

2018 IV/6

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. Konsortium A.-B. gegen Swissgrid AG
B-4011/2018 vom 11. Oktober 2018

Öffentliches Beschaffungswesen. Zulässigkeit einer Loslimitierung. Auslegung von Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB. Begründungspflicht.

Art. 29 Abs. 2 BV. Art. 1, Art. 21 Abs. 1^{bis} BöB. Art. 29 VwVG. Art. XIII Ziff. 4 Bst. b des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA).

1. Eine Loslimitierung ist nicht « vergabefremd », sofern sie dem Zweck der mittel- und langfristigen Sicherstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung oder Ersatzbeschaffung in einem von hinreichendem Wettbewerb geprägten Anbietermarkt dient. Ein Rechtsvergleich ergibt, dass eine derartige Loslimitierung auch nicht in Widerspruch mit dem GPA steht (E. 3.2–3.7).
2. Die Vergabestelle muss die Gründe für die Loslimitierung rechtzeitig bekannt geben (E. 3.8).
3. Im vorliegenden Fall war die Loslimitierung zulässig, weil der relevante Anbietermarkt sehr klein ist, die Vergabestelle darin die grösste, teilweise einzige Nachfragerin ist und es von grossem öffentlichem Interesse ist, dass die infrage stehenden Dienstleistungen zuverlässig erbracht werden und allfällige Ersatzbeschaffungen sehr kurzfristig getätigt werden können (E. 4).

Marchés publics. Licéité d'une limitation des lots. Interprétation de l'art. 21 al. 1^{bis} LMP. Obligation de motiver.

Art. 29 al. 2 Cst. Art. 1, art. 21 al. 1^{bis} LMP. Art. 29 PA. Art. XIII ch. 4 let. b de l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP).

1. Une limitation des lots n'est pas « étrangère à la passation des marchés publics » dans la mesure où elle vise à garantir, à moyen et à long termes, une acquisition économique ou de remplacement sur un marché pour lequel il existe une concurrence suffisante au niveau de l'offre. Il résulte d'une analyse de droit comparé qu'une telle limitation des lots n'est pas non plus contraire à l'AMP (consid. 3.2–3.7).

2. L'adjudicateur doit indiquer en temps utile les motifs pour lesquels les lots sont limités (consid. 3.8).
3. Dans le cas d'espèce, la limitation des lots était licite sur le marché pertinent. En effet, le nombre de soumissionnaires potentiels est très restreint, la demande consiste principalement voire uniquement en celle du pouvoir adjudicateur, et il est d'intérêt public considérable que les services en question puissent être fournis de manière fiable et les éventuels achats de remplacement réalisés à très court terme (consid. 4).

Acquisti pubblici. Liceità di una limitazione dei lotti. Interpretazione dell'art. 21 cpv. 1^{bis} LAPub. Obbligo di motivazione.

Art. 29 cpv. 2 Cost. Art. 1, art. 21 cpv. 1^{bis} LAPub. Art. 29 PA. Art. XIII cifra 4 lett. b dell'Accordo del 15 aprile 1994 sugli appalti pubblici (AAP).

1. Una limitazione dei lotti non è « estranea all'aggiudicazione degli acquisti pubblici » purché serva allo scopo di garantire a medio-lungo termine acquisti economici o sostitutivi su un mercato dove sussiste una concorrenza sufficiente sul piano dell'offerta. Il diritto comparato dimostra che una tale limitazione dei lotti non contrasta neppure con l'AAP (consid. 3.2–3.7).
2. L'autorità aggiudicatrice deve comunicare in tempo utile i motivi della limitazione dei lotti (consid. 3.8).
3. Liceità della limitazione dei lotti nella fattispecie, in quanto l'offerta sul mercato rilevante è molto ristretta, mentre l'autorità aggiudicatrice è il principale, in parte l'unico richiedente; è di importante interesse pubblico che i servizi in questione siano forniti in modo affidabile e che eventuali acquisti sostitutivi possano essere effettuati entro brevissimi termini (consid. 4).

Am 1. Februar 2018 schrieb die Swissgrid AG (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem für das öffentliche Beschaffungswesen) einen Dienstleistungsauftrag mit dem Projekttitel « Dienstleistungsvereinbarung 2019 Instandhaltung Unterwerke und Trassen » im offenen Verfahren aus. Gemäss dem detaillierten Aufgabenbeschrieb umfasste die Beschaffung Dienstleistungen für die Inspektion und Wartung sowie die Störungsbehebung inklusive Pikettdienst von

Schaltanlagen und Trassen (220 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 unter dem Titel « Gesamtwirtschaftlichkeit » 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 zwei und für die Instandhaltung von Unterwerken ebenfalls zwei. Das heisst, ein Anbieter kann insgesamt höchstens für vier 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 zwei 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.

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

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.

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.

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

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 der Y. SA und der Z. SA (nachfolgend: Zuschlagsempfängerinnen), zum Preis von Fr. 1 266 636.70 (exkl. MwSt.) erteilt habe. Unter den sonstigen Angaben führte die Vergabestelle an: « Zuschlag nach Losbegrenzung ».

Mit Eingabe vom 10. Juli 2018 erheben die Beschwerdeführerinnen gegen diesen Zuschlag Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen namentlich, es sei die Zuschlagsverfügung vom 20. Juni 2018 aufzuheben und der Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen. Eventualiter sei der Zuschlagsentscheid vom 20. Juni 2018 aufzuheben und die Sache mit Weisungen zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

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 [SR 172.056.1]).

3.2 Der Wortlaut dieser Bestimmung erscheint klar in dem Sinne, 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 Art. 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 (6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket) 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 (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 Hannes Germann, 09.3156) gefordert wurde, 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 bekannt gegeben 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, Baurecht 4/2012 S. 269, nachfolgend: Baurecht). 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 (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2117 m.H., nachfolgend: Geltungsanspruch). 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, sodass hierdurch künftiger Wettbewerb auf abschbare Zeit faktisch verunmöglicht würde. 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, Baurecht, 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 Kompetenzerweiterung 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 (PETER GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 840).

Im Rahmen der Vernehmlassung zum Vorentwurf zu einer Totalrevision des BöB, in dem eine vergleichbare Bestimmung zur Losbeschränkung enthalten ist (Art. 32 Abs. 3 des Vorentwurfs des BöB, BBl 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 (BEYELER) sowie seien 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), restriktiv festzulegen und so zu handhaben. Die Bestimmung von Art. 32 Abs. 3 des Vorentwurfs des BöB sei insofern anzupassen, als die Vergabestelle « in begründeten Ausnahmefällen » festlegen könne, dass eine einzelne Anbieterin nur eine beschränkte Anzahl Lose erhalten könne (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, Ziff. 5.6.7 S. 48).

3.5 Der teilweise vertretenen Auffassung, dass Loslimitierungen vergeberechtswidrig 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 Spannungsverhältnis 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 BV).

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 offengelassen werden.

Hingegen ist zu berücksichtigen, dass die vorliegende Beschaffungssache dem Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422, nachfolgend: GPA) und damit einem völkerrechtlichen Vertrag unterliegt. Weder Art. 190 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 (HÄFELIN/MÜLLER/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. Gegenteil 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: *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Bd. I, New York 2005, S. 1148). Dem Konzept eines (internationalen) « Rahmengesetzes » entsprechend kann daher keine umfassende Regulierung erwartet werden (BVGE 2017 IV/4 E. 3.5 m.H.). Aus dem Umstand, dass das GPA nicht ausdrücklich vorsieht, dass Loslimitierungen zulässig sind, 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 Abs. 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 28.03.2014 (nachfolgend: Richtlinie 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 Richtlinie 2014/24/EU sieht vor, dass Loslimitierungen in der Form der Angebotslimitierung, der Zuschlagslimitierung und der Angebots- und Zuschlagslimitierung möglich sind (HETTICH/SOUDRY, Die neue « klassische » Vergaberichtlinie, in: Das neue Vergaberecht. Eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2014, Köln 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 Richtlinie 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 Richtlinie 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, Bd I, 3. Aufl. 2014, Rz. 12–150).

Eine nahezu identische Regelung enthält Art. 65 Abs. 1 und Abs. 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 28.03.2014.

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 zugunsten der Versorgungssicherheit, als zulässig erachtet:

Bereits im Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf (nachfolgend: OLG), 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 bereitstünden, im Falle von Lieferschwierigkeiten eines Unternehmens einzuspringen (Beschluss des OLG vom 7. Dezember 2011, VII-Verg 99/11 E. 1.c).

Im Beschluss des OLG 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 (Beschluss des OLG vom 7. November 2012, VII-Verg 24/12 E. 2.a).

Im Beschluss des OLG 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 (Beschluss des OLG vom 17. Januar 2013, VII-Verg 35/12 E. 3).

Spätestens seit dem Erlass der Richtlinie 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 bevorteilen 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 (WIRNER/WERNER, in: *Kompaktkommentar Vergaberecht*, 4. Aufl. Köln 2017, § 30 VgV N. 1 f.; MALTE MÜLLER-WREDE, in: *GWB Vergaberecht Kommentar*, Köln 2016, § 97 N. 195 ff.; 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 Richtlinie 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 nichtdiskriminierenden 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 vom 20. Februar 2013, 363656, SELAS Laboratoire Biomnis gegen Frankreich E. 4 f.; LLORENS/SOLER-COUTEAUX, *Code des marchés publics*, 7. Aufl. Paris 2014, Art. 10 Rz. 93 f.).

Nach dem Erlass der Richtlinie 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 30.04.2004 habe wahrscheinlich – ausser im Umfang, als Versorgungssicherheit relevant für die Frage der technischen und fachlichen Fähigkeiten – noch keine Grundlage für eine Einschränkung der Anzahl Lose, die einem Anbieter zugeschlagen werden könne, geboten. Art. 46 Abs. 2 Richtlinie 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 beispielsweise 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 nichtdiskriminierenden 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 zum 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 Rechtsprechung, 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 bekannt geben 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 Debriefings 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 bei Schwierigkeiten eines Anbieters sichergestellt werden. Dies sei nur möglich, wenn die wirtschaftlichen und betrieblichen Risiken auf mehrere Dienstleister verteilt würden. Der potenzielle 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 neu orientieren müsste. Eine weitere Konzentration des bereits kleinen Anbietermarkts durch Verlust von potenziellen 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 zwei 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 Bedürfnisse 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 vorgese-

hen. Es treffe auch nicht zu, dass jeder Anbieter, der keinen Zuschlag erhalte, 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 infrage 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 bei 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.