



Urteil vom 11. Oktober 2018

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

Konsortium A._____ -B._____, bestehend aus:

1. **A._____ AG**,

2. **B._____ SA**,

beide vertreten durch Rechtsanwältin Mirjam Barmet,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Swissgrid AG,

vertreten durch Rechtsanwälte

lic. iur. Julia Bhend und/oder MLaw David Dalla Vecchia,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Dienstleistungsvereinbarung 2019 Instandhaltung Unterwerke
und Trassen, Los-Nr. 4: UW02 Romandie,
SIMAP-Meldungsnummer 1026475, SIMAP-Projekt-ID 166222.

Sachverhalt:**A.**

Am 1. Februar 2018 schrieb die Swissgrid AG (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP einen Dienstleistungsauftrag gemäss Gemeinschaftsvokabular CPV 31200000 (Elektrizitätsverteilungs- und -schaltanlagen), 45315300 (Stromversorgungsanlagen), 45315400 (Hochspannungsarbeiten), 50000000 (Reparatur- und Wartungsdienste), 31321100 (Stromfreileitungen) und 44212222 (Elektrizitätsmasten) mit dem Projekttitle "Dienstleistungsvereinbarung 2019 Instandhaltung Unterwerke und Trassen" im offenen Verfahren aus (Ausschreibung, Ziff. 2.2 und 2.4). Gemäss dem detaillierten Aufgabenbeschrieb umfasste die Beschaffung Dienstleistungen für die Inspektion und Wartung sowie die Störungsbehebung inklusive Pikettdienst von Schaltanlagen und Trassen (220 kV und 380 kV) in der Schweiz, aufgeteilt in sechs Lose (drei Trassen und drei Unterwerke):

- Los-Nr. 1: TR07 Gotthardmassiv
- Los-Nr. 2: TR09 Zürich
- Los-Nr. 3: TR12 Südbünden
- Los-Nr. 4: UW02 Romandie
- Los-Nr. 5: UW03 Berner Oberland
- Los-Nr. 6: UW07 Zentralschweiz

In der Verfahrensanweisung zur Ausschreibung VAA (im Folgenden: Verfahrensanweisung), unter dem Titel "Gesamtwirtschaftlichkeit" (Ziff. 3.8.8), sah die Vergabestelle weiter folgende Losbeschränkung vor:

"Ein Anbieter kann nur für eine maximale Anzahl Lose den Zuschlag erhalten. Diese maximale Anzahl Lose beträgt für die Instandhaltung von Trassen 2 und für die Instandhaltung von Unterwerken ebenfalls 2. Das heisst ein Anbieter kann insgesamt höchstens für 4 Lose einen Zuschlag erhalten. Wenn ein Anbieter bei mehr als der maximalen Anzahl Lose am meisten Punkte erreicht (d.h. auf Rang 1 liegt), werden diese Lose – sowohl für Trassen als auch für Unterwerke – nach folgenden Regeln an die Anbieter vergeben:

Regel 1:

Der Anbieter, der bei mehr als der maximalen Anzahl Lose auf Rang 1 liegt, bekommt den Zuschlag für jene zwei (Instandhaltung Unterwerke) oder zwei (Instandhaltung Trassen) Lose, für die er am meisten Punkte erhalten hat. Für die übrigen Lose erhält er keinen Zuschlag.

Ausnahme zu Regel 1:

Wenn für ein Los nur ein Angebot eingegangen ist, erhält der Anbieter den Zuschlag für dieses Los, auch wenn er gemäss Regel 1 schon den Zuschlag für 2 andere Lose erhalten hat.

Regel 2:

Können die Zuschläge für die Lose nicht gemäss Regel 1 erteilt werden, da der Anbieter, der bei mehr als der maximalen Anzahl Lose auf Rang 1 liegt, für zwei dieser Lose die gleiche Punktzahl erreicht hat, erhält er den Zuschlag für jenes Los, bei dem die Preisdifferenz zum jeweils zweitplatzierten Anbieter am grössten ist."

Die Losbegrenzung wird auch in Ziffer 2.7 der Verfahrensanweisung erwähnt.

B.

Für das Los-Nr. 4: UW02 Romandie, gingen in der Folge drei Angebote ein, darunter dasjenige des Konsortiums A._____-B._____. (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen), bestehend aus der A._____. AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin 1), und der B._____. SA (im Folgenden: Beschwerdeführerin 2).

In der Gesamtbewertung erzielte das Angebot der Beschwerdeführerinnen insgesamt 457 von maximal 500 Punkten und lag damit auf Rang 1. Das Angebot im zweiten Rang erreichte 431 Punkte.

C.

Die Vergabestelle teilte den Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 19. Juni 2018 mit, dass ihnen der Auftrag für das Los UW02 Romandie aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen definierten Losbeschränkung nicht vergeben werden könne. Zwar liege ihr Angebot für das betreffende Los vorne, indessen sei es dieses Jahr negativ von der Losbeschränkung betroffen. Jeder Konsortialpartner müsse die allgemeinen Grundvoraussetzungen einzeln erfüllen. Nach Bewertung aller Angebote lägen die Angebote des Konsortialpartners A._____. bei den Unterwerken bei zwei weiteren Losen vorne. Die Angebote für diese beiden Lose hätten mehr Punkte erreichen können als dasjenige im Konsortium für das Los UW02 Romandie.

D.

Gleichentags erteilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin 1 den Zuschlag für das Los TR07 Gotthardmassiv, das Los TR09 Zürich, das Los UW03 Berner Oberland und das Los UW07 Zentralschweiz.

E.

Am 20. Juni 2018 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 1026475), dass sie beim Los UW02 Romandie am 19. Juni 2018 den Zuschlag an das Konsortium Y._____/Z._____, bestehend aus

Y. _____ SA und Z. _____ SA (im Folgenden: Zuschlagsempfängerinnen), zum Preis von Fr. 1'266'636.70 (exkl. MWSt.) erteilt habe. Unter den sonstigen Angaben führte die Vergabestelle an: "Zuschlag nach Losbegrenzung".

F.

Mit Eingabe vom 10. Juli 2018 erheben die Beschwerdeführerinnen gegen diesen Zuschlag Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellen die folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Es sei der Zuschlagsentscheid der Vorinstanz an die Zuschlagsempfängerinnen vom 20. Juni 2018 aufzuheben, und es sei den Beschwerdeführerinnen der Zuschlag zu erteilen;
2. Eventualiter sei der Zuschlagsentscheid an die Zuschlagsempfängerinnen vom 20. Juni 2018 aufzuheben und die Sache mit Weisungen zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Vorinstanz."

Die Beschwerdeführerinnen stellen ferner die folgenden prozessualen Anträge:

- "1. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Vorinstanz, zu erteilen;
2. Es sei den Beschwerdeführerinnen Einsicht in die relevanten Akten des Beschaffungsverfahrens, namentlich in den Evaluationsbericht, zu gewähren."

Die Beschwerdeführerinnen führen aus, die Vergabestelle habe ihren Zuschlagsentscheid damit begründet, dass die Beschwerdeführerinnen negativ von der Losbeschränkung betroffen seien, da sich eine der Konsortialpartnerinnen – die Beschwerdeführerin 1 – in derselben Ausschreibung ebenfalls beworben habe und als Einzelanbieterin bereits die maximale Anzahl Lose erhalten habe. Entgegen der Behauptung der Vergabestelle treffe dies aber nicht zu, denn die Bietergemeinschaft habe lediglich ein einziges Angebot eingereicht und deshalb die maximale Anzahl Lose gar nicht ausschöpfen können. Weil das Angebot der Beschwerdeführerinnen als Konsortium als das wirtschaftlich günstigste Angebot der insgesamt drei Angebote aus dem Wettbewerb hervorgegangen sei, hätte der Zuschlag an sie erteilt werden müssen. Ihnen den Zuschlag zu verweigern, komme einer Einschränkung von Bietergemeinschaften gleich. Eine solche

Einschränkung müsse sachlich begründet sein und hätte schon im Zeitpunkt der Ausschreibung kommuniziert werden müssen. Die Losbeschränkung, wie sie die Vergabestelle vorgenommen habe, sei ohne sachlichen Grund erfolgt, was das Transparenzgebot verletze. Indem die Vergabestelle die Losbeschränkung auch auf das Konsortium ausgedehnt habe, habe sie überdies das Gleichbehandlungsgebot verletzt. Die erst im Nachhinein erarbeitete Definition des Anbieterbegriffs für die Zwecke der Losbeschränkung verletze ausserdem Art. 21 VöB, welcher die Einschränkung von Bietergemeinschaften nur aus sachlichen Gründen und nur im Rahmen, wie sie vorab kommuniziert worden sei, zulasse. Durch die unterbliebene Kommunikation sei ebenfalls das Transparenzgebot verletzt worden. Dadurch, dass der Anbieterbegriff einzig für die Zwecke der Losbeschränkung abweichend anders definiert worden sei, sei sodann das Gleichbehandlungsgebot verletzt.

In Bezug auf ihren Antrag auf aufschiebende Wirkung führen die Beschwerdeführerinnen aus, ihre Beschwerde sei nicht offensichtlich unbegründet und ihre Interessen an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung überwögen klar die öffentlichen Interessen der Vergabestelle an der planmässigen Weiterführung der Wartungsarbeiten an den von Los UW02 Romandie betroffenen Unterwerken.

G.

Mit Eingabe vom 25./30. Juli 2018 verzichteten die Zuschlagsempfängerinnen auf Parteistellung.

H.

Die Vergabestelle reicht innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 9. August 2018 eine Stellungnahme ein mit folgenden Anträgen:

1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die superprovisorischen Anordnungen gemäss Zwischenverfügung vom 11. Juli 2018 seien aufzuheben.

Eventualiter. Der Vergabestelle sei einstweilen zu gestatten, Leistungen für das Los UW02 Romandie während der Dauer des Beschwerdeverfahrens bei der Zuschlagsempfängerin gemäss dem angefochtenen Zuschlag zu beziehen.

3. Den Beschwerdeführerinnen sei keine Einsicht in die im Aktenverzeichnis (separate Eingabe) und im Beilagenverzeichnis speziell gekennzeichneten Unterlagen zu gewähren. Vor Gewährung einer weitergehenden Akteneinsicht

sei der Vergabestelle Gelegenheit zu geben, zum Umfang der Akteneinsicht detailliert Stellung zu nehmen.

4. Es sei ohne weiteren Schriftenwechsel über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden.

Zur Begründung führt sie aus, die ausgeschriebenen Leistungen sollten ab 1. Januar 2019 von den Zuschlagsempfängerinnen erbracht werden, wobei einzelne Trassen und Unterwerke erst ab 1. Januar 2020 an die neuen Auftragnehmer (sogenannte Netzanlagebetreuer) übergeben würden. Sie betreibe eine hochkritische nationale Infrastruktur. Die ausgeschriebenen Dienstleistungen umfassten deren Instandhaltung, einschliesslich Pikettendienste und Notfalleinsätze bei Störungen. Um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten, müsse die kurzfristige Einsatzbereitschaft bei einem Ausfall oder Schwierigkeiten eines Anbieters sichergestellt werden. Dies sei nur möglich, wenn die wirtschaftlichen und betrieblichen Risiken auf mehrere Dienstleister verteilt würden. Der potentielle Anbieterkreis sei überschaubar, was auch daran ersichtlich sei, dass es pro Los nur zwei bis vier Angebote gegeben habe. Es handle sich auch darum um einen kleinen, beschränkten Markt, weil es nur eine Betreiberin des Höchstspannungsnetzes in der Schweiz gebe. Eine weitere Konzentration des bereits kleinen Anbietermarkts durch Verlust von potentiellen Anbietern müsse daher vermieden werden. Die Vergabestelle würde sich durch die Abhängigkeit von ganz wenigen oder gar nur einem Anbieter einem nicht tragbaren Klumpenrisiko aussetzen, das mit dem öffentlichen Interesse an der Instandhaltung dieser für die Versorgungssicherheit der Schweiz kritischen Infrastruktur nicht vereinbar wäre. Um die Versorgungssicherheit kurz- und längerfristig zu gewährleisten, habe sie daher die Instandhaltungsarbeiten je für Trassen und für Unterwerke in verschiedene Lose aufgeteilt und bestimmt, dass ein Anbieter nicht alle Lose für die Trassen und nicht alle Lose für die Unterwerke erhalten könne, sondern nur eine bestimmte maximale Anzahl. Erreiche ein Anbieter in der Evaluation das beste Ergebnis in mehr als einer erlaubten Anzahl Lose, werde der Zuschlag gemäss den bekannt gegebenen Regeln dem Zweitplatzierten erteilt. In der vorliegenden Ausschreibung habe die Beschwerdeführerin 1 nebst dem Angebot für Los UW02 Romandie im Konsortium mit der Beschwerdeführerin 2 auch vier Angebote allein eingereicht, nämlich je ein Angebot für die Lose UW03 und UW07 sowie zwei weitere für Trassen-Lose. Nach der Evaluation der Angebote sei die Beschwerdeführerin 1 bei den Unterwerken bei zwei Losen auf dem ersten Platz gelegen und überdies im dritten Los (UW02) als Anbieterin in der Bietergemeinschaft mit der Beschwerdeführerin 2 auch auf dem ersten Platz. Da die Beschwerdeführerin 1 damit bei drei Losen auf

dem ersten Platz rangiert habe, habe sie den Zuschlag für diejenigen beiden Lose erhalten, in denen ihre Angebote den höchsten Punkteabstand und die grösste Preisdifferenz zu den Zweitplatzierten aufgewiesen habe. Die Losbeschränkung habe auch auf das Konsortium der Beschwerdeführerinnen angewendet werden müssen, denn das Konsortium aus den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 könnte nicht als ein von der Beschwerdeführerin 1 unterschiedlicher Anbieter betrachtet werden. Der Beschwerdeführerin 1 komme klar die dominierende Rolle zu. Sie sei Konsortialführerin und trete als primäre Ansprechpartnerin auf. Ihr Beitragsanteil stehe im Vordergrund. Der Beitrag der Beschwerdeführerin 2 dagegen sei unklar und auf jeden Fall von untergeordneter Bedeutung. Unter diesen Umständen sei die Vergabestelle nicht umhin gekommen, das Angebot der Beschwerdeführerinnen als Konsortium als weiteres Angebot der Beschwerdeführerin 1 anzusehen. Andernfalls könnten die Regeln zur Losbeschränkung einfach umgangen werden, indem sich ein Anbieter ein zweites Unternehmen als Konsortialpartner ins Boot hole, obwohl dieses für die Leistungserbringung keinen wesentlichen Beitrag erbringe.

Die Beschwerde sei damit offensichtlich unbegründet und ohne Aussicht auf Erfolg. Ausserdem wögen die Interessen der Vergabestelle und das öffentliche Interesse an der nahtlosen Instandhaltung ihrer Anlage schwer.

I.

Mit Eingaben vom 13. und 28. August 2018 halten die Beschwerdeführerinnen an ihren Rechtsbegehren fest und beantragen, eventualiter sei der Auftrag für die Dauer des Verfahrens ihnen zu belassen und vor dem Entscheid über die Verweigerung beziehungsweise Einschränkung der Einsicht in die Verfahrensakten sei ihnen gesondert Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.

Sie kritisieren insbesondere, dass die Ausführungen der Vergabestelle, wonach das Konsortium klar von der Beschwerdeführerin 1 dominiert würde, weshalb das Angebot des Konsortiums "als weiteres Angebot der Beschwerdeführerin 1 anzusehen" sei, sich auf unvollständige Tatsachendarstellungen stützten. Auch sei der Sachverhalt hinsichtlich der Vorbringen, wonach die Beschwerde verspätet und in treuwidriger Weise erfolge, nicht so einfach. Unrichtig sei auch die Behauptung, die Losbeschränkung habe gar nicht falsch verstanden werden können, weil die Beschwerdeführerinnen im Jahr zuvor von ebendieser Losbeschränkung profitiert hätten. Es habe weder in der Ausschreibung Dienstleistungsvereinbarung (im Folgenden: DLV) 2018 noch in der vorliegenden DLV 2019 Einschränkungen mit

Bezug auf Bietergemeinschaften oder Vorschriften betreffend deren Zusammensetzung oder interner Aufgabenverteilung gegeben. Bestritten werde, dass die Beschwerdeführerinnen eine Bietergemeinschaft zum Zweck der Umgehung der Losbeschränkung gebildet hätten. Es bestehe kein öffentliches Interesse daran, dass die Leistungen ohne Verzug gemäss dem vorgesehenen Zeitplan den Zuschlagsempfängerinnen übergeben würden. Ein Versorgungsrisiko lasse sich im Notfall durch eine einstweilige Vergabe des Auftrags an die Beschwerdeführerinnen abwenden, die schon vor Ort seien, das betreffende Los kennen würden und den Betrieb einfach weiterführen können.

J.

Mit Verfügung vom 29. August 2018 schloss die Instruktionsrichterin nicht aus, dass das Bundesverwaltungsgericht direkt einen Endentscheid fällen werde. Weiter teilte sie mit, es sei zur Zeit nicht geplant, den Beschwerdeführerinnen weitere Akteneinsicht zu gewähren, und stellte es ihnen frei, zur Frage der Akteneinsicht eine Stellungnahme einzureichen.

K.

Mit Eingabe vom 3. September 2018 verzichteten die Beschwerdeführerinnen auf eine derartige Stellungnahme.

L.

Die Vergabestelle teilt mit Eingabe vom 5. September 2018 mit, dass sie auf eine Stellungnahme zu den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen in der Eingabe vom 28. August 2018 verzichte, sowie, dass sie die vom Gericht geäusserte Absicht, direkt einen Endentscheid zu fällen, begrüsse.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 25. November 2008 bzw. BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1, m.H. "Hörgeräte").

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwen-

dungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056) fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

1.2 Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H. "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

1.3 Die Vergabestelle untersteht aufgrund ihrer schweizweiten Tätigkeit dem Bundesvergaberecht (Art. 2 Abs. 2 BöB und Art. 2a Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. c der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]). Weil sie mindestens zur Mehrheit in öffentlichem Besitz steht, im öffentlichen Interesse gegründet wurde und kaum im engeren Sinn kommerziell tätig ist, da sie keiner Konkurrenz unterliegt, ist sie wahrscheinlich als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Anhang I Annex 3 Anmerkung 2 GPA zu qualifizieren (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts [im Folgenden: BEYELER, Geltungsanspruch], 2012, Rz. 544). Daher untersteht die Vergabestelle nicht (bloss) dem Auffangtatbestand für private Elektrizitätsunternehmen gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. f des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68), sondern dem Anhang I Annex 3 Ziffer II GPA, der die Stromproduktion, den Stromtransport und die Stromverteilung erfasst (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 162 m.H.).

1.4 Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung von einem Dienstleistungsauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. Anders als Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen nach

GPA (vgl. Anhang I Annex 4) eine sogenannte Positivliste (so auch der Anhang 1a VöB]). Entsprechend verweist Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB auf den Anhang I Annex 4 GPA. Nur Dienstleistungen, die auf dieser Positivliste aufgeführt sind, unterstehen den Staatsverträgen und damit dem BöB. In Ziffer 2.1 der Ausschreibung wies die Vergabestelle die Beschaffung der "Dienstleistungskategorie CPC: [1] Instandhaltung und Reparatur" zu. Gemäss Anhang 1a zur VöB entspricht Ziffer "1. Instandhaltung (Wartung, Inspektion, Instandsetzung)" den provCPC-Referenznummern 6112, 6122, 633, 886 (ebenso Anhang I Annex 4 GPA: "Services d'entretien et de réparation CPC 6112, 6122, 633, 886 "). Der Beschaffungsgegenstand fällt damit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

1.5 Weil die Vergabestelle dem Anhang I Annex 3 Ziffer II GPA untersteht, hat sie die (tieferen) Schwellenwerte gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 BöB beziehungsweise der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 (SWV; SR 172.056.12) zu beachten und nicht diejenigen gemäss Art. 2a Abs. 3 Bst. c VöB (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 162; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 544). In Anbetracht des in Ziffer 3.2 der Zuschlagsverfügung publizierten Preises von Fr. 1'266'636.70 (exkl. MWST) ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass der massgebliche Schwellenwert von Fr. 700'000.– erreicht wird. In Fällen, in welchen ein Auftrag in Lose aufgeteilt wird, ist die Gesamtheit dieser Lose für die Berechnung des Auftragswerts massgebend und sind Optionen auf Folgeaufträge einzurechnen; ferner bestimmt sich der Auftragswert bei mehrjährigen Verträgen nach dem Gesamtwert (CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Auftragswert und Vergabeverfahren, Kriterium Nr. 37, Mai 2014 S. 1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 312 ff.). Vorliegend übersteigt bereits der Preis des berücksichtigten Angebots für Los 4 zweifelsfrei den Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen nach Art. 6 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziff. 1 SWV.

1.6 Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht.

1.7 Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

1.8 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

1.9 Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

Die Beschwerdeführerinnen sind formell beschwert, denn sie haben am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie sind durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil der Zuschlag nicht ihnen erteilt wurde.

Die Beschwerdeführerinnen haben beim Los UW02 unbestrittenermassen das am besten bewertete Angebot eingereicht. Sie haben den Zuschlag nur deshalb nicht erhalten, weil die Vergabestelle aufgrund der von ihr in Ziffer 3.8.8 der Verfahrensanweisung verankerten Regeln zur Losbeschränkung nur die beiden besten Angebote der Beschwerdeführerin 1 für Unterwerke berücksichtigt hat. Die Beschwerdeführerinnen rügen eine sachlich nicht begründete und unverhältnismässige und zudem nachträglich vorgenommene Losabschottung, die zu einem unzulässigen Eingriff in den Anbieterwettbewerb geführt habe. Weil das Angebot der Beschwerdeführerinnen als Konsortium als das wirtschaftlich günstigste Angebot für das Los UW02 Romandie aus dem Wettbewerb hervorgegangen sei, sei der Zuschlag aufzuheben und ihnen selbst zu erteilen. Würde der Auffassung der Beschwerdeführerinnen gefolgt, wonach die Vergabestelle eine unzulässige nachträgliche Einschränkung von Bietergemeinschaften vorgenommen habe und das Angebot der Beschwerdeführerinnen für das Los UW02 berücksichtigt werden müsste, hätten die Beschwerdeführerinnen offensichtlich reelle Chancen, selbst den Zuschlag zu erhalten. Demgemäss sind die Beschwerdeführerinnen zur Beschwerde legitimiert.

1.10 Die Beschwerde wurde zudem frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.11 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die von der Vergabestelle vorgenommene Losbeschränkung sei unzulässig.

Die Vergabestelle erachtet diese Rüge als verwirkt. Die Beschwerdeführerinnen hätten gewusst, welche Bedeutung die Losbeschränkung habe, bevor sie ihr Angebot beziehungsweise ihre Angebote eingereicht hätten. Weder die Beschwerdeführerinnen noch einer der übrigen Anbieter hätten im vorliegenden Ausschreibungsverfahren eine Frage gestellt oder die Ausschreibung in Frage gestellt. Die Beschwerdeführerinnen hätten die Losbeschränkung nicht falsch verstehen können, da sie im Vorjahr von der Losbeschränkung profitiert hätten. Es verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, dass sie die Losbeschränkung erst in einer Beschwerde gegen den Zuschlag als unzulässig rügten.

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, dass ihre Rüge verspätet und in treuwidriger Weise erfolgt sei. Es treffe nicht zu, dass sie die Losbeschränkung gar nicht hätten falsch verstehen können. Die Vergabestelle selber habe sogar selbst zunächst eingehende Abklärungen treffen müssen, um genau diese Frage für sich zu beantworten. Der Sachverhalt in der DLV 2018 sei mit dem vorliegenden nicht identisch, da in der DLV 2018 die Auslegung von Bestimmungen zu Bietergemeinschaften nicht zur Diskussion gestanden habe. Die Beschwerdeführerinnen hätten sich schon damals als Konsortium um Zuschlüsse beworben. Damals wie in der aktuellen Ausschreibung habe niemand gefragt, wer welchen Part im Konsortium einnehme. Bietergemeinschaften hätten bisher keinen Grund gehabt anzunehmen, dass eine Einschränkung für sie bestehe. Die Vergabestelle habe die Vorschrift erst geschaffen, als die Angebote schon eingegangen seien.

2.1 Nicht nur der Zuschlag, sondern auch bereits die Ausschreibung sind selbstständig anfechtbare Verfügungen (Art. 29 Bst. b BöB). Wird die Ausschreibung nicht angefochten, erwächst sie in Rechtskraft, so dass Einwände dagegen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Zuschlag grundsätzlich nicht mehr gehört werden können, soweit

Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (BVGE 2014/14 E. 4.4 "Suchsystem Bund"; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 10.1.1 "Bahnstromversorgungsanlagen"; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.4.4 "Umnutzung Bundesarchiv"; Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich"; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold et alii [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, 2008, S. 405 ff., insb. S. 412 m.H.). Dagegen sind behauptete Mängel der Ausschreibungsunterlagen nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 1.1, auszugsweise publiziert in BVGE 2018 IV/2, nicht publizierte E. 1.1 "Produkte zur Innenreinigung I"; Urteil des BVGer B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 3.1 "Signalisation"; Zwischenentscheid des BVGer B-1172/2011 vom 31. März 2013 E. 4.2.2 m.H. "Kommunikationsnetzwerke Nationalstrassen"; BVGE 2014/14 E.4.4 "Suchsystem Bund"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1254).

Bisher kennen weder das Vergaberecht des Bundes noch die bisherige Rechtsprechung dazu einen allgemeinen, aus Treu und Glauben abgeleiteten Grundsatz, wonach jeder Verfahrensfehler von am Vergabeverfahren teilnehmenden Anbieterinnen unmittelbar zu rügen ist. Es ergibt sich daher nicht schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass eine "verspätete", also gegenüber der Vergabestelle nicht erhobene Rüge – unabhängig von ihrer Art – offensichtlich verwirkt wäre (Urteil des BVGer B-1358/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.1 m.H. "Progetto ferroviario: prolungamento 'binario 36'"; Zwischenentscheid des BVGer B-1172/2011 vom 31. März 2013 E. 4.2.2 m.H. "Kommunikationsnetzwerke Nationalstrassen").

2.2 Vorliegend war die fragliche Losbeschränkung unbestrittenermassen nicht in der Ausschreibung vom 1. Februar 2018 enthalten, sondern lediglich in den Ausschreibungsunterlagen. Sie ist daher weder in Rechtskraft erwachsen, noch sind die dagegen gerichteten Rügen der Beschwerdeführerinnen aus Gründen von Treu und Glauben verwirkt.

3.

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Losbeschränkung sei unzulässig, weil die damit verfolgten Ziele vergabefremd seien. Die Beschränkung führe dazu, dass ein Anbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag nur deshalb nicht erhalte, weil er auch mit Bezug auf andere Lose das wirtschaftlich günstigste Angebot habe einreichen können. Auch gemäss den Lehrmeinungen komme dem Institut der Losbeschränkung der Charakter einer ultima ratio zu. Sie sei nur zulässig, wenn die Voraussetzungen eines überwiegenden öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Wahrung vergaberechtlicher Grundsätze erfüllt seien. Nicht bloss die Losbeschränkung selbst, sondern auch deren Begründung im Einzelfall sei in der Ausschreibung bekannt zu geben. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht gegeben. Die sicherheitsrelevanten Bedürfnisse seien auf Stufe Eignungs- oder Zuschlagskriterien zu adressieren. Interventionszeiten oder lokale Präsenz könnten mit Eignungskriterien, wie sie die Ausschreibung vorgesehen habe, oder mit einer Konventionalstrafe sichergestellt werden. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sei verletzt, weil der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerinnen erteilt worden sei, obwohl die Beschwerdeführerinnen das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hätten. Von der Losbeschränkung sei gerade aus Gründen der Stärkung des Wettbewerbs nur als ultima ratio Gebrauch zu machen, wenn mildere Massnahmen nicht genügten. Ob diese Voraussetzung gegeben sei, sei aber völlig offen.

Die Vergabestelle macht dagegen geltend, die Losbeschränkung sei sachlich geboten gewesen und aus wichtigen öffentlichen Interessen erfolgt, nämlich zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit und um eine weitere Konzentration des bereits kleinen Anbietermarkts zu verhindern. Unzutreffend sei auch die Auffassung der Beschwerdeführerinnen, dass die Gründe für die Losbeschränkung in den Ausschreibungsunterlagen dargelegt werden müssten.

3.1 Teilt die Auftraggeberin die zu beschaffenden Leistungen in Teilleistungen (Lose) auf, so kann sie festlegen, dass ein einzelner Anbieter nur eine beschränkte Anzahl Lose erhalten kann. Sie kündigt dies in der Ausschreibung an (Art. 21 Abs. 1^{bis} Böb).

3.2 Der Wortlaut dieser Bestimmung erscheint klar in dem Sinn, dass es im Ermessen der Vergabestelle steht, eine Losbeschränkung vorzusehen. Anhaltspunkte dafür, dass sie dies nur unter bestimmten, insbesondere den von den Beschwerdeführerinnen postulierten Voraussetzungen tun

dürfte, können dem Wortlaut selbst nicht entnommen werden. Ebenso wenig geht aus dem Wortlaut hervor, dass sie die Gründe für ihren Entscheid anlässlich der Ausschreibung darzulegen hätte.

3.3 Artikel 21 Abs. 1^{bis} BöB wurde im Rahmen der 6. IV-Revision (erstes Massnahmenpaket) geschaffen und ist seit dem 1. Januar 2012 in Kraft (AS 2011 5659). In der Botschaft vom 24. Februar 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (im Folgenden: Botschaft 6. IV-Revision) erklärte der Bundesrat die Gründe für die Schaffung von Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB damit, dass die Auftraggeberin insbesondere dann, wenn sie dadurch ihre Abhängigkeit von gewissen Anbieterinnen verringern wolle, die Beschaffung auch unter mehreren Anbieterinnen aufteilen könne. In diesem Fall habe sie dies aus Gründen der Transparenz im Voraus bekannt zu geben, damit die Anbieterinnen beim Erstellen ihrer Angebote dieser Tatsache angemessen Rechnung tragen könnten (Botschaft 6. IV-Revision, BBl 2010 1817, 1913). Mit der Botschaft hat der Bundesrat auch zwei Motionen, mit welchen mehr Wettbewerb bei der Beschaffung von IV-Hilfsmitteln (Motion Walter Müller, 05.3154) respektive mehr Wettbewerb statt Staatseingriffe im Hörgerätemarkt (Motion Germann, 09.3156) gefordert wurden, umgesetzt.

Die historische Auslegung ergibt somit einen Hinweis auf den Sinn und Zweck von Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB, stützt aber die Auffassung der Beschwerdeführerinnen, dass eine Losbeschränkung nur zulässig sei, wenn die Voraussetzungen eines überwiegenden öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Wahrung vergaberechtlicher Grundsätze erfüllt seien und wenn nicht bloss die Losbeschränkung selbst, sondern auch deren Begründung in der Ausschreibung bekannt gegeben worden sei, nicht.

3.4 Die Auffassung der Beschwerdeführerinnen findet indessen eine gewisse Stütze in der Lehre. So bezweifelt BEYELER, dass eine Losbegrenzung gemäss Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB stets unter der einzigen Voraussetzung zulässig sei, dass sie in der Ausschreibung bekanntgegeben werde. Es wird eingewendet, dass eine Ausschreibungsregel, wonach ein bestimmtes Unternehmen a priori nur eine begrenzte Zahl unter allen infrage stehenden Losen erhalten könne, selbst wenn es in weiteren Losen am günstigsten böte, nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sei. Sämtliche Bestimmungen des BöB, gerade auch Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB, seien im Lichte von Art. 1 BöB zu lesen. Nur wichtige öffentliche Interessen, die allein über die sorgfältig definierten Spezifikationen und eine strenge Eignungsprüfung nicht hinreichend abgesichert werden könnten, wie insbesondere die

Liefersicherheit bei einem aus wichtigen Gründen stets benötigten Produkt, würden einen tauglichen Grund für eine Loslimitierung darstellen, falls durch diese bewirkt werde, dass ein Lieferengpass oder Lieferantenausfall rascher oder besser überwunden werden könnte. (MARTIN BEYELER, Bau-recht 4/2012 [im Folgenden: BEYELER, BR], S. 269). Demnach sei insbesondere dann, wenn gewichtige Sicherheits- und Risikoüberlegungen im Dienste des öffentlichen Interesses eine Verteilung des Vorhabens auf die Schultern mehrerer Leistungserbringer erforderten, eine Losbeschränkung aus wichtigen Gründen zulässig (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2117 m.H.). Sodann könne sich eine Losabschottung zum Schutz des Wettbewerbs rechtfertigen, wenn in einem konkreten Fall der Wettbewerb unmittelbar vor dem Erlöschen stünde, falls (nur) einem bestimmten Bieter vergeben würde, so dass hierdurch künftiger Wettbewerb auf absehbare Zeit faktisch verunmöglicht wäre. Demgegenüber sei die Erschwerung beziehungsweise Verhinderung von Marktkonzentrationen, Oligopolen und Monopolen grundsätzlich kein Ziel, das im Rahmen von öffentlichen Vergabeverfahren verfolgt werden dürfte, da die Marktgestaltung aus vergaberechtlicher Sicht dem Wettbewerb überlassen werden müsse und die Verhinderung von schädlichen Konzentrationen den Wettbewerbsaufsichtsbehörden zustehe (BEYELER, BR, a.a.O., S. 269). Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB erlaube somit ungeachtet seines "etwas sehr offenen Wortlauts" keineswegs freie Losabschottungen, sondern nur solche, die sich auf wichtige, im Geschäft oder im Marktumfeld, in dem es stattfindet, liegende Gründe stützen könnten (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2134 Fn. 2000).

Andernorts wird darauf hingewiesen, dass sich die Bestimmung zur Losbeschränkung zwar in Art. 21 BöB mit dem Randtitel "Zuschlagskriterien" finde, dass es sich aber nicht um ein zusätzliches Zuschlagskriterium, sondern um eine Kompetenzeinräumung an die Vergabestelle handle, mit welcher diese das Evaluationsergebnis gemäss Zuschlagskriterienkatalog aushebeln könne. Insofern habe die Regelung von Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB eine vergabefremde Zielsetzung. Sie stelle einen Eingriff in die Marktstruktur dar, solle doch die Vergabestelle nach dieser Bestimmung einen Anbieter vom Erhalt weiterer Lose, unabhängig vom Inhalt seiner Offerte, ausschliessen können. Daher habe die Vergabestelle bei der Anwendung der Bestimmung dies einlässlich zu begründen, um die Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB inhärente Missbrauchsgefahr einzudämmen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 840).

In Rahmen der Vernehmlassung zum Vorentwurf zu einer Totalrevision des BöB, in dem eine vergleichbare Bestimmung zur Losbeschränkung enthalten ist (Art. 32 Abs. 3 VE BöB, BBI 2017 2005, 2021), äusserten sich Vertreter der Lehre zugunsten einer restriktiven Anwendung von Losbeschränkungen. Es wurde beantragt, die Auftraggeberin müsse die zahlenmässige Beschränkung der Lose mit zureichenden Gründen stützen können (M. Beyeler), sowie, die Voraussetzungen für die Ausnahme, wonach die Auftraggeberin die Zuschlagserteilung auf eine bestimmte Anzahl Lose pro Anbieterin beschränken könne (und damit in den Markt eingreife), seien restriktiv festzulegen und so zu handhaben. Die Bestimmung von Art. 32 Abs. 3 VE BöB sei insofern anzupassen, als die Vergabestelle "in begründeten Ausnahmefällen" festlegen könne, dass eine einzelne Anbieterin nur eine beschränkte Anzahl Lose erhalten könne (C. Schneider Heusi) (Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Bericht vom 23. November 2016 über die Vernehmlassungsergebnisse zur Revision des Bundesgesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB/VöB] sowie der Verordnung über die Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen [SWV], Ziff. 5.6.7 S. 48).

3.5 Der teilweise vertretenen Auffassung, dass Loslimitierungen vergabe-rechtswidrig seien beziehungsweise in Widerspruch zum Zweckartikel von Art. 1 BöB stünden, kann nur bedingt gefolgt werden. Art. 1 BöB nennt als Zweck, das Vergabeverfahren zu regeln und transparent zu gestalten, den Wettbewerb unter den Anbietern zu stärken und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern (Art. 1 Abs. 1 BöB). Auch soll die Gleichbehandlung aller Anbieter gewährleistet werden (Art. 1 Abs. 2 BöB). Diese Gesetzeszwecke stehen einerseits in einem engen Bezug zueinander, können aber auch im Sinne von Zielkonflikten in einem Spannungs-verhältnis stehen. Dabei ist davon auszugehen, dass das Gesetz keine Rangfolge festlegt und die Ziele daher gleichwertig sind (BVGE 2017/IV/4 E. 4.7.3 m.H.).

Soweit eine Vergabestelle einen Beschaffungsgegenstand in Lose aufteilen und die Lose limitieren will, um mittel- oder langfristig sicherzustellen, dass sie weiterhin in echtem Wettbewerb – und damit günstiger – beschaffen kann, verfolgt sie damit nicht nur das Ziel einer Stärkung des Wettbewerbs auf ihrem eigenen Anbietermarkt, sondern insbesondere auch das Ziel eines wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel, nur eben nicht lediglich kurzfristig auf die konkrete Beschaffung beschränkt, sondern mittel- oder langfristig im Hinblick auch auf ihre künftigen Beschaffungen.

Wenn eine Vergabestelle eine Loslimitierung auf Gründe der Versorgungssicherheit und der Minimierung des Ausfallrisikos abstützt, geht es sachverhaltlich darum, dass sie sich einen wirksamen Wettbewerb auf ihrem Anbietermarkt erhalten will, um gegebenenfalls zeitnah und kostengünstig eine Ersatzbeschaffung bei einem anderen Anbieter vornehmen zu können. Auch diese Begründung für eine Loslimitierung ist daher nicht vergabefremd, sondern entspricht den Gesetzeszwecken der Stärkung des Anbieterwettbewerbs und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel.

Die teleologische Auslegung führt daher zum Schluss, dass eine Loslimitierung, die dem Zweck der mittel- und langfristigen Sicherstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung oder Ersatzbeschaffung in einem von hinreichendem Wettbewerb geprägten Anbietermarkt dient, nicht als vergabefremd beziehungsweise als in Widerspruch mit Art. 1 BöB einzustufen ist.

3.6 In systematischer Hinsicht zu berücksichtigen ist, dass Bundesgesetze und Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden massgebend sind (Art. 190 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]).

Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB ist eine Bestimmung in einem derartigen Bundesgesetz. Die Beschwerdeführerinnen behaupten, wie dargelegt, implizit, dass diese Bestimmung vergabefremd beziehungsweise in Widerspruch zum Zweckartikel (Art. 1 BöB) stehe. Nach dem Gesagten ist dies jedenfalls dann nicht der Fall, wenn eine Loslimitierung dem Zweck der mittel- und langfristigen Sicherstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung oder Ersatzbeschaffung in einem von hinreichendem Wettbewerb geprägten Anbietermarkt dient. Inwiefern bei einer anderen Begründung ein Widerspruch bestehen könnte und welche Konsequenzen sich aus einem derartigen Widerspruch für die Auslegung von Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB ergeben könnten, kann im vorliegenden Fall offen gelassen werden.

Hingegen ist zu berücksichtigen, dass die vorliegende Beschaffungssache dem GPA und damit einem völkerrechtlichen Vertrag unterliegt. Weder Art. 190 BV noch Art. 5 Abs. 4 BV stellen eine Rangordnung zwischen Normen des internationalen Rechts und dem innerstaatlichen Recht auf (BGE 136 II 241 E. 16.1). Letzteres ist aber jedenfalls, soweit möglich, völkerrechtskonform auszulegen (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 127 f.). Es ist daher in der

Folge zu untersuchen, ob Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB allenfalls dem GPA widerspricht beziehungsweise ob eine GPA-konforme Auslegung zur Annahme führt, dass eine Losbeschränkung nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sei.

3.6.1 Das GPA enthält keine Bestimmung, die eine Losbeschränkung explizit zulässt oder regelt. Gegenteilig drängt sich die Frage auf, ob Art. XIII Ziff. 4 GPA, der den Zuschlag in offenen Verfahren regelt, Raum für eine Losbeschränkung lässt. Art. XIII Ziff. 4 Bst. b GPA lautet:

"Unless in the public interest an entity decides not to issue the contract, the entity shall make the award to the tenderer who has been determined to be fully capable of undertaking the contract and whose tender, whether for domestic products or services, or products or services of other Parties, is either the lowest tender or the tender which in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notices or tender documentation is determined to be the most advantageous."

Das Ziel dieses Abkommens ist es, grundlegende Anforderungen festzulegen und durchzusetzen (PETER TREPTE, *The Agreement on Government Procurement*, in: Macrory/Appleton/Plummer [Hrsg.], *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Band I, 2005, S. 1148). Dem Konzept eines (internationalen) "Rahmengesetzes" entsprechend kann daher keine umfassende Regulierung erwartet werden (BVG 2017 IV/4 E. 3.5 m.H.). Aus dem Umstand, dass das GPA nicht ausdrücklich vorsieht, dass Loslimitierungen zulässig seien, kann daher nicht zwingend geschlossen werden, dass das Abkommen für derartige Ausnahmen von der Grundregel von Art. XIII Ziff. 4 Bst. b GPA keinen Raum lässt.

3.6.2 Ein völkerrechtlicher Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Ausser dem Zusammenhang sind in gleicher Weise insbesondere spätere Übereinkünfte zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen und die spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht, zu berücksichtigen (Art. 31 Abs. 1 und 3 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [SR 0.111]). Das Abstellen auf jede spätere Übereinkunft oder Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht, ist ein spezifisch völkerrechtlicher Ansatz, mit dem die Gefahr der divergierenden Auslegung gebannt werden soll. Letztlich wird damit auf

den aktuellen Parteienkonsens, nicht auf die Auffassungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, abgestellt (sog. "authentische Interpretation") (ANNE PETERS, Völkerrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2012, Kap. 5 Rz. 20).

3.6.3 Mit Art. 46 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94/65 vom 28. März 2014 [im Folgenden: RL 2014/24/EU]) wurde eine ausdrückliche Regelung zur Losaufteilung in das europäische Richtlinienrecht eingeführt. Die Bestimmung mit dem Titel "Unterteilung von Aufträgen in Lose" enthält im Wesentlichen Programmsätze, die den Mitgliedstaaten Leitlinien für die Umsetzung in das nationale Vergaberecht aufzeigen. Art. 46 Abs. 2 der RL 2014/24/EU sieht vor, dass Loslimitierungen in der Form der Angebotslimitierung, der Zuschlagslimitierung und der Angebots- und Zuschlagslimitierung möglich sind (LARS HETTICH/DANIEL SOUDRY, Die neue "klassische" Vergaberichtlinie, in: Hettich/Soudry [Hrsg.], Das neue Vergaberecht. Eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014, 2014, S. 40 ff.). Der Auftraggeber darf einen Auftrag mit der Massgabe ausschreiben, dass die Bieter zwar für eine unbegrenzte Anzahl von Losen Angebote einreichen dürfen, jedoch nur für eine vorab festgelegte Höchstzahl von Angeboten den Zuschlag erhalten können. Der Auftraggeber hat in den Auftragsunterlagen die objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien oder Regeln anzugeben, die für den Fall, dass die konsequente Anwendung der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien dazu führen würde, dass ein Bieter für mehr Lose den Zuschlag erhält als durch die Begrenzung vorgesehen sind, zur Anwendung kommen sollen (vgl. Art. 46 Abs. 2 RL 2014/24/EU). Voraussetzungen oder Bedingungen, die erfüllt sein müssten, damit ein Auftraggeber eine Loslimitierung vornehmen dürfe, nennt diese Bestimmung nicht. Lediglich in Erwägungsgrund (79) der RL 2014/24/EU wird ausgeführt, dass eine Loslimitierung beispielsweise zur Wahrung des Wettbewerbs oder zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit erlaubt sei (vgl. auch SUE ARROWSMITH, The law of public and utilities procurement: Regulation in the EU and UK, Band I, 3. Aufl. 2014, Rz. 12-150).

Eine nahezu identische Regelung enthält Art. 65 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. L 94/243 vom 28. März 2014).

3.6.4 Ob Loslimitierungen bereits vor dem Erlass dieser Richtlinien zulässig waren, wird in der deutschen Lehre und Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt. Bereits damals wurden Loslimitierungen aber in bestimmten Konstellationen, insbesondere zu Gunsten der Versorgungssicherheit, als zulässig erachtet:

Bereits im Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf, der für Vergaben des Bundes zuständigen Rechtsmittelinstanz, vom 7. Dezember 2011 hatte der Vergabesenat ausgeführt, der öffentliche Auftraggeber dürfe bei Fallgestaltungen, in denen es in besonderem Masse auf eine laufende und jederzeitige Lieferfähigkeit des Auftragnehmers ankomme, das mit der Auftragsvergabe an ein einziges Unternehmen verbundene Risiko eines (vollständigen oder teilweisen) Lieferungsausfalls oder einer Lieferverzögerung durch eine Loslimitierung vermeiden. Eine Loslimitierung diene dazu, dass mehrere Unternehmen bereit stünden, im Falle von Lieferschwierigkeiten eines Unternehmens einzuspringen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011, VII-Verg 99/11 E. 1.c).

Im Beschluss des OLG Düsseldorf vom 7. November 2012 hatte der Senat entschieden, die besondere Bedeutung der zu vergebenden Leistungen für den Auftraggeber, ihre Komplexität und ihr Umfang rechtfertigten im konkreten Fall eine Loslimitierung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. November 2012, VII-Verg 24/12 E. 2.a).

Im Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. Januar 2013 wurde ausgeführt, der Auftraggeber könne kraft seiner Bestimmungsfreiheit hinsichtlich der Regularien der Ausschreibung eine Loslimitierung vorsehen. Dies könne eine Angebots-, aber auch eine Zuschlagslimitierung sein. Das Vergaberecht eröffne nicht nur Wettbewerb und subjektive Bieterrechte, sondern solle auch eine wirtschaftliche und den vom öffentlichen Auftraggeber gestellten Anforderungen entsprechende Beschaffung gewährleisten. Die Vorteile der Loslimitierung bestünden in der Risikostreuung, der Verhinderung der Abhängigkeit von einem Bieter, im Mittelstandsschutz und der Verbesserung der Wettbewerbsmöglichkeiten auch für kleinere Unternehmen sowie der strukturellen Erhaltung des Anbieterwettbewerbs auch für die Zukunft. Diese Vorteile seien in den Anbieterkreisen bekannt, weshalb eine Begründung in den Vergabeakten nicht notwendig sei. Hinsichtlich der Erwägungen des Auftraggebers, die für oder gegen eine Limitierung sprächen, sei der Massstab der rechtlichen Kontrolle beschränkt; die Entscheidung sei von den Nachprüfungsinstanzen nur darauf zu überprüfen, ob sie

auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf Beurteilungsfehlern, namentlich auf Willkür beruhe (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2013, VII-Verg 35/12 E. 3).

Spätestens seit dem Erlass der RL 2014/24/EU und deren Umsetzung im deutschen Recht hat sich in der Lehre die Auffassung durchgesetzt, dass Loslimitierungen zulässig sind. Begründet wird dies damit, dass mit der Loslimitierung sowohl die mittel- und langfristige Sicherstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung im Wettbewerb als auch die Minimierung des Ausfallrisikos des Auftraggebers erzielt werden könne und dass ein vollständiger Verzicht auf eine Loslimitierung zudem grosse Lieferanten bevorzugen und sich damit auf den sachlich und räumlich relevanten Märkten wettbewerbshindernd auswirken könnte. Der öffentliche Auftraggeber kann nach eigener Vorstellung unter einer Angebotslimitierung und einer Zuschlagslimitierung wählen, er darf diejenige Form der Loslimitierung wählen, die ihm am zweckmässigsten erscheint (HELMUT WIRNER/MICHAEL WERNER, in: Willenbruch/Wieddekind [Hrsg.], *Kompaktcommentar Vergaberecht*, 4. Aufl. 2017, § 30 VgV N. 1 f.; MALTE MÜLLER-WREDE, in: Müller-Wrede [Hrsg.], *GWB Vergaberecht Kommentar*, 2016, § 97 Rz. 195 f.; HETTICH/SOUDRY, a.a.O., S.44).

3.6.5 Auch in Frankreich entschied der Conseil d'Etat, das oberste Verwaltungsgericht, noch vor dem Erlass der RL 2014/24/EU und deren Umsetzung im innerstaatlichen Recht, es sei zulässig, dass die Vergabestelle, wenn sie sich an eine Vielzahl von Vertragspartnern wenden oder die Herausbildung einer grösseren Konkurrenz begünstigen wolle, die Anzahl Lose limitiere, welche einem Anbieter zugeschlagen werden, sofern sie die Anzahl Lose in den Ausschreibungsunterlagen angegeben habe. Im Fall, dass ein Anbieter in mehr als der vorgesehenen Anzahl Lose auf dem ersten Platz rangiere, müssten die Ausschreibungsunterlagen eine Regelung für die Zuteilung der Lose auf der Basis von objektiven und nichtdiskriminierender Kriterien oder Regeln enthalten. Die Vergabestelle stelle damit nicht ein Beurteilungskriterium auf, sondern definiere die Modalitäten der Zuteilung der Lose. Auch der Conseil d'Etat ging dabei davon aus, dass er den Entscheid der Vergabestelle, eine Loslimitierung vorzunehmen, nur auf Rechtsfehler überprüfe (Entscheidung des Conseil d'Etat Nr. 363656 vom 20. Februar 2013 in der Rechtssache SELAS Laboratoire Biomnis, E. 4 f.; FRANÇOIS LLORENS/PIERRE SOLER-COUTEAUX, *Code des marchés publics*, 2014, Art. 10 Rz. 93 f.).

Nach dem Erlass der RL 2014/24/EU sieht die neue Verordnung Nr. 2015-899 vom 23. Juli 2015 über öffentliche Beschaffungen in Art. 32 Abs. 1 ausdrücklich vor:

"Les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique".

3.6.6 In der britischen Lehre wird die Auffassung vertreten, die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134/114 vom 30. April 2004) habe wahrscheinlich - ausser im Umfang, als Versorgungssicherheit relevant für die Frage der technischen und fachlichen Fähigkeiten gewesen sei – noch keine Grundlage für eine Einschränkung der Anzahl Lose, die einem Anbieter zugeschlagen werden könne, geboten. Art. 46 Abs. 2 RL 2014/24/EU sehe nun aber eine ausdrückliche Bestimmung hierzu vor. Die Bestimmung spezifiziere die Gründe für die Losbeschränkung nicht. Daher scheine es ohne Weiteres möglich zu sein, die Losbeschränkung beispielweise vorzusehen, um KMU zu unterstützen, die nicht in der Lage seien, die gesamte Beschaffung zu bewältigen oder um Versorgungssicherheit zu schaffen oder um den Wettbewerb künftiger Verträge zu erhalten. Bedingung sei lediglich, dass die Vergabestelle in der Bekanntmachung kundgebe, ob die Angebote für ein, mehrere oder alle Lose unterbreitet werden könnten sowie die maximale Anzahl Lose pro Anbieter. Zudem müssten in den Ausschreibungsunterlagen die objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien oder Regeln angegeben werden, welche angewendet würden, falls bestimmt werden müsste, welches der Lose zugeschlagen werde, wenn einem Anbieter mehr als die maximale Anzahl Lose zugeschlagen werden müsste (ARROWSMITH, a.a.O., Rz. 12-150).

3.6.7 Es ergibt sich somit, dass wesentliche Vertragspartner des GPA aktuell davon ausgehen, dass eine Loslimitierung, die dem Zweck der Wahrung des Wettbewerbs oder zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit vorgesehen wird, mit dem GPA vereinbar ist.

Weiter ergibt sich aus dem dargelegten Rechtsvergleich, dass offenbar davon ausgegangen wird, dass es sich bei der Loslimitierung um eine Zuschlagsmodalität handelt, welche die Vergabestelle im Rahmen ihres Ermessens zur Bestimmung des Beschaffungsgegenstands vorsehen darf und die daher, jedenfalls nach der deutschen und französischen Recht-

sprechung, durch die Rechtsmittelinstanz nur mit der entsprechend beschränkten Kognition überprüft wird. Eine Begründung anlässlich der Ausschreibung wird nicht verlangt.

3.7 Im Ergebnis sprechen somit weder die historische noch die systematische oder die teleologische Auslegung gegen die Zulässigkeit einer Loslimitierung, sofern diese dem Zweck der mittel- und langfristigen Sicherstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung oder Ersatzbeschaffung in einem von hinreichendem Wettbewerb geprägten Anbietermarkt dient.

3.8 Eine Pflicht der Vergabestelle, die Gründe für eine Loslimitierung bereits anlässlich der Ausschreibung darzulegen, ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB nicht. Zu berücksichtigen ist indessen, dass das Gesetz davon ausgeht, dass die Vergabestelle die Loslimitierung bereits in der Ausschreibung bekannt zu geben hat, was zur Folge hat, dass ein Anbieter diese gegebenenfalls sofort anfechten muss, weil sie ansonsten in Rechtskraft erwächst. Damit der betreffende Anbieter die Rechtmässigkeit der Loslimitierung überprüfen, die Chancen einer Anfechtung beurteilen und die Loslimitierung gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann, ist er daher darauf angewiesen, die Gründe für die Loslimitierung zu kennen. Wird die Loslimitierung bereits in der Ausschreibung bekannt gegeben, ergibt sich daher bereits aus der Begründungspflicht und dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 29 ff. VwVG; vgl. statt vieler BGE 126 I 97 E. 2b), dass die Vergabestelle ihre Gründe zumindest auf Nachfrage hin bereits in diesem Zeitpunkt bekanntgeben muss. Ist die Loslimitierung dagegen nicht in der Ausschreibung selbst, sondern, wie im vorliegenden Fall, lediglich in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen, so genügt die Vergabestelle ihrer Begründungspflicht, wenn sie ihre Gründe auf Nachfrage beziehungsweise anlässlich des Debriefing darlegt.

4.

Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle die von ihr angeordnete Loslimitierung mit der Gewährleistung der Versorgungssicherheit und der Wahrung des Wettbewerbs auf ihrem beschränkten Anbietermarkt begründet. Sie macht geltend, sie betreibe eine hochkritische nationale Infrastruktur. Die ausgeschriebenen Dienstleistungen umfassten deren Instandhaltung, einschliesslich Pikettdienste und Notfalleinsätze bei Störungen. Um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten, müsse die kurzfristige Einsatzbereitschaft bei einem Ausfall oder Schwierigkeiten eines Anbieters sicherge-

stellt werden. Dies sei nur möglich, wenn die wirtschaftlichen und betrieblichen Risiken auf mehrere Dienstleister verteilt würden. Der potentielle Anbieterkreis sei überschaubar, was auch daran ersichtlich sei, dass es pro Los nur zwei bis vier Angebote gegeben habe. Es handle sich auch darum um einen kleinen, beschränkten Markt, weil es nur eine Betreiberin des Höchstspannungsnetzes in der Schweiz gebe. Der Eintritt neuer Anbieter sei daher schwierig und unwahrscheinlich. Aufgrund der notwendigen kurzen Interventionszeiten sei auch eine lokale Präsenz der Anbieter nötig. Im Bereich der Wartung und Instandhaltung von Unterwerken, welche vorliegend Streitgegenstand bildeten, sei die Vergabestelle gar die einzige Nachfragerin in der Schweiz. Alle anderen Besitzer von Hochspannungs-Unterwerken machten die Instandhaltungsarbeiten selber. Der Markt für die von der Vergabestelle nachgefragten Leistungen sei daher auf Anbieter beschränkt, die selbst im Besitz solcher Anlagen seien oder bis vor kurzem gewesen seien und daher über Erfahrung mit der Erbringung dieser Leistungen verfügten. Steige ein Anbieter aus dem Markt aus, weil er keinen Auftrag von der Vergabestelle erhalten habe, werde dessen Reaktivierung im Hinblick auf eine Neuausschreibung in einigen Jahren enorm erschwert, denn er würde geschultes Personal abbauen, welches sich wiederum neuorientieren müsste. Eine weitere Konzentration des bereits kleinen Anbietermarkts durch Verlust von potentiellen Anbietern müsse daher vermieden werden. Durch die Abhängigkeit von ganz wenigen oder gar nur einem Anbieter würde sie sich einem nicht tragbaren Klumpenrisiko aussetzen, das mit dem öffentlichen Interesse an der Instandhaltung dieser für die Versorgungssicherheit der Schweiz kritischen Infrastruktur nicht vereinbar wäre.

Die Beschwerdeführerinnen argumentieren, die Vergabestelle behaupte zwar nachträglich, sie wolle aus Gründen der Versorgungssicherheit die wirtschaftlichen und betrieblichen Risiken auf mehrere Dienstleister verteilen. Dies habe sie indessen nicht wirksam getan. So habe sie die ursprünglich 36 Lose aufgegeben und ab 2017 die Schweiz in 24 Lose eingeteilt, wobei die ursprünglich je 2 Lose in der Romandie und im Tessin zu je einem Los zusammengelegt worden seien. Auch die zeitliche Staffelung der Lose führe dazu, dass gleichwohl eine Marktdominanz eines einzelnen Anbieters eintreten könne. So habe eine andere Unternehmung mehr Lose erhalten als die Beschwerdeführerin 1, und selbst wenn die Beschwerdeführerinnen den im Streit stehenden Zuschlag erhalten hätten und dieser der Beschwerdeführerin 1 angerechnet würde, hätte jene Anbieterin noch mehr Lose erhalten als die Beschwerdeführerin 1. Die sicherheitsrelevanten Be-

dürfnisse seien auf Stufe Eignungs- oder Zuschlagskriterien zu adressieren. Interventionszeiten oder lokale Präsenz könnten mit Eignungskriterien, wie sie die Ausschreibung vorgesehen habe, sichergestellt werden. Vorliegend habe die Vergabestelle zudem für den Fall der Nichteinhaltung der Interventionszeit sowie einer unzureichenden personellen Qualifikation der eingesetzten Arbeitskräfte Konventionalstrafen vorgesehen. Es treffe auch nicht zu, dass jeder Anbieter, der keinen Zuschlag erhalten, aus dem Markt ausscheide und später nicht wieder eintreten könne. Jedenfalls bei grösseren Versorgern mit Dienstleistungsbereichen treffe diese Einschätzung nicht zu.

4.1 Die Beschwerdeführerinnen machen sinngemäss geltend, die Vergabestelle habe sich selbst widersprüchlich verhalten, weil sie bei der Neueinteilung in Lose die Anzahl der Lose verkleinert und bei der zeitlichen Staffelung keinen Mechanismus eingebaut habe, um eine Loskumulation zu verhindern. Damit widerlegen sie die Ausführungen der Vergabestelle zur Frage, warum eine Aufteilung in Lose und eine Vergabe dieser Lose an mehrere Anbieter zur Erhaltung der mittel- und langfristigen Sicherstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung oder Ersatzbeschaffung in einem von hinreichendem Wettbewerb geprägten Anbietermarkt erforderlich sei, aber nicht. Unbestritten ist, dass die Vergabestelle eine Infrastruktur von grosser nationaler Wichtigkeit betreibt und dass es von grossem öffentlichem Interesse ist, dass die in Frage stehenden Dienstleistungen zuverlässig und bei Störungen auch sehr kurzfristig erbracht werden. Unbestritten ist insbesondere, dass der relevante Anbietermarkt, namentlich unter Berücksichtigung der Anforderung, dass die Anbieter die Dienstleistungen sehr kurzfristig erbringen können müssen, sehr klein ist und die Vergabestelle in diesem relevanten Markt die grösste oder teilweise sogar die einzige Nachfragerin ist. Insofern ist auch ohne Weiteres nachvollziehbar, dass ein grosses öffentliches Interesse daran besteht, dass die Vergabestelle nicht nur bei der vorliegenden Beschaffung, sondern auch bei den künftigen Ausschreibungen in einem von noch hinreichendem Wettbewerb geprägten Anbietermarkt beschaffen kann und dass sie bei einem Ausfall oder Schwierigkeiten eines Anbieters in der Lage ist, für eine allfällige Ersatzbeschaffung kurzfristig auf andere Anbieter zurückzugreifen. Das Argument der Beschwerdeführerinnen, die Überlegungen der Vergabestelle zum Einfluss ihrer eigenen Beschaffung auf den Anbietermarkt treffe nicht für alle Anbieter zu, widerspricht diesen Ausführungen der Vergabestelle lediglich punktuell.

4.2 Als Zwischenergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Begründung der Vergabestelle, warum eine Aufteilung in Lose und eine Vergabe dieser Lose an mehrere Anbieter zur Erhaltung der mittel- und langfristigen Sicherstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung oder Ersatzbeschaffung in einem von hinreichendem Wettbewerb geprägten Anbietermarkt erforderlich sei, im Wesentlichen unbestritten und nachvollziehbar ist.

5.

Art. 21 Abs. 1^{bis} BÖB sieht ausdrücklich vor, dass Losbeschränkungen in der Ausschreibung angekündigt sein müssen. Im vorliegenden Fall hielt die Vergabestelle diese Bedingung nicht ein; die Losbeschränkung ging nicht aus der Ausschreibung selbst, sondern erst aus den Ausschreibungsunterlagen hervor.

Der Grund dafür, dass eine Vergabestelle die Losbeschränkung in der Ausschreibung bekannt zu geben hat, liegt offensichtlich und ausschliesslich in der Transparenz. Die Anbieter sollen beim Erstellen ihrer Angebote dieser Tatsache angemessen Rechnung tragen können (Botschaft 6. IV-Revision, BBI 2010 1817, 1913).

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass den Beschwerdeführerinnen aus diesem Verfahrensfehler der Vergabestelle kein Nachteil entstanden ist. Sie machen nicht geltend, sie hätten die entsprechenden Bestimmungen übersehen, weil sie nicht in der Ausschreibung und damit nicht genügend prominent bekannt gegeben worden seien. Es ist daher auszuschliessen, dass die Bekanntgabe nur in den Ausschreibungsunterlagen eine kausale Auswirkung darauf gehabt haben könnte, dass die Beschwerdeführerinnen den in Frage stehenden Zuschlag nicht erhalten haben.

Der offensichtliche Verfahrensfehler, den die Vergabestelle durch die fehlende Bekanntgabe in der Ausschreibung selbst begangen hat, stellt daher im vorliegenden Fall zwar eine Verletzung des Transparenzgebots dar; faktisch entstand den Beschwerdeführerinnen aber kein Nachteil, so dass dieser Verfahrensfehler im vorliegenden Fall nicht entscheiderelevant ist.

6.

Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter einen Verstoss gegen die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung. Die Vergabestelle lege die bekannt gegebene Losbeschränkung entgegen deren Wortlaut aus und dehne sie nachträglich auf Bietergemeinschaften aus. Das Trans-

parenzgebot verlange, dass sich Anbieter in Kenntnis sämtlicher Bedingungen für ein Angebot entscheiden könnten. Die Beschwerdeführerinnen hätten indessen nicht antizipieren können, dass sie für die Zwecke dieser Losbeschränkung behandelt würden, als hätten sie bereits die maximale Loszahl zugeschlagen erhalten, denn die Vergabestelle habe vor der Ausschreibung nicht über die mit der Losbeschränkung konkret verfolgten Ziele Rechenschaft abgelegt. Sie habe die Einschränkung von Bietergemeinschaften erst im Nachhinein als Korrektiv eingeführt, als ein klares Evaluationsergebnis bereits festgestanden habe. Das Gleichbehandlungsgebot sei verletzt, weil die Losbeschränkung entgegen ihrem Wortlaut nicht auf zwei Lose pro Anbieter, sondern tatsächlich auf zwei Lose pro Unternehmen beschränkt worden sei. Dass die Vergabestelle die Losbeschränkung nachträglich auf Bietergemeinschaften ausgedehnt habe, sei für die Beschwerdeführerinnen schlicht nicht vorauszusehen gewesen. Art. 21 Abs. 1 VöB lasse die Möglichkeit von Beschränkungen von Bietergemeinschaften nur in begründeten Einzelfällen zu, und aus Gründen der Transparenz seien die Einschränkungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen klar zu deklarieren. In den Ausschreibungsunterlagen finde sich aber keine Bedingung, wonach die Losbeschränkung auch auf Angebote von Bietergemeinschaften wirke, wenn Konsortialpartner in derselben Ausschreibung bereits die maximale Anzahl Lose zugeschlagen bekommen hätten. Auch gebe es keine von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung abweichende Definition des Anbieterbegriffs. Aus den Ausschreibungsunterlagen hätte deutlich hervorgehen müssen, dass Bietergemeinschaften nur unter der Voraussetzung zugelassen seien, dass Konsortialpartner nicht bereits schon die maximale Loszahl erhalten hätten. Zwar wäre dies eine Einschränkung aus sachlich unzureichenden Gründen gewesen; indessen hätten die Beschwerdeführerinnen die Auslegung des Anbieterbegriffs antizipieren und ihre Angebote anpassen können.

Die Vergabestelle argumentiert dagegen, die Bestimmung über die Losbeschränkung sei den Beschwerdeführerinnen bestens bekannt, denn sie beziehungsweise die Beschwerdeführerin 1 hätten bereits in der letztjährigen Ausschreibung je ein Los erhalten, wobei die Beschwerdeführerinnen damals als Zweitplatzierte von der gleichen Losbeschränkungsregel profitiert hätten. Eine Losbeschränkung gelte für jeden einzelnen Anbieter. Alle Teilnehmer der Ausschreibung, ob sie alleine oder als Mitglied einer Bietergemeinschaft ein Angebot einreichten, müssten die allgemeinen Grundvoraussetzungen je einzeln erfüllen. Dies gelte auch für die Einhaltung der Arbeitsbedingungen oder das Fehlen von Ausschlussgründen. Vorliegend könne ein Anbieter nicht dadurch die Losbeschränkung umgehen, dass er

neben Angeboten als Einzelanbieter auch Angebote als Mitglied einer Bietergemeinschaft einreiche, um auf diese Weise mehr als die maximal vorgesehene Anzahl Zuschläge zu erhalten. Eine Bietergemeinschaft habe keine eigene Rechtspersönlichkeit. Würde eine Bietergemeinschaft in Bezug auf die Losbeschränkung unabhängig von ihren Mitgliedern als separate Anbieterin beurteilt, würde – entgegen den Ausführungen in der Beschwerde – der Zweck der Losbeschränkung nicht erreicht werden können. Es könne dazu führen, dass ein Unternehmen den Zuschlag für alle sechs Lose erhalten könnte: bis zu vier als Einzelanbieter und die restlichen als Mitglied einer Bietergemeinschaft. Das Konsortium aus den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 könne nicht als ein von der Beschwerdeführerin 1 unterschiedlicher Anbieter betrachtet werden. Der Beschwerdeführerin 1 komme klar die dominierende Rolle zu. Sie sei Konsortialführerin und trete als primäre Ansprechpartnerin auf. Ihr Beitragsanteil stehe im Vordergrund. Der Beitrag der Beschwerdeführerin 2 dagegen sei unklar und auf jeden Fall von untergeordneter Bedeutung. Die Vergabestelle legt im Einzelnen dar, warum sie zum Schluss gekommen sei, es sei unschwer zu erkennen, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen hauptsächlich, wenn nicht sogar ausschliesslich, von der Beschwerdeführerin 1 getragen und abhängig sei. Unter diesen Umständen sei die Vergabestelle nicht umhin gekommen, das Angebot der Beschwerdeführerinnen als Konsortium als weiteres Angebot der Beschwerdeführerin 1 anzusehen. Andernfalls könnten die Regeln zur Losbeschränkung einfach umgangen werden, indem sich ein Anbieter ein zweites Unternehmen als Konsortialpartner ins Boot hole, obwohl dieses für die Leistungserbringung keinen wesentlichen Beitrag erbringe.

6.1 Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern. Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5; Urteile des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit" und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4 "Kurierdienst BAG I").

Im Zusammenhang mit der Auslegung von Eignungskriterien gehen die Rechtsprechung und Lehre davon aus, dass Formulierungen in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen so auszulegen und anzuwenden sind, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; BVGE 2017 IV/3 E. 4.5; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 f.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung derartiger Kriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2, m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1).

Diese Grundsätze gelten auch für die Auslegung von Formulierungen in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen, die eine Zuschlagslimitierung zum Gegenstand haben.

6.2 Die in Frage stehende Losbeschränkung ist den Ausschreibungsunterlagen wie folgt formuliert:

"Ein Anbieter kann nur für eine maximale Anzahl Lose den Zuschlag erhalten. Diese maximale Anzahl Lose beträgt für die Instandhaltung von Trassen 2 und für die Instandhaltung von Unterwerken ebenfalls 2. Das heisst ein Anbieter kann insgesamt höchstens für 4 Lose einen Zuschlag erhalten. Wenn ein Anbieter bei mehr als der maximalen Anzahl Lose am meisten Punkte erreicht (d.h. auf Rang 1 liegt), werden diese Lose – sowohl für Trassen als auch für Unterwerke – nach folgenden Regeln an die Anbieter vergeben:

Regel 1:

Der Anbieter, der bei mehr als der maximalen Anzahl Lose auf Rang 1 liegt, bekommt den Zuschlag für jene zwei (Instandhaltung Unterwerke) oder zwei (Instandhaltung Trassen) Lose, für die er am meisten Punkte erhalten hat. Für die übrigen Lose erhält er keinen Zuschlag.

Ausnahme zu Regel 1:

Wenn für ein Los nur ein Angebot eingegangen ist, erhält der Anbieter den Zuschlag für dieses Los, auch wenn er gemäss Regel 1 schon den Zuschlag für 2 andere Lose erhalten hat.

Regel 2:

Können die Zuschläge für die Lose nicht gemäss Regel 1 erteilt werden, da der Anbieter, der bei mehr als der maximalen Anzahl Lose auf Rang 1 liegt, für zwei dieser Lose die gleiche Punktzahl erreicht hat, erhält er den Zuschlag für jenes Los, bei dem die Preisdifferenz zum jeweils zweitplatzierten Anbieter am grössten ist." (Verfahrensweisung, Ziff. 3.8.8).

6.3 Bei einer Bietergemeinschaft handelt es sich um einen in der Regel nicht selber rechtsfähigen Zusammenschluss mehrerer natürlicher oder juristischer Personen, die alle zusammen ein einziges, gemeinsames Angebot abgegeben haben, das sie alle zusammen solidarisch auf die gesamte verfahrensgegenständliche und offerierte Leistung verpflichtet (Urteil des BVGer B-2562/2009 vom 23. Februar 2011 E. 4.1.1 und 4.1.2 "Galleria stradale San Gottardo: servizio di scarico, rimorchio ed evacuazione"). Die Bietergemeinschaft wird daher vergaberechtlich im Ergebnis immer als eine einzige Anbieterin betrachtet und behandelt, weil sie zwar eine Mehrheit von Personen ist, welche aber alle zusammen (und solidarisch) ein einziges Angebot erklären, das sie auch gemeinsam und als faktische Einheit erfüllen wollen (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1338, Rz. 1464).

Gemäss dem üblichen vergaberechtlichen Wortsinn ist das Konsortium der Beschwerdeführerinnen daher als Ganzes als Anbieterin anzusehen. Diese Anbieterin ist mit der Beschwerdeführerin 1 weder faktisch noch rechtlich identisch. Rein vom Wortlaut der bekannt gegebenen Loslimitierung her kann daher der Umstand, dass die Beschwerdeführerin 1 bereits 2 Zuschläge erhalten hat, dem Konsortium der Beschwerdeführerinnen nicht entgegen gehalten werden.

Es ist daher zu prüfen, ob die diesem Wortlaut widersprechende Auslegung der Vergabestelle dennoch der Auslegung entspricht, wie sie von den Anbietern in guten Treuen angenommen werden konnte und musste.

6.4 Der Sinn einer Loslimitierung liegt darin, dass nicht alle Lose an den gleichen Anbieter zugeschlagen werden, sondern – im vorgegebenen Ausmass – an unterschiedliche Anbieter. Ob das mit der konkreten Loslimitierung verfolgte Ziel nun in der Wahrung des Wettbewerbs auf dem spezifi-

schen Anbietermarkt oder in der Minimierung von Ausfallrisiken liegt: In jedem dieser Fälle kann das Ziel nur erreicht werden, wenn die Anbieter nicht nur rechtlich unterschiedlich sind, sondern auch faktisch und wirtschaftlich voneinander unabhängig sind. Davon ging bereits die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) im Zusammenhang mit einer Limitierung in einem Präqualifikationsverfahren aus (Entscheid der BRK 2005-015 vom 28. Dezember 2005, publiziert in: VPB 70.34 E. 2). Dieser Sinn und Zweck einer Loslimitierung ist derart offensichtlich, dass die Formulierung im vorliegenden Fall auch entgegen ihrem Wortlaut von den Anbietern so verstanden werden musste.

6.5 Ob jede Mitgliedschaft in einer Bietergemeinschaft eine derartige Unabhängigkeit ausschliesst, kann vorliegend offen gelassen werden, da jedenfalls zwischen der wichtigsten Konsortialpartnerin einer Bietergemeinschaft und ihr selbst als Einzelanbieterin eines anderen Loses keine genügende Unabhängigkeit bestehen kann. Ebenfalls offen gelassen kann werden, ob die Unterstellung durch die Vergabestelle, die Beschwerdeführerinnen seien nur deshalb eine Bietergemeinschaft eingegangen, um die Losbeschränkung zu umgehen, zutrifft oder nicht.

6.6 Die Auslegung durch die Vergabestelle in dem Sinn, dass die Beschwerdeführerin 1 und das Konsortium der Beschwerdeführerinnen als gleicher Anbieter im Sinn der Loslimitierung aufzufassen sind, ist daher nicht zu beanstanden.

7.

Abgesehen von der Auslegungsfrage, ob die Beschwerdeführerin 1 und das Konsortium der Beschwerdeführerinnen als gleicher Anbieter im Sinn der Loslimitierung aufzufassen seien, haben die Beschwerdeführerinnen nicht gerügt, die Vergabestelle habe die von ihr aufgestellten und in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Regeln unrichtig angewandt.

8.

Da das Ergebnis der Evaluation im vorliegenden Fall unbestritten ist und auch sonst kein Grund ersichtlich ist, weitere Akteneinsicht zu gewähren, erscheint die Sache als liquid, weshalb es nicht erforderlich ist, zuerst gesondert über den Antrag auf aufschiebende Wirkung zu entscheiden. Vielmehr kann das Verfahren bereits jetzt mit einem Endurteil abgeschlossen werden.

9.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

10.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE).

11.

Bei diesem Verfahrensausgang ist den Beschwerdeführerinnen keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Von diesem Grundsatz ist auch nicht wegen der festgestellten Verletzung des Transparenzgebots durch die fehlende Bekanntgabe der Loslimitierung in der Ausschreibung abzuweichen, da den Beschwerdeführerinnen dadurch kein Nachteil, auch nicht in Bezug auf den Aufwand für ihre Rechtsvertretung, entstanden ist.

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werden alle Vergabestellen, die Beschaffungen im Geltungsbereich des GPA und BöB tätigen, also auch solche, die in der Form einer privatrechtlichen Körperschaft organisiert sind, in Bezug auf die Frage einer allfälligen Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht als Bundesbehörde im Sinn von Art. 7 Abs. 3 VGKE betrachtet, mit der Folge, dass ihnen auch bei Obsiegen keine Parteientschädigung zugesprochen wird (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Den Beschwerdeführerinnen werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 4'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 166222; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerinnen Konsortium Y._____/ Z._____,
c/o Y.____ SA (auszugsweise; A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 12. Oktober 2018