

Anmerkung zu:	<u>EuGH 8. Kammer, Urteil vom 19.12.2018 - C-216/17</u>
Autoren:	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Dr. Leonard von Rummel, LL.M., RA
Erscheinungsdatum:	12.03.2019
Quelle:	
Normen:	<u>§ 21 VgV 2016, § 132 GWB, EGRL 18/2004, EURL 24/2014</u>
Fundstelle:	jurisPR-VergR 3/2019 Anm. 1
Herausgeber:	Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/von Rummel, jurisPR-VergR 3/2019 Anm. 1 

EuGH konkretisiert Anforderungen an Rahmenvereinbarungen

Tenor

Art. 1 Abs. 5 und Art. 32 Abs. 2 Unterabs. 4 der 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 sind dahin auszulegen, dass

- ein öffentlicher Auftraggeber für sich selbst und für andere eindeutig bezeichnete öffentliche Auftraggeber, die nicht unmittelbar an einer Rahmenvereinbarung beteiligt sind, handeln kann, wenn die Gebote der Publizität und der Rechtssicherheit und damit das Transparenzgebot beachtet werden, und**
- es nicht zulässig ist, dass die diese Rahmenvereinbarung nicht unterzeichnenden öffentlichen Auftraggeber nicht die Menge der Leistungen bestimmen, die verlangt werden kann, wenn sie Aufträge in Durchführung dieser Rahmenvereinbarung abschließen, oder sie die Menge unter Bezugnahme auf ihren normalen Bedarf bestimmen, da sie sonst gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der am Abschluss dieser Rahmenvereinbarung interessierten Wirtschaftsteilnehmer verstoßen würden.**

A. Problemstellung

Der EuGH setzt sich in diesem Vorlageverfahren mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen öffentliche Auftraggeber einer bestehenden Rahmenvereinbarung beitreten können. Es stellte sich zum einen die Frage, ob öffentliche Auftraggeber, die die Rahmenvereinbarung nicht unterschrieben haben, aber in ihr als potentielle Auftraggeber genannt werden, Vertragspartner werden können. Zum anderen hatte der EuGH zu klären, ob ein Beitritt möglich ist, wenn in der Rahmenvereinbarung keine Höchstmenge der abzurufenden Leistungen angegeben war.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Im Ausgangsverfahren hatten sowohl die italienische Wettbewerbsbehörde als auch das private Wirtschaftsunternehmen Coopservice Soc. Coop gegen die regionale Gesundheitseinrichtung des Valcamonica – Sebino (ASST Valcamonica) geklagt. Der Grund für die Klage war, dass ASST

Valcamonica am 30.12.2015 einem Vertrag über die Dienste der Krankenhausreinigung sowie der Sammlung und Entsorgung von Abfall beigetreten ist, der am 04.11.2011 von der regionalen Gesundheitseinrichtung Gardasee (ASST Gardasee) mit der Bietergemeinschaft ATE Markas geschlossen worden war. Die ASST Valcamonica war in dem Vertrag als eine Einrichtung bezeichnet, zu deren Gunsten der Vertrag erweitert werden könne. Die Klägerinnen waren der Ansicht, dass die ASST Valcamonica statt diesem Vertrag beizutreten einen neuen Vertrag hätten ausschreiben müssen.

II. Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass das Vorabentscheidungsersuchen nicht schon deswegen unzulässig sei, weil der streitgegenständliche Vertrag die vorhergesehene Regellaufzeit einer Rahmenvereinbarung von vier Jahren überschritten hatte. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts zu überprüfen, ob die Überschreitung der Laufzeit im vorliegenden Fall gerechtfertigt sei. Sodann stellt der EuGH klar, dass sich das anwendbare und auszulegende Recht nach dem Zeitpunkt der endgültigen Entscheidung über die Ausschreibung richtet. Im vorliegenden Fall war das die RL 2004/18, da der ursprüngliche Vertrag zwischen der ASST Gardasee und ATE Markas im Jahr 2011 geschlossen wurde.

Hinsichtlich der ersten Vorlagefrage entschied der EuGH, dass Art. 32 Abs. 2 der RL 2004/18 dahingehend ausgelegt werden müsse, dass öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit haben, für sich und für andere eindeutig in den Ausschreibungsunterlagen genannte Auftraggeber zu handeln, die aber nicht unmittelbare Partei der Rahmenvereinbarung sind. Das Ziel der Vorschriften über Rahmenvereinbarungen bestehe darin, die Effizienz des öffentlichen Beschaffungswesens zu verbessern. Dieses Ziel werde erreicht, wenn mehrere in der Rahmenvereinbarung bezeichnete öffentliche Auftraggeber Aufträge abrufen könnten. Dabei müssten jedoch die Anforderungen an die Publizität und die Rechtssicherheit und damit die Transparenz gewahrt werden.

Die zweite Vorlagefrage beantwortete der EuGH dahingehend, dass in Rahmenvereinbarungen die Höchstmenge der Lieferungen oder Dienstleistungen bestimmt werden müsse. Eine Bezugnahme auf den normalen Bedarf reiche nicht aus. Dabei ging er von den folgenden Erwägungen aus.

Nach der Definition des Art. 1 Abs. 5 der RL 2004/18 ist eine Rahmenvereinbarung eine Vereinbarung, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Der EuGH legt diese Vorschrift so aus, dass sich das Wort „gegebenenfalls“ nicht darauf beziehe, dass die Angabe der (Höchst-)Menge fakultativ sei. Es ergebe sich vielmehr aus anderen Bestimmungen der Richtlinie, dass die Höchstmenge an Leistungen, die Gegenstand von Folgeverträgen sein könnte, von Anfang an bestimmt sein muss.

Zunächst argumentiert der EuGH mit Art. 9 Abs. 9 der RL 2004/18, nach dem sich der geschätzte Wert der Rahmenvereinbarung nach den für die gesamte Laufzeit geplanten (Einzel-)Aufträgen berechne. Auch das Muster einer Bekanntmachung in Anhang VII Teil A der RL 2004/18 sehe vor, den veranschlagten Gesamtwert der Dienstleistungen anzugeben. Diese Vorschriften sprächen dafür, dass der Höchstbetrag angegeben werden müsse.

Weiterhin richten sich alle auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Folgeaufträge nach den Bedingungen der Rahmenvereinbarung. Daher müsse der öffentliche Auftraggeber, der die Rahmenvereinbarung abschließt, bereits die Menge der Folgeaufträge für sich selbst und für weitere potentielle Auftraggeber angeben. Denn die Rahmenvereinbarung verliere ihre Wirkung, wenn die vorhergesehene Menge erreicht sei.

Aus dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatzes ergebe sich zudem, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert sein müssen. Nur so könnten alle Bieter die Vergabeunterlagen in gleicher Weise auslegen und der öffentliche Auftraggeber die Angebote der Bieter überprüfen. Die Folgeaufträge, die aufgrund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, werden allerdings nicht

gesondert bekanntgegeben. Der EuGH ist daher der Ansicht, dass ohne die Angabe einer Höchstmenge in der Rahmenvereinbarung der Transparenzgrundsatz verletzt wäre.

Müsste weiterhin die Höchstmenge nicht angegeben werden, könne auch die Ausschreibungspflicht umgangen werden. Die Leistungen könnten künstlich aufgespalten werden, damit der Abschluss der Rahmenvereinbarung unter den Schwellenwerten bleibt.

Auch reiche die Bezugnahme auf den „normalen Bedarf“ nicht aus. Der normale Bedarf könne für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten nicht ausreichend explizit sein. Wenn zudem die Höhe des normalen Bedarfs bekannt sei, spreche nichts dagegen, diese Menge als Höchstmenge anzugeben.

Schließlich konkretisiere die Pflicht, eine Höchstmenge anzugeben, das Verbot, das Instrument der Rahmenvereinbarung missbräuchlich oder in einer Weise anzuwenden, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung betrifft den Kreis der Abrufberechtigten einer Rahmenvereinbarung (hierzu unter I) sowie die Frage, ob stets eine Höchstmenge anzugeben ist (hierzu unter II).

I. Kreis der Abrufberechtigten

Die erste Vorlagefrage beschäftigt sich mit dem subjektiv-personellen Kreis der Abrufberechtigten einer Rahmenvereinbarung. Vor dem Hintergrund des Transparenzgrundsatzes und auch der Vergleichbarkeit der Angebote versteht es sich, dass der Kreis der Abrufberechtigten bestimmbar sein muss. Art. 32 Abs. 2 Unterabs. 2 der RL 2004/18 ist allerdings in seiner Formulierung unklar, wenn er fordert, dass die Rahmenvereinbarung nur auf diejenigen anwendbar ist, die von Anbeginn an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind.

Der EuGH argumentiert anhand von Sinn und Zweck der Rahmenvereinbarung, dass die potentiellen „sekundären“ öffentlichen Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen lediglich bezeichnet werden und nicht Vertragspartei der Rahmenvereinbarung werden müssen. Denn bereits durch die konkrete Bezeichnung der möglichen Parteien in den Ausschreibungsunterlagen wird den Wirtschaftsteilnehmern ermöglicht, die Reichweite der Rahmenvereinbarung abzuschätzen. Eine Unterzeichnung der Rahmenvereinbarung hat keine weiterführenden positiven Folgen für den Grundsatz der Gleichbehandlung.

Der EuGH dürfte diese Frage auch nach aktueller Rechtslage in diesem Sinne entscheiden. Gemäß Art. 33 Abs. 2 Unterabs. 2 der RL 2014/24 dürfen solche öffentlichen Auftraggeber einer Rahmenvereinbarung beitreten, die zu diesem Zweck im Aufruf zum Wettbewerb (Art. 26 Abs. 5 Unterabs. 1 der RL 2014/24) oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung (Art. 48 Abs. 2 i.V.m. Art. 54 der RL 2014/24) eindeutig bezeichnet worden sind. Daher müssen in diesen Unterlagen die potentiellen „sekundären“ öffentlichen Auftraggeber genannt werden. Wie das zu erfolgen hat ergibt sich aus einer Anlehnung an Erwägungsgrund 60 der RL 2014/24. Demnach muss eine namentliche Bezeichnung des potentiellen „sekundären“ öffentlichen Auftraggebers oder zumindest eine abstrakt-individuelle Bestimmbarkeit des Kreises der möglichen Abrufberechtigten (z.B. alle Gesundheitseinrichtungen in einem bestimmten Gebiet) erfolgen. Eine Unterschrift der potentiellen „sekundären“ öffentlichen Auftraggeber ist nicht nötig. Das ergibt sich aus dem zweiten Halbsatz des Art. 33 Abs. 2 UAbs. 2 der RL 2014/24. Er besagt, dass nur solche Wirtschaftsteilnehmer Teil der Rahmenvereinbarung werden, die zum Zeitpunkt des Abschlusses Vertragspartei der Rahmenvereinbarung waren. Damit steht fest, dass nur mehrere potentielle Auftragnehmer die Rahmenvereinbarung unterschreiben müssen. Auf Seiten der potentiellen Abrufenden der Leistung genügt eine konkrete Bezeichnung in den Vergabeunterlagen.

II. Das Erfordernis, eine Höchstmenge anzugeben

Problematischer ist die Entscheidung des EuGH hinsichtlich der Pflicht, eine Höchstmenge in der Rahmenvereinbarung anzugeben. Zwar erging die Entscheidung zur alten Rechtslage, aber sie ist auch für die neue Rechtslage relevant, da die Normen, die der EuGH zur Argumentation heranzieht, in der RL 2014/24 sehr ähnlich sind. Insbesondere das Adverb „gegebenenfalls“ ist in Art. 1 Abs. 5 RL 2004/18 genauso wie in Art. 33 Abs. 1 Unterabs. 2 RL 2014/24 enthalten. Der EuGH würde wohl auch nach neuer Rechtslage zu einem ähnlichen Ergebnis kommen. Diese Schlussfolgerung ist aber – insbesondere angesichts des entgegenstehenden Wortlauts der einschlägigen Richtlinienvorschrift – nicht zwingend.

Dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot kann im Einzelfall auch dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, dass eine möglichst genaue Schätzung auf der Grundlage der bisherigen Erfahrungen vorgenommen wird. Dem steht auch nicht entgegen, dass in der Bekanntmachung einer Rahmenvereinbarung der veranschlagte Gesamtwert der Dienstleistungen anzugeben ist. Das bedeutet nicht zwingend die Angabe eines Höchstwertes. Auch der Umstand, dass eine Überschreitung des angegebenen Wertes zu einer Neuausschreibung führt, stellt lediglich eine Folge dar, kann aber aus sich heraus das Erfordernis der Angabe einer Höchstmenge nicht erklären. Insbesondere vor dem Hintergrund des Wortlauts des Art. 1 Abs. 5 der RL 2004/18, wonach „gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge angegeben werden muss“, erscheint die Auslegung des EuGH zu weitgehend.

Die Entscheidung überrascht auch in ihrer Klarheit, denn bislang wurde weder in Rechtsprechung noch in Literatur die Angabe einer Höchstgrenze gefordert. In der Literatur wurde durchaus über Unter- und Obergrenzen des Auftragsvolumens bei Rahmenvereinbarungen diskutiert. Die Bekanntgabe einer Höchstgrenze wurde dabei jedoch nicht verbindlich gefordert, sondern lediglich als optionale Angabe durch den Auftraggeber für möglich gehalten (Völlink/Kraus in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 21 VgV Rn. 7, Fischer/Fongern, NZBau 2013, 550, 554). Die deutschen Nachprüfungsinstanzen sahen bislang auch keinen Grund über die Anforderungen an die Angaben zum Auftragsvolumen hinaus, eine Obergrenze für das Auftragsvolumen zu fordern (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.10.2015 - Verg 28/14; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.03.2012 - VII-Verg 90/11; VK Bund, Beschl. v. 29.01.2009 - VK 3 - 200/08; VK Bund, Beschl. v. 29.07.2009 - VK 2 - 87/09; VK Düsseldorf, Beschl. v. 23.05.2008 - VK - 7/2008). Teilweise wurde die Angabe einer Ober- und Untergrenze bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen empfohlen, um den Bietern die Kalkulation zu erleichtern. Beispielsweise sollten nach der Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen des BMI (UfAB) im Einzelfall sowohl Ober- als auch Untergrenzen angegeben werden (BMI, UfAB 2018 (Stand: 25.04.2018), S. 133 f.). Eine vergaberechtliche Pflicht zur Angabe eines Maximalauftragsvolumens wurde bisher indes soweit ersichtlich nicht angenommen.

Auch der Wortlaut von § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV fordert lediglich, dass der Auftraggeber die Menge der abzurufenden Leistung so genau wie möglich angeben, aber nicht abschließend festlegen muss. Die Satzteile „so genau wie möglich (...) aber nicht abschließend“ setzen wohl das Adverb „gegebenenfalls“ des Art. 33 der RL 2014/24 um. Angesichts des EuGH-Urteils ist der Wortlaut des § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV nun unionsrechtskonform enger zu verstehen, und in der Rahmenvereinbarung muss eine Höchstmenge abschließend angegeben werden.

Die sehr strenge Sichtweise des EuGH lässt sich möglicherweise mit dem erhöhten Missbrauchspotential von Rahmenvereinbarungen erklären. Rahmenvereinbarungen werden in der Praxis hinsichtlich des Umfangs der Abrufe oft weit formuliert, um neue Ausschreibungen zu vermeiden. Das Erfordernis einer Höchstgrenze kann diese Praxis einschränken.

Kritisch ist allerdings anzumerken, dass das Erfordernis einer Höchstgrenze die Flexibilität von Rahmenvereinbarungen recht weitgehend einschränkt. Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen wird von öffentlichen Auftraggebern gerade wegen ihrer Flexibilität geschätzt. Es ist ein Wesensmerkmal von Rahmenvereinbarungen, dass die Volumina der Einzelaufträge bei Abschluss der Rahmenvereinbarung noch nicht konkret feststehen. Durch den Abschluss einer Rahmenvereinbarung

können Auftraggeber der Unsicherheit über die abzurufende Menge begegnen. Es liegt in der Natur der Sache, dass im Interesse der Flexibilität oft keine maximale Abnahmemenge festgelegt werden kann.

Diese Flexibilität wird dem öffentlichen Auftraggeber durch die EuGH-Entscheidung genommen. Bislang waren die abzurufenden Mengen nur in einem groben Schätzwert anzugeben. Eine Überschreitung der Abrufmenge war nur dann problematisch, wenn sie substantiell war. Dazu musste im Einzelfall gesondert festgestellt werden, ob eine Überschreitung des Schätzwertes eine erhebliche Überschreitung darstellt. Dabei sollten vor allem die Art der Leistung beachtet werden (OLG Jena, Beschl. v. 22.08.2011 - 9 Verg 2/11 Rn. 77; Zeise in: Kulartz/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV, § 21 Rn. 22; Greaf, NZBau 2005, 561, 566). Andere nehmen an, dass eine erhebliche Überschreitung erst nach einer festen Schwelle (ca. 15 bis 20%) gegeben ist (so Knauff, VergabeR 2006, 24, 28, der eine Schwelle von 20% oder Laumann, VergabeR 2011, 52, 56, sowie Rosenkötter/Seidler, NZBau 2007, 684, die die Schwelle bei 15% als erheblich ansehen. Das OLG Schleswig ging bei einer Erweiterung von ca. 12% im Vergleich zum ursprünglichen Leistungsvolumen von einer wesentlichen Vertragsänderung aus: OLG Schleswig, Beschl. v. 04.11.2014 - 1 Verg 1/14 Rn. 55). Die absolute Höchstgrenze der Zulässigkeit eines überschießenden Auftragsvolumens soll jedenfalls beim erneuten Erreichen der Schwellenwerte oder bei missbräuchlicher Verwendung der Rahmenvereinbarung gegeben sein (Zeise in: Kulartz/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV, § 21 Rn. 22).

Fortan wird man jede Überschreitung der in der Rahmenvereinbarung angegebenen Höchstmenge nach dem Willen des EuGH an § 132 GWB messen müssen. Die Überschreitung der Höchstmenge führt dann im Ergebnis zu einer wesentlichen Vertragsänderung, und der Einzelauftrag muss neu im Wettbewerb ausgeschrieben werden (Haake/Koch in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 21 VgV Rn. 16). Die Entscheidung des EuGH führt im Ergebnis dazu, dass die Flexibilität des öffentlichen Auftraggebers zugunsten einer besseren Kalkulationsbasis der Bieter und der Eindämmung von Missbrauchsgefahren aufgegeben wird.

D. Auswirkungen für die Praxis

Auf den ersten Blick bedeutet dieses Urteil eine starke Einschränkung für öffentliche Auftraggeber. Die bislang bestehende Praxis, Rahmenvereinbarungen über den ursprünglich vorhergesehenen Umfang hinaus zu nutzen, wird schwieriger. Insofern wäre das Ziel des EuGH, das Instrument der Rahmenvereinbarung vor Missbrauch zu schützen und damit den Wettbewerb zu stärken, erreicht. Das Erfordernis, eine Höchstmenge in der Rahmenvereinbarung anzugeben, könnte aber auch dazu führen, dass die Aufträge wieder mehr zerstückelt werden und das Instrument letztlich weniger angewendet wird.

Darüber hinaus könnten öffentliche Auftraggeber – um ihre Flexibilität zu erhalten – bei der Angabe der Höchstmenge fortan großzügiger werden. Auch das könnten problematische Konsequenzen haben: Einige Bieter könnten sich angesichts der potentiellen Höchstmenge von einer Angebotsabgabe abschrecken lassen oder in der Hoffnung auf den Abruf der Höchstmenge Angebote abgeben, die nicht kostendeckend sind.

Öffentlichen Auftraggebern ist im Lichte des EuGH-Urteils zu empfehlen, in Zukunft eine Höchstmenge in den Rahmenvereinbarungen anzugeben, um nicht gegen Unionsrecht zu verstoßen. Es bleibt aber abzuwarten, ob die klare Vorgabe des EuGH in der Praxis tatsächlich eingehalten wird. Denn eine Verletzung der Angabe einer Höchstmenge müsste von den Bietern im Vergabeverfahren gerügt werden. Diesen Schritt werden viele Bieter jedoch nicht gehen, um sich die Chancen auf den Abschluss der Rahmenvereinbarung zu erhalten und dann von der Rahmenvereinbarung ihrerseits so gut wie möglich zu profitieren.