

von Birgit Gressner

## Keine grundsätzliche Pflicht zur Angabe von Höchstmengen -- Auseinandersetzung mit der Entscheidung des EuGH C-216/17-

**Ist die Bekanntmachung einer Rahmenvereinbarung intransparent, wenn eine Höchstmengenangabe fehlt? Wie muss die Menge der Leistungen unter einem Rahmenvertrag bekanntgegeben werden, ohne den Wettbewerb einzuschränken? Mit Aufhebung der ursprünglichen Richtlinie und Umsetzung der Nachfolgerichtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe durch die Vergabeverordnung (VgV) hat sich der Regelungswortlaut für Anforderungen an Rahmenvereinbarungen geändert. Gelten die Prinzipien des EuGH Urteils Urteil C-216/17 vom 19.12.2018 zu Mengenangaben bei Rahmenverträgen generell oder handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung? Wir halten sie für eine Einzelfallentscheidung, die nicht auf alle Rahmenverträge anwendbar ist.**

### I. EuGH: Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz erfordern Mengenangabe bei Rahmenverträgen

Eine Rahmenvereinbarung hat zum Ziel, 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. (Art 1 Abs.5 " Definition - Rahmenvereinbarung", RL 2004/18 EG; Art 33 Abs.1 UA 2 "Definition - Rahmenvereinbarung", RL 2014/24/EU)

Der EuGH argumentiert im Urteil C-216/17 vom 19.12.2018, dass zwar aus dem Adverb "gegebenenfalls" abgeleitet werde, die Angabe der Mengen der Leistungen, die die Rahmenvereinbarung betrifft, sei nur fakultativ. Diese Auffassung treffe allerdings nicht zu. Dieses Urteil erging zur Richtlinie 2004/18 EG welche durch die Richtlinie 2014/24/EU aufgehoben wurde. Die Vergabeverordnung (VgV) setzt die RL 2014/24/EU in deutsches Recht um.

Den Leitsatz

*" [...] dass [...] es nicht zulässig ist, dass die [...] 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."*

verargumentiert der EuGH mit folgenden 4 Begründungen:

1. Die Richtlinie erfordere die Angabe von Höchstmengen, was sich u.a. aus der Berechnungsmethode für den geschätzten Wert der Rahmenvereinbarung anhand des geschätzten Gesamtwerts (ohne Mehrwertsteuer) aller für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung geplanten Aufträge ergebe (Art. 9 Abs. 9). Auch Anhang VII Teil A Abschnitt "Bekanntmachung" Nr. 6 Buchst. C verlange in der Bekanntmachung die Angabe des veranschlagten Gesamtwerts der Dienstleistungen für die Gesamtlaufzeit sowie - wann immer möglich - des Wertes und der Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge. Dabei handle es sich zwar nur um eine Handlungspflicht des Auftraggebers, den Wert und die Häufigkeit jedes einzelnen der abzuschließenden Folgeaufträge anzugeben. Er müsse jedoch unbedingt die Gesamtmenge angeben, in die sich die Folgeaufträge einfügen können.
2. Weil Folgeaufträge entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben werden müssen (Art. 32 Abs. 3) kann sich in der Konsequenz der öffentliche Auftraggeber nur bis zu einer bestimmten Menge verpflichten, und die Rahmenvereinbarung verliert ihre Wirkung, wenn diese Menge erreicht ist.
3. Werde die Gesamtmenge einer Rahmenvereinbarung nicht angegeben, so seien die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung deshalb beeinträchtigt, weil die Ergebnisse der Einzelaufträge aufgrund dieser Rahmenvereinbarung nicht bekannt gemacht werden müssen (Art. 35 Abs. 4 Unterabs. 2). Die Bezugnahme auf den normalen Bedarf wäre nicht für alle Wirtschaftsteilnehmer ausreichend explizit. Wenn die Gesamtmenge der Dienstleistungen, die dieser normale Bedarf darstellt, bekannt ist, dürfe es schließlich keine Schwierigkeit bereiten, sie anzugeben.
4. Die Mengenangabe konkretisiere das Verbot der Behinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs durch das Instrument der Rahmenvereinbarung (Art. 32 Abs. 2 Unterabs. 5 der Richtlinie 2004/18).

Die Entscheidung erscheint im konkreten Fall der Dienstleistungsvergabe plausibel, weil diese die Besonderheit einer Erweitungsklausel für den Beitritt bestimmter Einrichtungen vorsah. Diese Einrichtungen konnten vom Zuschlagsempfänger eine Auftragerweiterung zu denselben Konditionen verlangen. Durch diese Erweiterungsmöglichkeit wurde die Gesamtmenge intransparent. Wettbewerber konnten nicht erkennen, wann die Rahmenvereinbarung die Wirkung verliert, wenn die Menge erreicht wird.

Hier hat der EuGH zu Recht die fakultative Mengenangabe der alten Richtlinie als unzutreffend abgelehnt, um eine Behinderung des Wettbewerbs zu verhindern.

## II. Wie würden der EuGH bzw. deutsche Gerichte heute urteilen?

Ist diese Entscheidung übertragbar auf die Situation eines öffentlichen Auftraggebers, der beispielsweise mittels einer Rahmenvereinbarung die Beschaffung von Arbeitsplatzrechnern für seine Belegschaft in den kommenden vier Jahren sicherstellen will? Muss dort bereits in der Auftragsbekanntmachung eine Maximalmenge der Rechner angegeben werden, obwohl allenfalls ein geschätzter Bedarf ermittelt werden kann, der sich je nach Entwicklung der Beschäftigtenzahlen ändern kann? Wir meinen "nein".

Sehen wir uns näher an, wie die aktuelle Richtlinie RL 2014/24/EU in der Vergabeverordnung (VgV) umgesetzt wurde:

§ 3 Abs. 4 VgV nennt als Berechnungsmethode für den Wert einer Rahmenvereinbarung den geschätzten Gesamtwert aller Einzelaufträge, die während der gesamten Laufzeit einer Rahmenvereinbarung geplant sind. Denselben Inhalt hat Art 5 Abs. 5 der neuen Richtlinie.

Auch das aktuelle Formular der Auftragsbekanntmachung beschreibt in Abschnitt II, unter II.1.5 den geschätzten Gesamtwert von Rahmenvereinbarungen als veranschlagten maximalen Gesamtwert über die Gesamtlaufzeit der Rahmenvereinbarung.

Die spannende Frage ist nun, wie ein deutsches Gericht, bzw. bei einem entsprechenden Vorabentscheidungsersuchen, der EuGH, unseren fiktiven Arbeitsplatzrechner Rahmenkauf beurteilen würde. Würden sie die Grundsätze des o.a. EuGH Urteils wieder anlegen?

Wir sehen nicht, wie der Auftraggeber den Wert und die Häufigkeit jedes einzelnen der abzuschließenden Folgeaufträge und somit die Gesamtmenge angeben kann, in die sich die Folgeaufträge einfügen können. Dieses Dilemma hat der Gesetzgeber gesehen und wie folgt gelöst:

§ 21 Abs. 1 VgV lautet:

*"Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung erfolgt im Wege einer nach dieser Verordnung anwendbaren Verfahrensart. Das in Aussicht genommene Auftragsvolumen ist so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden. Eine Rahmenvereinbarung darf nicht missbräuchlich oder in einer Art angewendet werden, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht."*

Die neue Richtlinie gibt uns ferner einen Fingerzeig bei der Berechnung des Mindestjahresumsatzes als Eignungskriterium für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit bei Rahmenvertragsvergaben

(Art 58 Abs. 3 Unterabs. 5): es ist der erwartete maximale Auftragsumfang anzugeben. Ist dieser jedoch nicht bekannt, dann darf der geschätzte Wert der Rahmenvereinbarung angesetzt werden.

Hier wird das Prinzip klar: wenn der erwartete Maximalwert nicht ermittelt werden kann, dann darf durchaus auf den geschätzten Wert zurückgegriffen werden. Die Handlungspflicht des Auftraggebers entfällt zwar dadurch nicht. Er wird jedoch auch nicht zur Festlegung auf eine fiktive Maximalmenge gezwungen, bei deren Erreichung die Wirkung des Rahmenvertrags entfällt, obwohl der Beschaffungsauftrag nicht erfüllt ist.

### III. Zusammenfassung und Fazit

Wir wissen nicht, wie der EuGH heute eine Vorlagefrage zur Auslegung von § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV "braucht aber nicht abschließend festgelegt werden" beantworten würde. Sein Urteil Urteil C-216/17 vom 19.12.2018 bezog sich eindeutig auf die alte Richtlinie und einen Sonderfall bei der Vergabe.

Im damaligen Fall der Dienstleistungsvergabe mit der Erweiterungsoption auf weitere Auftraggeber setzte sich der EuGH mit der teleologischen Auslegung zu Recht über den Wortlaut der alten Richtlinie hinweg und entschied zugunsten von Transparenz und freiem Wettbewerb, um einen Missbrauch der Rahmenvereinbarung zu verhindern. Hier konnte die zeitliche Begrenzung auf 4 Jahre allein nicht vor einer Behinderung des Wettbewerbs durch Rahmenvereinbarungen schützen, da Mengenerweiterungen durch Aufträge beitretender Auftraggeber quasi unter dem Radar vergeben werden konnten. Andere Wirtschaftsteilnehmer konnten nicht erkennen, ob die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, weil die Menge erreicht ist; schließlich müssen Einzelaufträge nicht bekannt gemacht werden.

Wir meinen aber, dass in einer Standardsituation der Beschaffung von Waren über Rahmenvereinbarungen kein Rückgriff auf die teleologische Interpretation durch das EuGH Urteil erforderlich ist. Hier ist der Gesetzeswortlaut von § 21 Abs. 1 VgV eindeutig und - anders als im Falle von Erweiterungsklauseln für den Beitritt neuer Auftraggeber - der in § 21 Abs. 2 VgV verbotene Missbrauch zur Verfälschung des Wettbewerbs nicht erkennbar. Wir halten es hier nicht für erforderlich, dass ein Gericht den bekanntgegebenen geschätzten Gesamtwert als geschätzten Maximalwert behandelt, um den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung Wirkung zu verschaffen.

Autor:

**Birgit Gressner**

freie jur. Mitarbeiterin der IT-Recht Kanzlei