_\_\_\_ in der Vergangenheit für eine alleinige Offerteingabe verwendet habe, benutzt worden sei und dabei auf S. 11 vergessen gegangen sei, ARGE A.\_\_\_\_\_ anstelle der B.\_\_\_\_\_ einzufügen. Ferner würde die B.\_\_\_\_\_ Bauführer und Polier stellen, doch die C.\_\_\_\_\_ würde z.B. den stv. Bauführer stellen; die B.\_\_\_\_\_ wäre bei der kaufmännischen Leitung federführend, dagegen die C.\_\_\_\_\_ hauptverantwortlich für die anderen vier Bereiche. Weiter stelle die WEKO

in der RPW 2021/1 Rz. 54 f. fest, dass es schwierig sei und es sich nicht rechne, wenn Personal oder Inventar von ausserhalb des O.\_\_\_\_\_ beigezogen werden müsse.

Die Überlegungen des Beschwerdegegners sind sinnvoll und nachvollziehbar und daran ist nichts auszusetzen. In der Tat ist dem Beschwerdegegnern insofern zuzustimmen, als nur die B.\_\_\_\_\_ auf S. 10 wie auch auf S. 11 des Technischen Berichts der Offerte (vgl. Bf-act. 5 und Bg-act. 6) im Hinblick auf die Positionen "Entwurf Sicherheits- und Gesundheitsschutzkonzept" und "Qualität" (es steht "die B.\_\_\_\_\_ AG verfügt über genügend geschultes und erfahrenes Fachpersonal [...] ebenfalls verfügt diese über genügendleistungsfähige Maschinen und Geräte" [...] "verfügt über die nötige Erfahrung") erwähnt wird. Auch bei der Baustellenorganisation ist die B.\_\_\_\_\_ in allen Positionen vertreten, sie stellt eben auch alleine die Kaufmännische Leitung und den Polier. Weiter sind auf S. 12 auch nur Referenzen der B.\_\_\_\_\_ angegeben. Das Argument der Beschwerdeführerin, es sei ein Fehler unterlaufen, vermag nicht zu überzeugen. So beruft sich die Beschwerdeführerin gleich auf mehrere Fehler, gerade bei hier wesentlichen Beurteilungsdetails (siehe auch oben E.3.5.3.1), was jedenfalls aussergewöhnlich wenn nicht sogar suspekt erscheinen mag. Wenn es der Beschwerdeführerin wirklich darum gegangen wäre, jegliche Zweifel an der ARGE-Bildung auszuschliessen, hätte sie sicherlich genau auf diese Details am meisten Wert gelegt bzw. diese einwandfrei präsentiert. Die Beschwerdeführerin unterstützt ihr Vorbringen auch mit keinen weiteren Belegen (z.B. Arbeiterliste, usw.), was aber in diesem Fall dem Mindestaufwand hätte entsprechen müssen. Auch bestreitet sie nicht, dass im Sommer Personal unter den beiden Unternehmen verschoben wird; was die behaupteten Kapazitätsengpässe auch lindern würde. Auch mit diesem Vorbringen dringt die Beschwerdeführerin nicht durch.

- c) Der Beschwerdegegner meint zu den Spezialarbeiten, dass die B.\_\_\_\_\_ in der Offerte unter Position 222.233.201 keine Lieferfrist angegeben, sondern ausgeführt habe, dass die Elemente für den Versatz der Randabschlüsse in Eigenproduktion erfolgen würden. Der Einbezug einer spezialisierten externen Unternehmung sei dabei nicht erwähnt worden. Somit wurde davon ausgegangen, dass zumindest eine der Anbieterinnen sehr wohl über entsprechende Kompetenzen innerhalb der Gruppe verfügen müsse. Weiter seien in der Q-kritischen Analyse im Technischen Bericht die in der Beschwerde vorgebrachten Bedenken nicht erwähnt worden (obwohl sie in der Beschwerde ein gewichtiges Argument darstellen würden). Es werde hier auch nicht dargelegt, wie die Zusammenarbeit mit der C.\_\_\_\_\_ das "Problem" der Ausführung der Spezialarbeiten lösen könne. In der Replik entgegnet die Beschwerdeführerin, dass sie im technischen Bericht auf S. 6 einen spezialisierten externen Lieferanten aufgeführt habe und sie somit eine Zusammenarbeit anstrebe. In der Duplik meint der Beschwerdegegner, dass bloss, weil die B.\_\_\_\_\_ auf Subunternehmer/Lieferanten zurückgreife, dies nicht automatisch bedeute, dass eine Zusammenarbeit mit einer ARGE-Partnerin ebenfalls notwendig sei.

Die Beschwerdeführerin behauptet einerseits alle Arbeiten alleine ausführen zu können, andererseits behauptet sie auch in Bezug auf das Auftragsvolumen, dass sie auf externe Hilfe eines Lieferanten für die genannten Spezialarbeiten angewiesen sei; die beiden Argumentationen sind widersprüchlich und vermögen nicht zu überzeugen. Jedenfalls ist den Ausführungen des Beschwerdegegners zu folgen, wonach eine solche Zusammenarbeit nicht bedeutet, dass eine ARGE-Bildung nötig ist. Die Beschwerdeführerin vermag auch mit diesem Vorbringen nicht durchzudringen.

3.5.3.4. Zusammenfassend lassen die bis hier abgehandelten Argumenten der Parteien den Schluss zu, dass zumindest eines der beiden Unternehmen, z.B. die B.\_\_\_\_\_, die Offerte auch alleine hätte einreichen können.

Nachfolgend wird, gestützt auch auf die schon vorhin angegebene und abgehandelte Gründe der Beschwerdeführerin, die Wettbewerbsbeschränkung anhand der Anzahl Angebote in Anlehnung an das vergangene Offertverhalten der beiden Unternehmen geprüft (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 169 ff.).

- a) Eingangs ist kurz zu erwähnen, dass der Beschwerdegegner allgemein bemerkt hat, dass die vorliegenden Arbeiten anspruchsvoll seien, aber nicht technisch speziell oder ungewöhnlich schwierig, jede renommierte und organisierte Belagsunternehmung sollte den Auftrag technisch problemlos erfüllen können. Die beiden hier genannten Unternehmen seien durchaus fähig und im Stande, Arbeiten alleine auszuführen. Der Beschwerdegegner ist der Meinung, dass die Bildung einer ARGE vorliegend zu einer Reduktion der Angebote führe.
  
- b) Die Beschwerdeführerin entgegnet, dass ohne ARGE-Bildung keine Angebote bei der Vorinstanz eingegangen wären. Sie meint, dass es zwar richtig sei, dass jede renommierte Belagsunternehmung zumindest technisch in der Lage sei, den vorliegenden Auftrag selbständig auszuführen, doch hätten die beiden Unternehmen in erster Linie wegen Kapazitäts- und Risikoüberlegungen von einer alleinigen Offerte abgesehen. Relevant sei, ob die Unternehmen in der Lage und bereit wären, alleine eine Offerte einzugeben, was vorliegend nicht der Fall gewesen sei.

- c) Gemäss Beschwerdegegner zeige sich anhand der letzten drei Jahre, dass sowohl die B.\_\_\_\_\_ als auch die C.\_\_\_\_\_ je alleine diverse Aufträge für die Vorinstanz ausgeführt hätten. Dies kann bestätigt werden, denn sowohl aus den Unterlagen der Beschwerdeführerin (vgl. Bf-act. 10, 11, 13), als auch aus den Unterlagen des Beschwerdegegners (vgl. Bg-act. 7) ist ersichtlich, dass in den Jahren 2020 bis Ende 2021 schon gewisse Offerten der beiden Unternehmen bei der Vorinstanz eingereicht wurden und vor allem ab Oktober/November 2021 bis Mitte 2023, sowohl die B.\_\_\_\_\_ als auch die C.\_\_\_\_\_ die meisten Offerten im Alleingang bei der Vorinstanz eingereicht haben. Im Jahr 2022 wurden von total 17 Offerten, nur eine als ARGE eingereicht, im Jahr 2023 waren es dann drei von 14 als ARGE (was auch von der Beschwerdeführerin bestätigt wurde; vgl. Bg-act. 7, Bf-act. 10, 11, 13). Doch auch in Bezug auf das gesamte O.\_\_\_\_\_ ist ersichtlich, dass die B.\_\_\_\_\_ 2023 mehrheitlich alleine Offerten eingereicht hat (vgl. Bg-act. 9). Diese Verhaltensweise ist als Indiz zu werten, dass zumindest eines der beiden Unternehmen, z.B. die B.\_\_\_\_\_, die Offerte auch alleine hätte einreichen können. Dementsprechend kann der Vorinstanz bzw. dem Beschwerdegegner gefolgt werden, wenn sie davon ausgehen, dass zumindest eines der beiden Unternehmen bei dieser Ausschreibung auch alleine offeriert hätte.

- 3.5.3.5. Auch hinsichtlich des Auftragsvolumens ist davon auszugehen, dass eines oder beide Unternehmen wohl auch eine alleinige Offerte eingereicht hätte(n) (vgl. auch RPW 2021/1 Rz. 85 ff.).

Die Beschwerdeführerin hält fest, dass die vom Beschwerdegegner erwähnten anderen vergangenen Projekte der B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nicht vergleichbar seien mit dem konkreten Projekt: der Auftragswert sei hier deutlich höher. Das Auftragsvolumen sei mit rund CHF 2 Mio. (zumindest für ein Projekt im K.\_\_\_\_\_) aussergewöhnlich gross, sprich mit Blick auf

das Gesamtvolumen des Marktes für Strassenbauarbeiten, der gemäss WEKO-Schätzung im Bezirk M.\_\_\_\_\_ etwa 8-10 Mio. pro Jahr betrage.

Zu den Bemerkungen des Beschwerdegegners zum Preisvergleich bzgl. des hier behandelten Projekts und anderer Projekte, kann festgehalten werden, dass diese stichhaltig und fundiert erscheinen. Er hat nämlich in Bezug zur relevanten Auftragssumme von rund CHF 2 Mio. korrekt aufgezeigt, dass beide Unternehmen für ein Projekt im K.\_\_\_\_\_ im Jahr 2022 Offerten (bei der Vorinstanz) von ca. CHF 1.38 Mio. (C.\_\_\_\_\_) und ca. CHF 1.5 Mio. (B.\_\_\_\_\_) eingereicht haben, mit Zuschlag zuhanden der C.\_\_\_\_\_ (vgl. Bg-act. 7). Weiter hat der Beschwerdegegner festgestellt, dass 2021 die beiden Unternehmen als ARGE den Zuschlag für ein Projekt von ca. CHF 1.19 Mio. bekommen haben und die C.\_\_\_\_\_ dann den Auftrag alleine ausgeführt hat (vgl. Bg-act. 7). Der Beschwerdegegner bringt auch in seiner Duplik vor, dass im O.\_\_\_\_\_ B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ auch die einzigen seien – wenn man auch die P.\_\_\_\_\_, die Q.\_\_\_\_\_ AG und die R.\_\_\_\_\_ AG in Betracht zieht – welche gemeinsam als ARGE offerieren würden; sämtliche übrige Anbieter würden – im Bezirk S.\_\_\_\_\_ – für Belagsarbeiten und/oder Tief- und Strassenbauarbeiten immer alleine Angebote einreichen. Diese Aussage wurde von der Beschwerdeführerin in ihrer zusätzlichen Stellungnahme nicht abgestritten. Auch ausserhalb des O.\_\_\_\_\_ hätten gemäss Beschwerdegegner die C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ Zuschläge für Projekte von je ca. CHF 1.06 Mio. bzw. CHF 888'867.45 erhalten, was sich auch aus den Akten ergibt (Jahr 2023, vgl. Bg-act. 8 und 9), was bestätigt werden kann.

Zudem falle gemäss Beschwerdegegner ein Viertel des gesamten Auftragsvolumens auf die Spezialarbeiten "Randabschlüsse", welche von einem Subunternehmen/Lieferanten vorfabriziert werden müssten. Die Beschwerdeführerin als ARGE selbst gebe in der Beschwerde an, dass

sie die Arbeiten auslagern würde. Dadurch reduziere sich das Auftragsvolumen für die ARGE-Partner vor Ort um rund ein Viertel und es verblieben ca. CHF 1.6-1.7 Mio. Die Beschwerdeführerin bestätigt in ihrer Beschwerde, dass die speziellen Randabschlüsse rund ein Viertel des Ausschreibungsvolumens ausmachen würden und deren Herstellung aussergewöhnlich sei, weshalb hierzu ein spezialisiertes Produkt beigezogen bzw. gemäss der B.\_\_\_\_\_ ein geeigneter Produzent gefunden werden müsse. In der Replik fügt sie dann an, dass nicht die Arbeiten zum Versetzen, sondern die Lieferung (ca. 16%) und das Versetzen (ca. 8%) der Randabschlüsse rund ein Viertel der Gesamtauftragssumme ausmachen würden; daher würde sich durch Auslagerung der Lieferung das relevante Auftragsvolumen um 16% verringern, das Versetzen würden noch immer die ARGE-Partnerinnen übernehmen.

In Anbetracht der Tatsache, dass sich die Auftragssumme des vorliegenden Projekts, wie vom Beschwerdegegner erwähnt, um die Position der Randabschlüsse – um mindestens 16% – auf ca. CHF 1.68 Mio. reduziert, verringert sich das Auftragsvolumen noch wesentlich und ist somit vergleichbar mit den Summen für vergangene Projekte der beiden Unternehmen, weshalb eine alleinige Offerte und Ausführung umso plausibler erscheint.

Gemäss Beschwerdegegner zeige die Übersicht der in den letzten drei Jahren vergebenen Aufträge deutlich, dass die C.\_\_\_\_\_ vergleichbare Aufträge alleine ausgeführt habe; aus Sicht der Vorinstanz wäre somit zu erwarten gewesen, dass die C.\_\_\_\_\_ auch ein alleiniges Angebot einreiche. Dieser Ansicht ist zu folgen, denn die C.\_\_\_\_\_ hat schon, wie gezeigt, im Alleingang Offerten mit Volumen von ca. 1.4 Mio. Franken eingereicht und zugeschlagen bekommen.



nicht der Fall. Gemäss Beschwerdegegner lasse die Bestätigung der B.\_\_\_\_\_, dass sie auch alleine ein Angebot eingereicht hätte, dies aber nur aus Risikoüberlegungen nicht getan habe, darauf schliessen, dass dieses nicht wirtschaftlich schlechter ausgefallen wäre, als das der ARGE. Bei einer alleinigen Eingabe der B.\_\_\_\_\_, hätten auch die C.\_\_\_\_\_ oder gar ausserregionale Anbieter eine Offerte eingereicht, der Konkurrenzdruck hätte sich auch auf den Offertpreis ausgewirkt. Was die C.\_\_\_\_\_ betreffe, sei der Beschwerdeführerin zuzustimmen, dass diese als ARGE-Partnerin wahrscheinlich ein wirtschaftlich besseres Angebot als im Alleingang einreichen könne. Das Angebot der ARGE sei somit nicht derart offenkundig wirtschaftlich besser als es die je alleinigen Angebote – zumindest dasjenige der B.\_\_\_\_\_ – wären, womit eine Wettbewerbsbeschränkung und das dritte Tatbestandsmerkmal gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt sei. Die Beschwerdeführerin bemerkt in der Replik, dass auch seitens der B.\_\_\_\_\_ einseitige Kostenvorteile vorliegen würden: diese müsste nämlich bei einer Alleinofferte – verbunden mit erheblich höheren Kosten – Personal und Geräte von anderen Standorten einrechnen und mehr Risiko übernehmen. Daher falle das Angebot der ARGE für die Vorinstanz wirtschaftlich besser aus als ein alleiniges Angebot der B.\_\_\_\_\_.

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin sind einleuchtend, sie treffen allerdings stets nur auf eine der beiden ARGE-Partnerinnen zu, nämlich diejenige, die beim konkreten Projekt über den weiter entfernten Werkhof verfügt, in casu die C.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_. Mit dieser Thematik hat sich schon die WEKO in der RPW 2021/1 auseinandergesetzt (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 85 ff.); es wird darauf verwiesen und es werden hier die wichtigsten Überlegungen wiedergeben. Demnach sind im Verhältnis zum ARGE-Partner der beim konkreten Projekt über den weiter entfernten Werkhof verfügt, die distanz- und fahrzeitabhängigen Kosten in der ARGE

geringer. Es handelt sich dabei also nicht um Synergien, die aus der Zusammenarbeit resultieren und die genutzt werden, sondern um "einseitige" Kostenvorteile. Mit anderen Worten mag aus diesen Gründen zwar das alleinige Angebot der einen ARGE-Partnerin höher ausfallen als dasjenige der ARGE, nicht aber das Angebot der anderen ARGE-Partnerin. Dasselbe gilt *mutatis mutandis* auch für andere Kostenvorteile, die eine ARGE-Partnerin gegenüber der anderen hat. Abschliessend hält die WEKO fest, dass der Angebotspreis der ARGE wegen solchen Kostenvorteilen regelmässig tiefer ist als derjenige beider alleinigen Angebote der ARGE-Partner (und nicht bloss eines ARGE-Partners) sei deshalb nicht der Fall. Dementsprechend ist davon auszugehen, wie der Beschwerdegegner richtig festgehalten hat, dass vorliegend die Alleinofferte, zumindest der B.\_\_\_\_\_, wirtschaftlich besser wäre, als das BIEGE-Angebot, und daher ist daraus zu schliessen, dass das BIEGE-Angebot nicht derart offenkundig wirtschaftlich besser ist als die Alleinofferten, womit eine Wettbewerbsbeschränkung (auch) zu bejahen ist.

- 3.5.5. In casu durfte der Beschwerdegegner, entgegen der Vorbringen der Beschwerdeführerin von einer Wettbewerbsabrede und einer Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG ausgehen. Weiter ist zu beurteilen, ob die Abrede kartellrechtlich zulässig ist oder nicht (siehe Art. 5 KG).
- 3.6. Unzulässiger Charakter der Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 KG.
- 3.6.1. Beide Parteien bestätigen, dass bei Ausschreibungen im K.\_\_\_\_ bzw. im Bezirk M.\_\_\_\_ mit L.\_\_\_\_, die sich mittlerweile zurückgezogen hat, ein sehr starker Konkurrent vorhanden war bzw. durch die L.\_\_\_\_ massgeblicher Aussenwettbewerb bewirkt wurde. Gemäss Beschwerdeführerin habe dieser Rückzug auf die Beurteilung, ob die

ARGE zwischen der B.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ zulässig sei, relevanten Einfluss. Branchenkenner mussten mit einem kompetitiven Angebot der L.\_\_\_\_\_ rechnen. Der Beschwerdegegner fügt hinzu, dass seit dem Rückzug der L.\_\_\_\_\_ vereinzelt Anbieter von ausserhalb des O.\_\_\_\_\_ offerieren würden, jedoch nur selten.

- 3.6.2. In der Verfügung bzw. im Begleitschreiben vom 10. Juli 2023 geht die Vorinstanz von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG aus. Nämlich sei aufgrund des Rückzugs der Konkurrentin L.\_\_\_\_\_ der Aussenwettbewerb nicht mehr vorhanden, weil die BIEGE seither nicht mit mindestens einem kompetitiven Angebot rechnen müsse. Es sei von einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede auszugehen.
- 3.6.3. Der Beschwerdegegner stützt sich in seiner Vernehmlassung auf die RPW 2021/1; obwohl die B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ jeweils in der Region K.\_\_\_\_\_ Offerten als ARGE einreichen würden und es sich um einen abgeschlossenen Markt handle, sei damals die WEKO zum Schluss gekommen, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufgrund des verbleibenden Aussenwettbewerbs widerlegbar sei. Doch mit dem Rückzug aus dem K.\_\_\_\_\_ des starken Konkurrenten L.\_\_\_\_\_ müssten Branchenkenner damit rechnen, dass kein weiteres kompetitives Angebot eingehe, womit die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufgrund des nun fehlenden Aussenwettbewerbs nicht mehr widerlegt werden könne. Die Vorinstanz habe auch festgestellt, dass die Offerten der B.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ sowie deren gemeinsamen Offerten als ARGE, preislich kontinuierlich ansteigen würden. Im vorliegenden Fall lasse sich die Abweichung vom Kostenvorschlag gerade noch erklären. In anderen Fällen mussten Vergabeverfahren aber abgebrochen werden. In Regionen, in welchen wenig Konkurrenzdruck herrsche, seien die Preise erfahrungsgemäss höher. Der Preisanstieg wegen der Inflation usw. würde von der Vorinstanz ohnehin mitberücksichtigt werden. Der

Beschwerdegegner argumentiert (vollständigkeitshalber), dass selbst unter der Annahme, dass der Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG nicht erfüllt sei, dennoch eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 1 KG vorliege, und nimmt die dementsprechende Prüfung vor. Das Gericht kommt zum Schluss, dass schon der Tatbestand gemäss Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt ist.

- 3.6.4. Die Beschwerdeführerin sieht keine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG, und entsprechend müsse Art. 5 KG nicht geprüft werden. Trotzdem nimmt sie auch zu Art. 5 KG Stellung. Es stimme, dass mit dem Rückzug der L.\_\_\_\_\_ ein starker Konkurrent aus dem K.\_\_\_\_\_ ausgeschieden sei und es für nicht ortsansässige Unternehmen oftmals finanziell nicht attraktiv sei, eine Offerte einzugeben. Letzteres sei aber nicht ausgeschlossen, es seien in den letzten Jahren mehrere Offerten eingereicht worden, auch mehrfach drei und es hätten auch andere Unternehmen den Zuschlag erhalten (siehe V.\_\_\_\_\_, vgl. Bg-act. 7). Bezüglich den Anstieg der Preise meint sie, dass es gerichtsnotorisch sei, dass die Preise im Baubereich in den vergangenen Monaten aus diversen Gründen (Inflation, Energiekosten, usw.) gestiegen seien. Zur Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG findet sie, dass die B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nur sehr selten und bei absoluter Notwendigkeit eine ARGE bilden würden (vgl. Bg-act. 7). Selbst wenn eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung infolge punktueller ARGE-Bildung bejaht werde, könnte diese i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG aus Effizienzgründen gerechtfertigt sein; namentlich aus Gründen von "zu vielen" oder "zu wenigen" Aufträgen, die ARGE könne dann trotzdem tiefere Preise bei gleich guter Qualität offerieren. Die Anregung der WEKO könne seit dem Rückzug von L.\_\_\_\_\_ nicht mehr 1:1 umgesetzt werden, entsprechend würde diese nur punktuell die ARGE-Parteien von dieser Möglichkeit keinen allgemeinen Gebrauch mehr machen, sondern nur punktuell.

3.6.5. Es sind zwei Arten von Wettbewerbsabreden unzulässig: Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KG), sowie andererseits Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 KG); in diesem Fall ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (vgl. BGE 143 II 297 E.4.1, 120 II 18 E.3; Urteil des Bundesgerichts 1C\_149/2018 vom 4. Februar 2021 E.6.1; vgl. BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E.6; vgl. ZÄCH/HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. Bern, 2023, Art. 5 f. KG Rz. 403). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann zum einen direkt nachgewiesen werden; sie kann sich zum anderen auch über die vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG aufgelisteten Tatbestände für horizontale Abreden ergeben, bei denen von einer Vermutung ausgegangen wird. Die Vermutung ist widerlegbar. Die drei Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG sind alternativ (vgl. BGE BGE 147 II 72 E. 6.1 und 6.5, 144 II 246 E.7.2, 143 II 297 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 1C\_149/2018 vom 4. Februar 2021 E.6.1; BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 6.1.2., B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E.6.4.3.2; vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., Art. 5 f. KG Rz. 552, 554), wie es hier auch der Fall der vorliegenden ARGE ist, da beide Unternehmen in derselben Region im selben Bereich tätig sind, namentlich im Strassenbau. Vorliegend ist vorerst zu überprüfen, ob eine Vermutung i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG vorliegt. Führt die Abrede zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, so ist zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt und gegebenenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.1 und 6.5, 143 II 297 E. 5; BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 6.1.5). Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich

auch das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.5; 144 II 194 E. 4.3.1, 143 II 297 E. 5.6; BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 6.1.6). Die Frage, ob ein Vermutungstatbestand vorliegt, ist nicht nur für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wichtig, sondern auch für die Frage, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigt (vgl. BGE 147 II 72 E.6.1, 144 II 194 E.4.3.2, 143 II 297 E.5.6; Urteil des Bundesgericht 1C\_149/2018 vom 4. Februar 2021 E.6.1). Ein Tatbestand nach Art. 5 Abs. 3 KG wurde in der RPW 2021/1 bejaht, doch konnte die Vermutung aufgrund des verbleibenden Aussenwettbewerbs widerlegt werden. Da sich jetzt die L.\_\_\_\_\_ als wichtiger Konkurrenzpartner vom K.\_\_\_\_\_ zurückgezogen hat, ist der Tatbestand erneut unter Beachtung dieser Veränderung zu prüfen. Dieser Tatbestand setzt kumulativ folgende Merkmale voraus: eine Abrede, einen Markt für bestimmte Waren oder Leistungen und die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf diesem Markt (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., Art. 5 f. KG Rz. 495). Die erste Voraussetzung ist vorliegend aufgrund der obigen Erwägungen eigentlich zu bejahen (vgl. E.3.2-3.5). Auf der zweiten Voraussetzung wird später näher eingegangen (vgl. E.3.6.7) Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG soll nach der WEKO und einem Teil der Lehre schon dann vorliegen, wenn die Abrede über das Potenzial verfügt, eine Preisfestsetzung herbeizuführen. Anders gesagt, muss die Abrede nur "geeignet sein, eine preisharmonisierende Wirkung zu entfalten" (vgl. BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 6.2.1 und

6.2.3; vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., Art. 5 f. KG Rz. 555 m.w.H.). Wie soeben ausgeführt war der Gegenstand der vorliegenden ARGE bei dem hier ausgeschriebenen Strassenbauprojekt eine gemeinsame projektspezifische Offerte. Bei dem gemeinsamen Angebot haben die B.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ den zu offerierenden Preis zwangsläufig zusammen festgelegt. Diese Verhaltensweise erfüllt den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (vgl. auch RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 178).

3.6.6. Bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. c KG vereinbaren die beteiligten Unternehmen, nicht im Gebiet eines anderen an der Abrede beteiligten Unternehmens tätig zu werden und/oder keine Verträge mit Kunden oder Lieferanten abzuschliessen, die einem anderen an der Abrede beteiligten Unternehmen zugewiesen sind. Damit schaffen die Beteiligten künstliche Monopole (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., Art. 5 f. KG Rz. 564 m.w.H.). Die B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, haben schon mindestens einmal die Ausführung eines gemeinsam als ARGE (ARGE W.\_\_\_\_\_) akquirierten Projekts alleine durchgeführt (Ausführung durch die C.\_\_\_\_\_ AG; vgl. Bg-act. 7 und Bf-act. 13). Dies könnte auch hier der Fall sein, denn es besteht der Verdacht, dass eine der beiden Unternehmen die Arbeiten alleine durchführen könnte und würde, weshalb auch die Voraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfüllt sein dürfte. Aus diesen Gründen (vgl. auch E.3.6.5) ist die Vermutung des Beschwerdegegners und der Vorinstanz, wonach der wirksame Wettbewerb beseitigt worden ist, nicht zu beanstanden (vgl. auch RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 178).

3.6.7. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt, wird vermutet, dass die Wettbewerbsabreden den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Diese Vermutungsfolge ist widerlegbar. In einem ersten Schritt ist der relevante Markt abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist die Wettbewerbssituation zu bewerten, wie sie sich trotz der

Wettbewerbsabrede auf dem relevanten Markt noch darstellt. Nämlich, ob auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden genügender bzw. hinreichender Aussen- oder Innenwettbewerb spielt. Ein genügender Aussenwettbewerb liegt vor, wenn das Angebot (oder die Nachfrage) der nicht an der Abrede beteiligten Konkurrenz für die möglichen Handelspartner der Abredeteiligen eine tatsächliche Wahlmöglichkeit darstellt. Entscheidend ist letztendlich die Disziplinierungsmöglichkeit und der tatsächliche Einfluss der Alternativenanbieter bzw. -nachfrager (vgl. BGE 143 II 297 E.4.1, vgl. BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 5.4.3, 6.3.1, 6.3.2 m.w.H.; vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 179).

- 3.6.7.1. Der sachlich relevante Markt umfasst in casu Strassenbauarbeiten, deren Ausführungsstandort sich im Bezirk M.\_\_\_\_\_ befindet. Der räumlich relevante Markt besteht aus dem Gebiet, aus dem in Anbetracht der Distanz und der geografischen Situation die Marktgegenseite noch konkurrenzfähige Angebote erwarten kann. Die WEKO hat diese Abgrenzung – über die gesamten Strassenbauarbeiten im Bezirk M.\_\_\_\_\_ hinweg betrachtet – im gesamten O.\_\_\_\_\_ (Bezirk S.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ ) vorgenommen. In zeitlicher Hinsicht besteht nur während der Offertphase Wettbewerb um den Zuschlag, danach nicht mehr (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 181).
- 3.6.7.2. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 3 KG) kann zum einen durch den Nachweis widerlegt werden, dass die Abrede zu wenig Wirkung auf dem relevanten Markt entfaltet, weil bspw. zu wenig Marktteilnehmer durch die Abrede gebunden sind; es besteht dann Aussenwettbewerb (vgl. BGE 143 II 297 E.4.1, 129 II 18 E.8.1, BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E.6.3.1, B-3097/2018 vom 28. November 2023 E.65). Zum Nachweis von Aussenwettbewerb ist bei horizontalen Abreden zu prüfen, ob es Wettbewerber gibt, die nicht in die

Abrede eingebunden sind, obwohl sie mit den gleichen oder substituierbaren Produkten handeln (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O. Art. 5 f. KG Rz. 588 m.w.H.). Der Nachweis des Bestehens von Aussenwettbewerb kann nur erbracht werden, wenn dessen Ausmass genügend ist, um die durch die Abrede gebundenen Unternehmen unter Wettbewerbsdruck zu setzen. Ein gewisser Restwettbewerb, sozusagen ein Alibi-Wettbewerb, genügt also nicht. Unzureichend ist auch potenzieller Wettbewerb, jedenfalls wenn feststeht, dass die Abredeparteien während längerer Zeit nicht durch bestehende potenzielle Wettbewerber gestört wurden. Denn daraus ergibt sich, dass solcher Wettbewerb eben nicht wirksam ist. Mit anderen Worten muss, wenn möglich nicht nur theoretisch, sondern konkret aufgezeigt werden, dass Abredepartner einer potenziellen Konkurrenz gegenüberstehen, welche sie trotz Abrede zu effizientem Verhalten zwingt. Gegenstand des Nachweises ist das Vorliegen wirksamen Wettbewerbs trotz der vermutungsbegründenden Abrede (vgl. BGE 129 II 18 E.8.1; BVGer B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E.6.3.2; B-697/2018 vom 28. November 2023 E.7.5.3; vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O. Art. 5 f. KG Rz. 589 m.w.H.). Weiter muss der Nachweis von Innenwettbewerb erbracht werden. Nämlich ist bei Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG, die Frage zentral, ob bei funktionierendem Beratungs-, Service- oder Qualitätswettbewerb die Abredeparteien trotz der getroffenen Preis-, Mengen- und Gebietsabrede unter genügendem Wettbewerbsdruck stehen, sodass dadurch die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt wird (vgl. BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 u.a. E.7.5.2; ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O., Art. 5 f. KG Rz. 590 m.w.H.; RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 182 ff.).

In casu ist hinsichtlich des Innenwettbewerbs festzuhalten, dass sich die ARGE-A.\_\_\_\_-Partnerinnen bei gemeinsamen Angeboten nicht mehr

konkurrenzieren, weshalb in diesem Umfang zwischen ihnen kein Innenwettbewerb mehr besteht. Innenwettbewerb spielt zwischen den ARGE-Partnerinnen nur noch eine Rolle bei den Projekten, die nicht als ARGE erfasst werden, die sie also alleine anbieten. Allein dieser verbleibende Innenwettbewerb dürfte die Vermutungsfolge noch nicht zu widerlegen vermögen (vgl. auch RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 184).

Weiter besteht der Aussenwettbewerb aus denjenigen Unternehmen, die nicht an der ARGE-A.\_\_\_\_\_ beteiligt sind und die ebenfalls ein Angebot einreichen oder einreichen können. Bei offenen Vergabeverfahren wie in casu steht grundsätzlich allen Unternehmen eine Angebotseinreichung offen. Dennoch sind nur, aber immerhin, diejenigen Unternehmen als potenzielle Aussenwettbewerber zu betrachten, mit deren Teilnahme am konkreten Ausschreibungsverfahren ein Branchenkenner mit einer ausreichenden Wahrscheinlichkeit rechnen musste (vgl. RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 185). Hier ist unbestrittenermassen die L.\_\_\_\_\_, als einer der (wenigen) starken Konkurrenten seit 2021 nicht mehr präsent auf dem Markt (siehe oben). Anhand der Unterlagen des Beschwerdegegners ist ersichtlich, dass seit Ende 2021 andere Unternehmen bei offenen Ausschreibungen teilweise auch Angebote eingereicht haben, damit jedoch nur selten erfolgreich waren (vgl. Bg-act. 7). Dies wurde auch schon so festgehalten in der RPW 2021/1 (Rz 64), "Von weiteren Strassenbauunternehmen ging in den letzten Jahren ein gewisser, allerdings nicht besonders starker Druck aus, indem diese zwar bei einigen Ausschreibungen im Bezirk M.\_\_\_\_\_ ebenfalls Angebote einreichten, damit jedoch höchst selten erfolgreich waren." Demnach ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass aufgrund des Wegfalls des Konkurrenten L.\_\_\_\_\_ der Aussenwettbewerb nicht mehr vorhanden ist (vgl. auch RPW 2021/1, a.a.O., Rz. 64, 186). Gerade als Bestätigung dafür. wurde im vorliegenden Fall nur ein einziges Angebot eingereicht.

Vorliegend kann die Vermutung nicht widerlegt werden, weshalb der Beschwerdegegner und die Vorinstanz die Abrede zwischen der B.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ zu Recht als unzulässig gemäss Art. 5 Abs. 3 KG qualifiziert haben (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O. Art. 5 f. KG Rz. 615 m.w.H.).

- 3.6.8. Der Beschwerdegegner bringt vor, dass selbst unter der Annahme, dass der Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG nicht erfüllt wäre, dennoch eine Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG vorläge.
- 3.6.8.1. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Nach Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen. Die drei genannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, wobei es zur Rechtfertigung genügt, wenn nur lediglich einer der unter der zweiten Voraussetzung aufgeführten Effizienzgründe gegeben ist. Notwendig im Sinne der ersten Voraussetzung ist eine Abrede, wenn sie verhältnismässig ist, das heisst geeignet und erforderlich erscheint sowie keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zum angestrebten Ziel bewirkt (Zumutbarkeit als Verhältnismässigkeit im engeren Sinne; vgl. BGE 143 II 297 E. 7.1; 147 II 72 E. 7.2; BVGer B-3097/2018 vom 28. November 2023 E.68 f.; vgl. ZÄCH/HEIZMANN, a.a.O. Art. 5 f. KG Rz. 466 ff. m.w.H.).

3.6.8.2. Vorliegend kann auf eine (eingehende) Prüfung verzichtet werden, da schon das Vorliegen des Tatbestandes gemäss Art. 5 Abs. 3 KG in diesem Einzelfall zu bejahen ist. Ergänzend kann festgehalten werden, dass jedenfalls die Ausführungen des Beschwerdegegners in diesem Sinn auch als nachvollziehbar erscheinen, denn mit Blick auf die obigen Erwägungen ergibt sich klar, dass die vorliegende Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Weiter sind keine verhältnismässigen Effizienzgründe ersichtlich. Die Effizienzgründe, die von der Beschwerdeführerin geltend gemacht werden, nämlich, dass die ARGE bei mindestens gleich guter Qualität tiefere Preise offerieren könne als sie dies in alleinigen Eingaben tun würde, sowie, dass durch eine ARGE-Bildung ressourcenintensive Verschiebungen von Personal und Inventar aus anderen Regionen vermieden werden könnten, wurden schon oben behandelt und entkräftet. Die vorliegende Abrede war in diesem Einzelfall demnach unzulässig (vgl. auch BVGer B-3097/2018 vom 28. November 2023 E.70).

3.7. Rechtmässigkeit des Verfahrensabbruchs.

3.7.1. Der Beschwerdegegner meint dazu, dass gemäss Praxis des Verwaltungsgerichts und dem Submissionsrecht, die Beschaffungsstelle nicht dazu gezwungen werden könne, eine Beschaffung vorzunehmen, wenn diese zum Schluss komme, auf die Durchführung des Geschäfts verzichten zu wollen. Der Verzicht müsse aber im öffentlichen Interesse liegen und dürfe somit nicht ohne triftigen Grund erfolgen. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes sei zu verneinen.

3.7.2. In der Replik bringt die Beschwerdeführerin hervor, dass gemäss Verwaltungsgericht den Vergabebehörden zwar ein weites Ermessen zustehe, dieses aber zwei Schranken kenne: für einen Abbruch müssten "sachliche Gründe" vorliegen und der Abbruch könne nicht der gezielten Diskriminierung von Anbietern dienen. Der Abbruch sei nicht

gerechtfertigt, weil die Vergabestelle fälschlicherweise zum Schluss gekommen sei, dass ein Abbruchgrund nach Art. 43 Abs. 1 lit. e IVöB vorliege. Sowohl die Vorinstanz wie auch der Beschwerdegegner würden mehrfach mit blossen Annahmen argumentieren; diese seien namentlich mit dem im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz nicht vereinbar.

- 3.7.3. Gemäss Art. 43 Abs. 1 IVöB kann der Auftraggeber das Vergabeverfahren abbrechen, insbesondere wenn: e) hinreichende Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede unter den Anbietern bestehen. Ein Verfahrensabbruch aus sachlichen Gründen ist in jedem Verfahrensstand möglich. Ein sachlicher Grund liegt vor, wenn für die Vergabestelle die Vorteile eines Abbruchs im Vergleich zu jenen der Weiterführung des Verfahrens überwiegen (vgl. LOCHER, in: TRÜEB [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich, Basel, Genf 2020, Art. 43 Rz. 4 ff.). Art. 43 IVöB lässt für die Zulässigkeit des Abbruchs das Vorliegen hinreichend sachlicher Gründe genügen. Unzulässig ist aber nach wie vor ein grundlos bzw. ohne einen zureichenden sachlichen Grund erfolgter Abbruch eines Submissionsverfahrens. Gemäss Rechtsprechung ist die Vergabestelle zudem vorab gehalten, alternative Handlungsmöglichkeiten zu prüfen und mildere Massnahmen als den Verfahrensabbruch zu erwägen (vgl. BGE 141 II 353, E.6; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WBE.2023.423 vom 12. April 2024 E.3.1; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2015.00365 vom 30. Juli 2015, E.3.4 und 3.5). Mit Verweis auf die vorgängigen Erwägungen ist das Bestehen von hinreichenden Anhaltspunkten, für eine unzulässige Wettbewerbsabrede, zweifelsfrei zu bejahen, womit ein sachlicher Grund für den verfükten Abbruch gegeben und dieser dementsprechend rechtmässig ist. Abschliessend ist auch festzuhalten, dass nicht ersichtlich ist inwiefern die

Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz bzw. des Beschwerdegegners nicht korrekt resp. der Untersuchungsgrundsatz verletzt sein sollte.

- 3.8. Rechtmässigkeit der freihändigen Vergabe.
- 3.8.1. Gemäss Beschwerdegegner seien beiden Anbieterinnen aufgrund des Umstands, dass die Vorinstanz nach wie vor der Ansicht sei, dass die beiden ARGE-Partnerinnen auch in der Lage gewesen wären, alleine ein Angebot einzureichen, jeweils separat zur Offertstellung angefragt worden.
- 3.8.2. Die Beschwerdeführerin bestreitet in ihrer Replik, das Vorliegen der Voraussetzung von Art. 21 Abs. 2 lit. b IVöB.
- 3.8.3. Im freihändigen Verfahren vergibt der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag direkt ohne Ausschreibung. Der Auftraggeber ist berechtigt, Vergleichsofferten einzuholen und Verhandlungen durchzuführen (Art. 21 Abs. 1 IVöB). Der Auftraggeber kann gemäss Art. 21 Abs. 2 IVöB einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn eine der nachstehenden Voraussetzungen erfüllt ist: b) es bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass alle im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren oder im Einladungsverfahren eingegangenen Angebote auf einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beruhen. Dies ist der Fall, wenn eben Submissionsabsprachen unter den Anbietern getroffen wurden oder Anhaltspunkte dafür bestehen. Die Ausnahmegründe sind eher restriktiv zu beurteilen. Die Begründungen der Vergabestellen müssen objektiv und nachvollziehbar sein und eine ausnahmsweise Freihandvergabe zwingend rechtfertigen (vgl. JÄGER, in MÜLLER/FELLER [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2021, S. 911 Rz. 139, 142). Angesichts der obigen Erwägungen bestehen konkret hinreichende Anhaltspunkte, dass alle im offenen Verfahren

eingegangenen Angebote auf einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beruhen. Doch ist die (potentielle) Anwendbarkeit des freihändigen Verfahrens nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens, weshalb offengelassen werden kann, wie im konkreten Fall die Vorinstanz vorzugehen hat.

3.9. Die angefochtene Abbruchverfügung vom 10. Juli 2023 ist somit zu bestätigen, was zur Abweisung der Beschwerde vom 27. Juli 2023 führt.

#### 4. Kosten

4.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten in Anwendung von Art. 73 Abs. 1 VRG zu Lasten der Beschwerdeführerin. Mehrere Parteien tragen ihre Kosten zu gleichen Teilen, soweit die Behörde nichts anderes entscheidet (Art. 73 Abs. 2 VRG). Haben mehrere Beteiligte ein Verfahren gemeinsam verlangt oder veranlasst, haften sie für die Kosten solidarisch, soweit die Behörde nichts anderes entscheidet (Art. 72 Abs. 2 VRG). Vorliegend ging es in der Sache um Strassenbauarbeiten in der Höhe von gerundet CHF 2 Mio. Unter Berücksichtigung der Urteile betreffend Abbruch (vgl. VGU U 20 41: Baumeisterarbeiten rund CHF 2.4 Mio., Staatsgebühr CHF 6'000.00; U 20 22: Baumeisterarbeiten rund CHF 973'000.00; Staatsgebühr CHF 4'000.00; VGU U 20 23: Baumeisterarbeiten rund CHF 925'000.00; Staatsgebühr CHF 4'000.00; VGU U 20 104: Baunebengewerbe rund CHF 193'000.00; Staatsgebühr CHF 2'000.00) und der mittleren Komplexität der Streitsache erscheint dem Gericht hier ermessensweise eine Staatsgebühr von CHF 6'000.00 (zzgl. Kanzleiauslagen) für angemessen und gerechtfertigt.

4.2. Bund, Kanton und Gemeinden sowie mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen wird gemäss Art. 78 Abs. 2 VRG in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen, wenn sie in ihrem amtlichen

Wirkungskreis obsiegen. Davon abzuweichen besteht im vorliegenden Fall kein Anlass.

**III. Demnach erkennt das Gericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten, bestehend aus

- einer Staatsgebühr von	CHF	6'000.00
- und den Kanzleiauslagen von	CHF	1'036.00
zusammen	CHF	<u>7'036.00</u>

gehen je zur Hälfte und unter solidarischer Haftung zulasten der ARGE A. \_\_\_\_\_-Partnerinnen; die Unternehmen B. \_\_\_\_\_ AG und C. \_\_\_\_\_ AG

3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Mitteilungen]