

Rechtssache C-327/19

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

19. April 2019

Vorlegendes Gericht:

Korkein hallinto-oikeus (Finnland)

Datum der Vorlageentscheidung:

15. April 2019

Klägerin:

Nobina Finland Oy

Andere Parteien des Verfahrens:

Helsingin seudun liikenne-kuntayhtymä

Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Öffentlicher Auftrag – Unterteilung eines Auftrags in Lose – Beschränkung der Zahl der Lose dieses Auftrags, für die ein einzelner Bieter einen Zuschlag erhalten kann – Beschränkungsklausel – Aufforderung zur Angebotsabgabe – Busverkehr

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Der Helsingin seudun liikenne-kuntayhtymä (Verkehrsverbund der Region Helsinki, im Folgenden: HSL) veröffentlichte im Amtsblatt der Europäischen Union vom 25. August 2015 mit einer Auftragsbekanntmachung im Sektorenbereich einen Aufruf zum Wettbewerb für einen im Wege des offenen Verfahrens zu vergebenden Busverkehrsauftrag.

Der HSL ist ein Auftraggeber, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und

Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (im Folgenden: Sektorenrichtlinie von 2004) fällt.

Der in Rede stehende Auftrag für den Busverkehr fällt in die Kategorie 2 des Anhangs XVII A der Sektorenrichtlinie von 2004 „Landverkehr, einschließlich Geldtransport und Kurierdienste, ohne Postverkehr“. Der voraussichtliche Gesamtwert des Auftrags ohne Mehrwertsteuer beläuft sich auf etwa 60 Mio. EUR und überschreitet den in Art. 16 der Sektorenrichtlinie von 2004 festgelegten Schwellenwert.

In der vorliegenden Rechtssache geht es um die Frage, ob der Auftraggeber gemäß einer von ihm in der Aufforderung zur Angebotsabgabe verwendeten Klausel die Zahl der Lose dieses Auftrags, für die ein einzelner Bieter einen Zuschlag erhalten kann, beschränken durfte (im Folgenden: Beschränkungsklausel).

Die Verwendung der Beschränkungsklausel in dem Aufruf zum Wettbewerb führte dazu, dass die Oy Pohjolan Kaupunkiliikenne Ab (im Folgenden: Pohjolan Kaupunkiliikenne), die das zweitbeste Angebot abgegeben hatte, und nicht die Nobina Finland Oy (im Folgenden: Nobina), die das beste Angebot abgegeben hatte, den Zuschlag für den in Rede stehenden Auftragsgegenstand 210 erhielt.

Zur Vorabentscheidung vorgelegte Fragen

1. Steht die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektorenrichtlinie von 2004) einer Auslegung entgegen, wonach ein Auftraggeber in einer Situation, in der ein Angebot für mehrere oder alle Lose eines Auftrags abgegeben werden kann, mit einer in der Aufforderung zur Angebotsabgabe verwendeten Klausel die Zahl der Lose beschränken kann, für die ein einzelner Bieter einen Zuschlag erhalten kann (Beschränkungsklausel)?

2. Nach der Beschränkungsklausel, die in dem hier in Rede stehenden Aufruf zum Wettbewerb für den Busverkehr angewandt wird, geht dann, wenn die von einem Bieter gewonnenen Auftragsgegenstände die in der Klausel festgelegte maximale Zahl der Fahrzeugtage überschreiten, der Auftragsgegenstand, bei dem die Punktedifferenz zwischen dem besten und dem zweitbesten Angebot, multipliziert mit der Zahl der Fahrzeuge dieses Auftragsgegenstands, die kleinste ist, auf den Bieter über, der das zweitbeste Angebot abgegeben hat. Die Anwendung der Beschränkungsklausel kann dazu führen, dass der Bieter, der das beste Angebot zu dem fraglichen Auftragsgegenstand abgegeben hat, aufgrund des Aufrufs zum Wettbewerb den Zuschlag für insgesamt weniger Fahrzeugtage erhält als der Bieter, der das zweitbeste Angebot zu dem Auftragsgegenstand abgegeben hat.

a) Kann bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Beschränkungsklausel berücksichtigt werden, zu welchem konkreten Ergebnis die Anwendung der Beschränkungsklausel im Aufruf zum Wettbewerb führen könnte, oder ist dies abstrakt zu beurteilen, so dass die Verwendung einer Beschränkungsklausel wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden gemäß der Sektorenrichtlinie von 2004 entweder zulässig ist oder nicht?

b) Sind für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Beschränkungsklausel wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden die in der Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Begründung der Klausel angegebenen Umstände von Bedeutung, die sich auf den Erhalt der Wettbewerbssituation im Linienbusverkehr in der Region Helsinki und die Verringerung des Betriebsrisikos beziehen, das die Übernahme eines großen Verkehrsvolumens sowie die Aufnahme des Verkehrs auf geänderten Linien für die Qualität des Verkehrsbetriebs mit sich bringt?

Angeführte unionsrechtliche Vorschriften

Art. 10, 17 und 55 sowie Anhang XII der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste

Anhang VII der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge

Art. 65 und Erwägungsgrund 88 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates 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

Die in der Richtlinie 2014/25/EU festgelegte Frist für ihre Umsetzung in innerstaatliches Recht endete am 18. April 2016, zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den HSL am 25. August 2015 war die Richtlinie in Finnland aber noch nicht umgesetzt worden. Obwohl die Richtlinie in dieser Rechtssache *ratione temporis* keine Anwendung findet, hält der Korkein hallinto-oikeus den Verweis auf die Bestimmungen dieser Richtlinie für nützlich.

Angeführte nationale Vorschriften

§§ 2 und 54 des Gesetzes 349/2007 über die Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste

Die Richtlinie 2004/17/EG wurde in Finnland durch das Gesetz 349/2007 umgesetzt.

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Die Aufforderung zur Angebotsabgabe betrifft Dienstleistungsaufträge. Der Wettbewerb ist ein Leistungs-Kosten-Wettbewerb, bei dem der Busverkehrsunternehmer ein Angebot für den Betrieb der Linien eines Auftragsgegenstands gemäß dem vom Auftraggeber vorgegebenen Fahrplan und Fahrplankonzept abgibt.
- 2 Die Aufforderung zur Angebotsabgabe umfasste zwölf Auftragsgegenstände, von denen drei wahlweise Auftragsgegenstände enthielten. Die Auftragsgegenstände wurden aus einer oder mehreren Buslinien in der Region Helsinki gebildet. Der Aufforderung zur Angebotsabgabe zufolge beträgt das Volumen des ausgeschriebenen Verkehrs 13,6–14,7 Millionen Linienkilometer im Jahr, für den werktags 198–206 Busse benötigt werden. Der Anteil des ausgeschriebenen Verkehrs beträgt etwa 15 % der vom HSL in Auftrag gegebenen Buslinienkilometer und etwa 16 % der Zahl der Fahrzeuge des HSL. Die Zahl der in den einzelnen Auftragsgegenständen der Aufforderung zur Angebotsabgabe angegebenen Fahrzeugtage d. h. die werktags für den Verkehr benötigte Zahl von Fahrzeugen betrug 5 bis 39 Fahrzeuge.
- 3 Laut Aufforderung zur Angebotsabgabe wird der Auftrag für die Auftragsgegenstände für einen Zeitraum von sieben Jahren vergeben. Darüber hinaus enthalten die Aufträge eine Optionsklausel, wonach die Aufträge für höchstens drei Jahre verlängert werden können.
- 4 Der Aufforderung zur Angebotsabgabe ist zu entnehmen, dass der Auftragsgegenstand 210, der wegen der Anwendung der Beschränkungsklausel von Nobina auf Pohjolan Kaupunkiliikenne übertragen wurde, drei Linien umfasst, für deren Betrieb werktags 26 Fahrzeuge benötigt werden, mit denen etwa 1,87 Millionen Kilometer pro Jahr gefahren werden.
- 5 In der Aufforderung zur Angebotsabgabe hieß es, dass Angebote für einen oder mehrere Auftragsgegenstände abgegeben werden können. Das Angebot war immer für jeweils den gesamten Auftragsgegenstand zu erstellen und die Unterteilung der Auftragsgegenstände in Lose war nicht zulässig. Als Zuschlagskriterium war die gesamtwirtschaftliche Vorteilhaftigkeit angegeben, die unter Berücksichtigung der Gesamtkosten der Verkehrsbesorgung und der Merkmale der Linienbusflotte als Qualitätsfaktoren bewertet wird.
- 6 Die in der hier relevanten Ausschreibungsrunde eingeführte Beschränkungsklausel enthielt eine Beschränkung für das maximale Verkehrsvolumen, das ein Bieterunternehmen oder zu derselben Unternehmensgruppe oder Bietergemeinschaft gehörende Unternehmen in der Ausschreibungsrunde gewinnen können. Die Beschränkungsklausel hatte folgenden Inhalt:

„In dieser Ausschreibungsrunde können einem einzelnen Bieter Auftragsgegenstände für den Betrieb von höchstens 110 Linienbussen zugeteilt

werden. Wenn auf der Grundlage eines Vergleichs der Angebote zu allen Auftragsgegenständen dieser Ausschreibungsrunde ein Bieter Auftragsgegenstände gewinnen würde, bei denen die in der Definition des Auftragsgegenstands angegebene Zahl der Fahrzeugtage zusammen größer als 110 ist, wird für diese Auftragsgegenstände eine Differenz berechnet. Die Differenz ist das Ergebnis aus dem Punkteunterschied zwischen dem besten und dem zweitbesten Angebot in der Vergleichswertung der Angebote multipliziert mit der Zahl der Fahrzeuge des Auftragsgegenstands. Die Auftragsgegenstände werden auf der Grundlage der Differenz in eine Rangliste aufgenommen. Auftragsgegenstände mit der niedrigsten Differenz werden dem zweitbesten Angebot in der Rangliste nach der Differenz solange zugeschlagen, bis die Gesamtzahl der von einem Bieter gewonnenen Fahrzeuge der Gegenstände höchstens 110 beträgt. Diese Beschränkung ist so anzuwenden, dass die kombinierte Wirkung der geänderten Ergebnisse für den Auftraggeber im Hinblick auf die gesamtwirtschaftliche Vorteilhaftigkeit des Auftrags so gering wie möglich ist.“

- 7 Der HSL hat die Beschränkungsklausel damit begründet, dass das in der hier relevanten Ausschreibungsrunde zu vergebende Gesamtverkehrsvolumen außergewöhnlich hoch sei. Ziel der Beschränkung sei es, den Erhalt der Wettbewerbssituation auf dem Busverkehrsmarkt in der Region Helsinki zu sichern und das Betriebsrisiko zu verringern, das die Übernahme eines großen Verkehrsvolumens sowie die Aufnahme des Verkehrs auf geänderten Linien für die Qualität der Verkehrsbesorgung mit sich bringe. Der Auftraggeber hat die Beschränkung als mit den Zielen und Verfahrensweisen der Vergaberichtlinie von 2014 vereinbar erachtet.
- 8 Den Unterlagen der Vergabeentscheidung zufolge gab Nobina das beste Angebot für sechs Auftragsgegenstände ab. Die Zahl der Fahrzeuge der betreffenden Auftragsgegenstände lag bei 120, was über dem in der Beschränkungsklausel vorgesehenen Verkehrsvolumen von 110 Linienbussen liegt. Die Zahl der Linienbusse der beiden von Pohjolan Kaupunkiliikenne gewonnenen Auftragsgegenstände betrug 72. Nach der in der Aufforderung zur Angebotsabgabe angewandten Beschränkungsklausel zum Verkehrsvolumen von 110 Linienbussen wurde der Auftragsgegenstand 210 aufgrund der kleinsten Differenz von Nobina, die das beste Angebot dafür abgegeben hatte, auf Pohjolan Kaupunkiliikenne übertragen, die das zweitbeste Angebot abgegeben hatte. Nach Anwendung der Beschränkungsklausel beträgt die Zahl der Linienbusse bei Nobina 94 und bei Pohjolan Kaupunkiliikenne 98.

Zusammenfassung des bisherigen Verfahrens und des wesentlichen Vorbringens der Parteien

Markkinaoikeus (Gericht für Wirtschaftssachen, Finnland)

- 9 Das *Markkinaoikeus*, bei dem die Rechtssache im ersten Rechtszug anhängig war, vertrat die Ansicht, dass die in Rede stehende Beschränkungsklausel nicht als diskriminierend, unausgewogen oder in sonstiger Weise gegen die Bestimmungen über die Auftragsvergabe verstoßend zu betrachten sei. Das *Markkinaoikeus* wies die Klage von *Nobina* in Bezug auf den die Beschränkungsklausel betreffenden Klagegrund ab.
- 10 Es war der Auffassung, dass die vom HSL für die von ihm verwendete Beschränkungsklausel angegebenen Ziele nicht als gegen die Regeln über die Auftragsvergabe verstoßend betrachtet werden könnten. Auf Grundlage dieser Ziele habe – wie sich aus den Vorarbeiten für die Vergaberichtlinien von 2014 ergibt – die Teilnahme eines Bieters in Bezug auf die Lose eines Auftrags beschränkt werden können.
- 11 Das *Markkinaoikeus* verwies mit den genannten Vorarbeiten auf den Entwurf der Vergaberichtlinie des Rates der Europäischen Union 18966/11 MAP 10 MI 686 vom 21. Februar 2012 betreffend Komplex 5 bezüglich der Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen an der Vergabe öffentlicher Aufträge. Aus dem Entwurf gehe hervor, dass die Auftraggeber die Beteiligung des Bieters an den Losen eines Auftrags schon vor dem Inkrafttreten der Vergaberichtlinie von 2014 beschränken konnten. Die Auftraggeber könnten gemäß dem Entwurf einen berechtigten Grund haben, die Auswahl eines einzigen Bieters für alle Lose eines Auftrags zu vermeiden. Ein berechtigter Grund könne sich auf die Sicherstellung einer breiteren Basis der Lieferanten, um die beherrschende Stellung eines Lieferanten zu verhindern bzw. der Stärkung eines Wirtschaftsteilnehmers in beherrschender Stellung vorzubeugen, oder auf Aspekte der Versorgungssicherheit beziehen.
- 12 Das *Markkinaoikeus* stellte in seiner Entscheidung fest, dass die Beschränkungsklausel in der Aufforderung zur Angebotsabgabe veröffentlicht worden und an alle Bieter gerichtet gewesen sei. Es könne nicht angenommen werden, dass sich die Beschränkungsklausel im Hinblick auf das Erfordernis der gesamtwirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit von der als zulässig erachteten Situation unterscheide, in der ein Auftrag in Lose aufgeteilt sei und die Teilnahme eines einzelnen Bieters an einer Auftragsvergabe in Bezug auf die Lose beschränkt sei.

Korkein hallinto-oikeus (Oberster Verwaltunggerichtshof, Finnland)

- 13 In ihrem Rechtsmittel hat *Nobina* die Auffassung vertreten, dass die Anwendung der Beschränkungsklausel nicht zur Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots geführt habe.

- 14 Nobina macht geltend, dass auf der Grundlage der Vergaberichtlinien von 2004 nur eine vorherige Unterteilung eines Auftrags in Lose zulässig sei. Der HSL habe nicht im Voraus die Zahl der Lose beschränkt, für die ein Bieter ein Angebot habe abgeben können, sondern die Beschränkung beruhe auf einer nachträglichen Kürzung. Vorherige Beschränkung und nachträgliche Beschränkungsklausel seien aus Sicht der gesamtwirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit keine vergleichbaren Verfahren.
- 15 Die Beschränkungsklausel verstoße in jedem Fall gegen die vergaberechtlichen Grundsätze des Unionsrechts. Sie verletze die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz, der Unparteilichkeit und der Nichtdiskriminierung und sei geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen.
- 16 Die nachträgliche Beschränkung der gewonnenen Auftragsgegenstände führe zu nutzlos optimierten Angeboten und zur Verwendung öffentlicher Mittel für das zweitbeste Angebot. Die Klausel sei für den Erhalt der Wettbewerbssituation und die Verringerung des Betriebsrisikos nicht erforderlich. Sie fördere nicht die längerfristige Wettbewerbssituation, sondern könne den Wettbewerb hemmen und das Preisniveau erhöhen.
- 17 Der Auftraggeber greife mit der Beschränkungsklausel in Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt ein. Die Klausel könne in unvorhersehbarer und zufälliger Weise zur Anwendung kommen und sich so in unverhältnismäßiger Weise auf die endgültige Platzierung eines Bieters in der Ausschreibung auswirken. Für andere Betreiber als Nobina sei trotz der Beschränkungsklausel eine Erhöhung des Marktanteils im Verkehr in der Region Helsinki möglich gewesen.
- 18 Der *HSL* macht geltend, für die Lose des Auftrags seien unter Berücksichtigung der Beschränkungsklausel die wirtschaftlich günstigsten Angebote ausgewählt worden und der Auftraggeber habe nicht entgegen den Vergabevorschriften gehandelt.
- 19 Die Richtlinien von 2014 hätten Bestimmungen enthalten, die die Anwendung der Beschränkungsklausel erlaubten. Sie knüpften an den nach dem bisherigen Vergaberecht geltenden Grundsatz des Erhalts des Wettbewerbs an. Obwohl in früheren Rechtsvorschriften Bestimmungen über die Unterteilung von Aufträgen fehlten, habe diese auch nach früheren Rechtsvorschriften im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers gelegen.
- 20 Aus Anhang VII A der Vergaberichtlinie von 2004, den in der Entscheidung des Markkinaoikeus erwähnten Vorarbeiten und dem Arbeitsdokument der Kommission SEC(2008) 2193 vom 25. Juni 2008 könne der Schluss gezogen werden, dass die Anwendung der in Rede stehenden Beschränkungsklausel auf der Grundlage der Richtlinie von 2004 möglich war.
- 21 Nach der vom HSL verwendeten Beschränkungsklausel habe der Bieter für alle Lose des Auftrags ein Angebot abgeben und für mehrere Lose des Auftrags

ausgewählt werden können. Im Vergleich zur Beschränkung der Zahl der angebotenen Lose sei die Beschränkungsklausel aus Sicht des Bieters die mildere Alternative.

- 22 Obwohl die Vergaberichtlinien von 2014 zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens innerstaatlich nicht umgesetzt gewesen seien, sei der HSL berechtigt gewesen, die mildere Beschränkungsklausel anzuwenden, da ihre Verwendung nicht gegen innerstaatliche Rechtsvorschriften verstoßen habe.
- 23 Die Nutzung von Wettbewerbsmöglichkeiten auch in künftigen Aufrufen zum Wettbewerb und die nicht übermäßige Abhängigkeit des Auftraggebers von der durch einen einzelnen Lieferanten gewährleisteten Versorgungssicherheit könnten als mit der Beschränkungsklausel erreichbare legitime Ziele betrachtet werden. Die Beschränkungsklausel sei nicht unter Verstoß gegen die Vergabegrundsätze angewandt worden.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 24 Nach Auffassung des Korkein hallinto-oikeus fällt der in Rede stehende Auftrag in den Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie von 2004, so dass über die Zulässigkeit der Beschränkungsklausel auf Grundlage der Bestimmungen dieser Richtlinie zu entscheiden ist. Für die rechtliche Beurteilung des Streitfalls hat es jedoch keine Bedeutung, ob die Sektorenrichtlinie von 2004 oder die Vergaberichtlinie von 2004 zur Anwendung kommt, da sich die Regelungen in den genannten Richtlinien hinsichtlich der zu prüfenden Frage entsprechen.
- 25 Das Korkein hallinto-oikeus hält die Einholung einer Vorabentscheidung im vorliegenden Fall für unerlässlich. Es bedarf der Auslegung, ob die Sektorenrichtlinie von 2004 in einer Situation, in der ein Bieter gemäß der Aufforderung zur Angebotsabgabe ein Angebot für mehrere oder alle Lose eines Auftrags abgeben kann, dem entgegensteht, dass der Auftraggeber, ebenfalls gemäß der Aufforderung zur Angebotsabgabe, die Zahl der Lose des Auftrags, für die ein einzelner Bieter einen Zuschlag erhalten kann, in seiner Vergabeentscheidung beschränken kann.
- 26 Darüber hinaus bedarf es der Auslegung, welche Bedeutung es für die Beurteilung der Zulässigkeit der Beschränkungsklausel hat, dass die Sektorenrichtlinie von 2004 keine ausdrückliche Regelung über die Unterteilung von Aufträgen in Lose enthält und das Zuschlagskriterium gemäß dieser Richtlinie das wirtschaftlich günstigste Angebot oder der niedrigste Preis muss.
- 27 Ferner ist auslegungsbedürftig, ob bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Beschränkungsklausel das konkrete Ergebnis, zu dem die Anwendung der Klausel im Aufruf zum Wettbewerb führen könnte, berücksichtigt werden kann.
- 28 Nach Auffassung des Korkein hallinto-oikeus finden sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine Rechtssachen, in denen es um die Frage gegangen wäre, ob

in Anwendung der Richtlinien von 2004 die Zahl der Lose beschränkt werden kann, für die ein einzelner Bieter einen Zuschlag erhalten kann.

- 29 Nach Ansicht des Korkein hallinto-oikeus ist beim Gerichtshof auch kein Vorabentscheidungsersuchen in Bezug auf Art. 65 Abs. 2 der Sektorenrichtlinie von 2014 oder die entsprechende Bestimmung der Vergaberichtlinie anhängig.
- 30 Die Richtlinien von 2004 enthalten keine ausdrückliche Regelung dazu, ob der Auftraggeber den Auftrag in Lose unterteilen und die Zahl der Lose, für die ein Angebot abgegeben werden kann, beschränken kann. Unter Berücksichtigung von Art. 17 Abs. 6 Buchst. a und Nr. 5 Buchst. b des Anhangs XIII der Sektorenrichtlinie von 2004 und der entsprechenden Bestimmungen der Vergaberichtlinie von 2004 ist es nach Ansicht des Korkein hallinto-oikeus offenkundig, dass eine solche Unterteilung des Auftrags möglich ist.
- 31 Die Beschränkung der Zahl der Lose des Auftrags, für die ein Bieter ein Angebot einreichen kann, und die Beschränkung der Zahl der Lose des Auftrags, für die ein einzelner Bieter einen Zuschlag erhalten kann, sind nicht ganz vergleichbar. Im ersten Fall muss der Bieter schon bei der Abgabe des Angebots wählen, für welches Los das Angebot abgegeben wird, und das wirtschaftlich günstigste Angebot oder das Angebot mit dem niedrigsten Preis wird ausgewählt. In letzterem Fall kann der Bieter, so er dies wünscht, für alle Lose des Auftrags ein Angebot abgeben, wegen der Anwendung der Beschränkungsklausel kann aber für ein einzelnes Los des Auftrags das wirtschaftlich zweitgünstigste Angebot oder das Angebot mit dem zweitniedrigsten Preis ausgewählt werden.
- 32 Andererseits kann die erst nach der Abgabe der Angebote anzuwendende Beschränkungsklausel für den Bieter günstiger sein als eine vorherige Beschränkung der Angebote, da der Bieter, so er dies wünscht, ein Angebot für mehrere oder alle Lose des Auftrags abgeben kann und die Beschränkungsklausel möglicherweise gar nicht zur Anwendung kommt.
- 33 Die Bieter oder der Auftraggeber wissen nicht im Voraus, auf welchen Auftragsgegenstand der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. auf welches Los des Auftrags die Beschränkungsklausel möglicherweise Anwendung finden wird. In der Praxis unterscheidet sich die Situation an sich nicht von einem Aufruf zum Wettbewerb ohne Beschränkungsklausel, da der Bieter auch dann nicht im Voraus weiß, ob sein Angebot Erfolg haben wird oder nicht.
- 34 Gemäß der Aufforderung zur Angebotsabgabe des HSL waren Angebote für die einzelnen Auftragsgegenstände des Aufrufs zum Wettbewerb abzugeben. Als Schwellenwert für die Anwendung der Beschränkungsklausel wurde jedoch nicht die Zahl der vom Bieter gewonnenen Auftragsgegenstände verwendet, sondern die Zahl der vom Bieter gewonnenen Linienbustage. Das Korkein hallinto-oikeus geht davon aus, dass die Zahl der gewonnenen Fahrzeugtage in der Klausel als Höchstzahl festgelegt wurde, weil die einzelnen Auftragsgegenstände des Aufrufs zum Wettbewerb hinsichtlich des Verkehrsvolumens unterschiedlich groß sind.

- 35 Wird die Beschränkungsklausel angewandt, werden der Auftragsgegenstand oder die Auftragsgegenstände des Aufrufs zum Wettbewerb insgesamt und nicht nur in Bezug auf die den Schwellenwert überschreitenden Fahrzeugtage auf den zweitbesten Bieter übertragen. Auf den Bieter, der das zweitbeste Angebot abgegeben hat, wird der Auftragsgegenstand oder die Auftragsgegenstände übertragen, bei denen die Punktedifferenz zwischen dem besten und dem zweitbesten Angebot, multipliziert mit der Zahl der Fahrzeuge des Auftragsgegenstands, die kleinste ist. Nach Angaben des HSL wurde die Klausel so gestaltet, dass die Auswirkungen ihrer Anwendung auf die gesamtwirtschaftliche Vorteilhaftigkeit der Aufträge so gering wie möglich sind.
- 36 Als Ergebnis des Aufrufs zum Wettbewerb kam es im vorliegenden Fall wegen der Anwendung der Beschränkungsklausel jedoch dazu, dass Nobinas Gesamtzahl der Fahrzeuge an den Linienbustagen von 120 auf 94 Fahrzeuge und damit auf einen niedrigeren Wert als Pohjolan Kaupunkiliikennes Gesamtzahl der Linienbustage gesenkt wurde, die von 72 auf 98 Fahrzeuge erhöht wurde. Die Übertragung des Auftragsgegenstands vom Bieter, der das beste Angebot dafür abgegeben hatte, auf den Bieter, der das zweitbeste Angebot abgegeben hatte, bedeutete, dass der erstgenannte Bieter aufgrund des Aufrufs zum Wettbewerb den Zuschlag für insgesamt weniger Linienbustage erhielt als der letztgenannte Bieter. Trotz der Anwendung der Beschränkungsklausel gewann Nobina mehr Auftragsgegenstände als Pohjolan Kaupunkiliikenne.
- 37 Die Anwendung einer Beschränkungsklausel, wie sie hier in Rede steht, könnte zu – verglichen mit dem vorliegenden Fall – noch größeren Änderungen am Ergebnis des Aufrufs zum Wettbewerb führen, und für den Bieter wäre es wegen der Klausel unter bestimmten Umständen günstiger, im Angebotsvergleich als Zweiter platziert zu werden. Betrüge zum Beispiel die Zahl der vom Bieter gewonnenen Fahrzeugtage 111 und befände sich die geringste als Zahl der Fahrzeuge gemessene Differenz im größten Auftragsgegenstand, d. h. dem Auftragsgegenstand mit 39 Fahrzeugen, würde die Überschreitung des festgelegten Schwellenwerts um einen einzigen Fahrzeugtag den Verlust des gesamten Auftragsgegenstands von 39 Fahrzeugen bedeuten. Da sich neben der Punktedifferenz zwischen den Angeboten die Zahl der Fahrzeuge des Auftragsgegenstands auf die Bestimmung des Auftragsgegenstandes, der auf den zweitbesten Bieter übertragen wird, auswirkt, ist es jedoch wahrscheinlicher, dass ein anderer als der von der Zahl der Fahrzeuge her größte Auftragsgegenstand vom gewinnenden Bieter auf einen anderen übertragen wird.
- 38 In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen hat der Korkein hallinto-oikeus auch erwogen, ob die Zulässigkeit der Beschränkungsklausel abstrakt beurteilt werden sollte, so dass die Verwendung der Klausel in der Auftragsbekanntmachung und der Aufforderung zur Angebotsabgabe auf der Grundlage der Sektorenrichtlinie von 2004 entweder zulässig ist oder nicht, oder ob bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Beschränkungsklausel das Ergebnis, zu dem die Anwendung der Klausel in dem Aufruf zum Wettbewerb konkret führen würde, berücksichtigt werden kann. Der Korkein hallinto-oikeus hält es aus

Gründen der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit grundsätzlich für problematisch, wenn die Bewertung der rechtlichen Zulässigkeit einer in der Aufforderung zur Angebotsabgabe enthaltenen und den Bietern somit bekannten Beschränkungsklausel einzelfallbezogen aufgrund des Ergebnisses der Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgen würde.

- 39 Sollte die Verwendung der Beschränkungsklausel nicht mit den in Art. 55 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie von 2004 enthaltenen Bestimmungen über die Zuschlagskriterien vereinbar sein, wäre auch in der Richtlinie von 2014, in der ausdrücklich gestattet ist, die Zahl der Lose zu beschränken, für die ein einzelner Bieter einen Zuschlag erhalten kann, eine entsprechende Unvereinbarkeit enthalten.
- 40 Die für die Verwendung der Beschränkungsklausel in der Auftragsbekanntmachung und in der Aufforderung zur Angebotsabgabe angegebenen Gründe entsprechen den in Erwägungsgrund 88 der Sektorenrichtlinie von 2014 genannten Gründen für die Regelung in der Richtlinie, nach der der Auftraggeber die Zahl der Lose eines Auftrags, die an einen einzigen Bieter vergeben werden, begrenzen darf. Die Anwendung der Beschränkungsklausel schützt den Erhalt des Wettbewerbs. Der Erhalt des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt begünstigt, dass die Aufträge des Auftraggebers auf lange Sicht insgesamt betrachtet gesamtwirtschaftlich vorteilhafter sind.