

An
die Parlamentsdirektion,
den Rechnungshof,
den Verfassungsgerichtshof,
den Verwaltungsgerichtshof,
das Bundesverwaltungsgericht,
alle Landesverwaltungsgerichte,
alle Bundesministerien,
alle Sektionen des BMVRDJ,
die Ämter der Landesregierungen,
die Verbindungsstelle der Bundesländer,
den Österreichischen Gemeindebund,
das Präsidium der Finanzprokuratur,
die Österreichische Bundesforste AG,
die Österreichischen Bundesbahnen,
die Wirtschaftskammer Österreich,
die Bundesarbeitskammer,
die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern
Österreichs,
die Bundeswettbewerbsbehörde,
die Bundesbeschaffung GmbH,
die Bundesrechenzentrum GmbH und
die Bundesimmobilien GmbH

Geschäftszahl: BMVRDJ-VA.C-216/17/0001-V 4/a/2019

**Urteil des Gerichtshofs vom 19. Dezember 2018 in der Rechtssache
C-216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust,
Coopservice Soc. coop. arl gegen ASST della Vallecamonica-Sebino et al.;
Vergaberecht; Transparenzgebot bei Rahmenvereinbarungen;
Rundschreiben**

1. Ausgangsverfahren

2011 vergab die Azienda Socio-Sanitaria Territoriale (ASST) del Garda in einem nicht offenen Verfahren an die Bietergemeinschaft Markas/Zanetti einen Auftrag über die Dienste der Reinigung der Räumlichkeiten sowie der Sammlung und Entsorgung von Abfällen für einen Zeitraum von 108 Monaten.

Die Vereinbarung enthielt eine Erweiterungsklausel, wonach der Auftragnehmer die gegenständlichen Leistungen auch anderen (explizit genannten) Einrichtungen zu erbringen habe, sofern ein gesondertes (aber inhaltlich identes) selbständiges Vertragsverhältnis abgeschlossen werde. Nach dieser Klausel wurde der Auftragnehmer aber nicht verpflichtet, einen Antrag der begünstigten Einrichtungen auf „Ausdehnung“ anzunehmen.

2015 übte die ASST Valcamonica als eine der genannten anderen Einrichtungen dieses „Ausdehnungsrecht“ aus und schloss ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens einen Vertrag mit der Bietergemeinschaft Markas/Zanetti.

Gegen diese Vorgangsweise brachten die Coopservice Soc. coop. Arl, die bis dahin die Reinigung der Räumlichkeiten der ASST Valcamonica sicherstellte, und die Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust (Wettbewerbsbehörde) eine Klage beim Verwaltungsgericht der Lombardei ein, mit der Begründung, dass insbesondere die Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens verletzt worden sei.

Der Consiglio di Stato hat im Zuge eines Rechtsmittelverfahrens dem Gerichtshof Fragen zur Auslegung des Unionsrechts im Wege der Vorabentscheidung vorgelegt. Diese Fragen betrafen die Zulässigkeit der Vorgangsweise (Beitritt zu einem als „Rahmenvereinbarung“ bezeichneten Vertrag mittels gesonderter Vereinbarung, aber ohne Mitwirkung am ursprünglichen Vertrag) und die Zulässigkeit der Schätzung der Gesamtmenge der unter diesen Vertrag fallenden Leistungen unter Bezugnahme auf den „normalen Bedarf“ der Abruftberechtigten.

2. Zusammenfassung der Urteilsbegründung

Der Gerichtshof hält eingangs fest, dass die Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anzuwenden ist, da nach seiner ständigen Rechtsprechung grundsätzlich diejenige Richtlinie anwendbar ist, die zu dem Zeitpunkt gilt, zu dem der öffentliche Auftraggeber die Art des durchzuführenden Verfahrens auswählt und endgültig entscheidet, ob ein vorheriger Aufruf zum Wettbewerb für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags durchzuführen ist (vgl. Rz. 45ff).

Zur Möglichkeit eines öffentlichen Auftraggebers, für sich selbst und für andere eindeutig genannte öffentliche Auftraggeber zu handeln, die aber nicht unmittelbar Parteien der Rahmenvereinbarung sind, verweist der Gerichtshof zunächst auf Art. 32 Abs. 4 UAbs. 2 der RL 2004/18, deren elften Erwägungsgrund sowie deren Anhang VII Teil A Abschnitt

„Bekanntmachung“ Nr. 18, die die Modalitäten für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb regeln. Danach ist die vorgesehene Anzahl der Wirtschaftsteilnehmer anzugeben, die Partei der Rahmenvereinbarung werden sollen. Daraus ergibt sich, dass das Erfordernis, von Anbeginn an an einer Rahmenvereinbarung beteiligt zu sein, nur für die Wirtschaftsteilnehmer gilt, da es nicht darum gehen kann, die öffentlichen Auftraggeber selbst zum Wettbewerb aufzurufen (sic!); vgl. Rz. 52).

Es reicht also aus, dass ein potenzieller Nutznießer („sekundärer“ öffentlicher Auftraggeber) einer Rahmenvereinbarung ab dem Zeitpunkt ihres Abschlusses identifiziert ist, indem er eindeutig und ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen genannt wird. Diese Identifikation kann daher entweder in der Rahmenvereinbarung selbst oder in einem anderen Dokument erfolgen, sofern die Anforderungen an die Publizität und die Rechtssicherheit und damit an die Transparenz eingehalten werden (vgl. Rz. 56).

Die Möglichkeit solcher „sekundärer“ (also nachträglich beitretender) Auftraggeber, die Menge der Leistungen, die aufgrund der Vereinbarung(en) verlangt werden kann, nicht zu bestimmen oder sie durch Bezugnahme auf ihren „normalen Bedarf“ zu bestimmen, lehnt der Gerichtshof hingegen explizit ab.

Aus Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 2004/18 geht hervor, dass eine Rahmenvereinbarung 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. Aus dieser Formulierung könne aber nicht abgeleitet werden, dass die Angabe der Mengen der Leistungen, die die Rahmenvereinbarung betrifft, nur fakultativ ist (vgl. Rz. 57f).

Unter Hinweis auf Art. 9 Abs. 9 der RL 2004/18 (dieser regelt die Methoden für die Berechnung des geschätzten Werts der Rahmenvereinbarung) hält der Gerichtshof fest, dass die Rahmenvereinbarung von Beginn an die Höchstmenge der Lieferungen und Dienstleistungen bestimmen muss, die Gegenstand des Vertrags bzw. der Verträge sein können. Der öffentliche Auftraggeber, der von Beginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt ist, unterliegt zwar nur einer Handlungspflicht, wenn es darum geht, den Wert und die Häufigkeit jedes einzelnen der abzuschließenden Folgeaufträge anzugeben, „er muss jedoch unbedingt die Gesamtmenge angeben, in die sich die Folgeaufträge einfügen können“ (vgl. Rz. 60).

Der Gerichtshof betont überdies, dass aus der Formulierung des Art. 32 Abs. 3 der RL 2004/18 folgt, dass sich der öffentliche Auftraggeber und alle Abrufberechtigten nur bis zu einer

bestimmten Menge verpflichten können, und dass die „Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge erreicht ist“ (vg. Rz. 61).

Ferner wären die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung als auch der daraus folgende Grundsatz der Transparenz verletzt, wenn der öffentliche Auftraggeber die Gesamtmenge einer Rahmenvereinbarung nicht angäbe (vgl. Rz. 64). Im Übrigen würde das Fehlen einer derartigen Verpflichtung zur Gefahr führen, dass ein Auftrag künstlich aufgespalten wird, was Art. 9 Abs. 3 dieser Richtlinie verbietet (vgl. Rz. 66).

Selbst wenn man davon ausginge, dass sich eine Bezugnahme auf den „normalen Bedarf“ der in der Rahmenvereinbarung eindeutig bezeichneten öffentlichen Auftraggeber für die nationalen Wirtschaftsteilnehmer als ausreichend explizit erweisen könnte, kann man nicht annehmen, dass dies zwangsläufig auch für einen in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Wirtschaftsteilnehmer gilt (vgl. Rz. 67).

3. Beantwortung der Vorlagefragen

Vor diesem Hintergrund beantwortet der Gerichtshof die Vorlagefragen dahingehend, dass Art. 1 Abs. 5 und Art. 32 Abs. 2 UAbs. 4 der Richtlinie 2004/18 so auszulegen sind, 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.

4. Schlussfolgerungen aus dem Urteil

Mit dem gegenständlichen Urteil klärt der der Gerichtshof im Wesentlichen zwei Fragenkomplexe: die Frage des Kreises der Abrufberechtigten auf Auftraggeberseite und die Verpflichtung zur Angabe des maximalen Leistungsvolumens einer Rahmenvereinbarung.

Zum einen stellt er klar, dass ein potenzieller Nutznießer einer Rahmenvereinbarung auf Auftraggeberseite nicht zwingend auch ursprüngliche Partei des Verfahrens zum Abschluss dieser Rahmenvereinbarung sein muss. Auch ein nachträglicher Beitritt eines Auftraggebers zu diesem Vertrag oder der Abschluss identer „Parallelverträge“ mit dem Auftragnehmer des „ursprünglichen“ (ersten) Vertrages erfüllt die Voraussetzungen der RL 2004/18/EG. Der Gerichtshof schließt offenbar aus der Formulierung in Art. 32 Abs. 2 UAbs. 2 leg.cit. („die von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind“), dass eine „eindeutige Bezeichnung“ im ursprünglichen Vertrag für die geforderte „Beteiligung“ hinreichend ist. Für den bzw. die Auftragnehmer gilt hingegen anderes: dieser bzw. diese müssen jedenfalls Partei des ursprünglichen (ersten) Vertrages sein, Änderungen der Parteien auf Auftragnehmerseite sind somit unzulässig (zu restriktiv handzuhabenden Ausnahmen vgl. § 365 Abs. 3 Z 3 BVergG 2018). Diese Ausführungen des EuGH sind nach Auffassung des Verfassungsdienstes auch auf die Rechtslage nach der RL 2014/24/EU anwendbar, die entsprechenden Rechtsgrundlagen (vgl. Art. 33 Abs. 2 UAbs. 2 leg.cit.) sind inhaltlich unverändert.¹

Unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Vorteile einer Rahmenvereinbarung auf Auftraggeberseite ist jedoch die Einhaltung des Transparenzgrundsatzes. Diesem wird nach dem EuGH nur dann entsprochen, wenn alle potenziellen Nutznießer der Rahmenvereinbarung „ausdrücklich“ in der Rahmenvereinbarung selbst oder in den für die Ausschreibung und den Abschluss der Rahmenvereinbarung relevanten Dokumenten genannt werden. In diesem Zusammenhang ist aber darauf hinzuweisen, dass gemäß Erwägungsgrund Nr. 60 der RL 2014/24/EU zwar ebenfalls eine „eindeutige“ Identifikation der abrufberechtigten Auftraggeber zu erfolgen hat, dies aber auch in einer generischen Weise zulässig sein soll (zB. durch Bezugnahme auf eine bestimmte Kategorie von öffentlichen Auftraggebern innerhalb eines klar abgegrenzten geographischen Gebietes). Vor diesem Hintergrund ist es – insbesondere bei Vergaben von

¹ Es wird darauf hingewiesen, dass die englische Sprachfassung die oben wiedergegebenen Auffassungen des GH noch eindeutiger zum Ausdruck bringt. In der RL 2004/18/EG lautet die betreffende Passage „*Those procedures may be applied only between the contracting authorities and the economic operators originally party to the framework agreement.*“, in der RL 2014/24/EU „*Those procedures may be applied only between those contracting authorities clearly identified for this purpose in the call for competition or the invitation to confirm interest and those economic operators party to the framework agreement as concluded.*“

zentralen Beschaffungsstellen – zur Vermeidung allfälliger Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Identifikation der abrufberechtigten Auftraggeber aus einer Rahmenvereinbarung nach Auffassung des Verfassungsdienstes empfehlenswert, den Ausschreibungsunterlagen einer Rahmenvereinbarung eine namentliche Auflistung aller potentiellen Abrufberechtigten beizuschließen.

Aus den Aussagen des Gerichtshofes (Verbesserung der Effizienz des öffentlichen Auftragswesens durch Förderung von Sammelbestellungen und der dadurch erzielbaren Skaleneffekte) ist zu schließen, dass der Gerichtshof Rahmenvereinbarungen insbesondere als Instrument im Kontext zentraler Beschaffungsstellen sieht. Weiters bestätigt die Möglichkeit eines späteren Beitritts von Auftraggebern zu Rahmenvereinbarungen bei Einhaltung des Transparenzgebotes die Konzeption der Rahmenvereinbarung als Abschluss eines „öffentlichen Auftrages“, der – anders als beim Abschluss eines Rahmenvertrages – keine Abnahmeverpflichtung des bzw. der Auftraggeber begründet.²

Zum zweiten konkretisiert der Gerichtshof das Ausmaß der Sorgfalt, das ein öffentlicher Auftraggeber bei der einer Rahmenvereinbarung zugrundeliegenden Bedarfsplanung und der darauf basierenden Berechnung des geschätzten Auftragswertes anzuwenden hat.

Wie er im Urteil explizit hervorhebt (vgl. dazu Rz. 58 bis 60), ist in der Rahmenvereinbarung von Anfang an die Höchstmenge aller Leistungen anzugeben, die Gegenstand des ursprünglichen Vertrages und aller weiteren potentiellen Folgeverträge sein können. Der zu berücksichtigende Wert entspricht dabei dem geschätzten Gesamtwert ohne Mehrwertsteuer aller für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung geplanten Aufträge (ebenso auch Art. 5 Abs. 5 der RL 2014/24/EU). Die RL 2004/18 und nunmehr ebenso die RL 2014/24/EU verlangen überdies, dass in der Bekanntmachung zu einer Rahmenvereinbarung neben dem für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung veranschlagten Gesamtwert der Leistungen auch – soweit möglich – der Wert und die Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge (das sind die Abrufe aus der Rahmenvereinbarung) angegeben wird.

Dieser geschätzte Auftragswert ist auf der Grundlage objektiver Kriterien zu ermitteln (vgl. dazu EuGH 19.12.2018 Rs C-375/17, *Stanley International Betting*, Rz 58, und die §§ 13ff bzw. die §§ 186ff BVergG 2018). Im Einklang damit fordern die österreichische Rechtsprechung und der Gesetzgeber, dass der Auftraggeber (bzw. die für ihn handelnde vergebende Stelle oder zentrale Beschaffungsstelle) in der Ausschreibung ein nachvollziehbares Mengengerüst

² In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH ausdrücklich festhält, dass die „Rahmenvereinbarung“ unter den Begriff „öffentlicher Auftrag“ fällt (vgl. Rz 62 mwN der Rspr). Dies ist deswegen bemerkenswert, weil der EuGH als ein Merkmal des „öffentlichen Auftrages“ auch dessen „Einklagbarkeit“ postuliert hat (vgl. etwa Rs C-451/08, *Helmut Müller*, Rz 63).

für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes zu erstellen hat (vgl. zB. BVwG 27.8.2014, W 139 2008219-1 und die EB zu § 155 Abs. 2 BVergG 2018, vgl. EBRV 69 BlgNR XXVI. GP, S. 169). Dies folgt innerstaatlich überdies auch aus § 88 Abs. 2 BVergG 2018, da ohne hinreichend konkretisierte Leistungsbeschreibung und Leistungsumfang die Preisgestaltung für den Bieter ein unkalkulierbares Risiko bergen würde. Zur Vergleichbarkeit der Angebote und deren Kalkulierbarkeit muss daher der Leistungsgegenstand einer Rahmenvereinbarung so weit wie möglich bestimmt bzw. zumindest bestimmbar sein, weshalb es – abhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalles - im Einzelfall auch erforderlich sein kann, weitergehende (detaillierte) Informationen (zB. Mengenstaffeln, Leistungsorte udglm.) festzulegen. So hat auch der EuGH im Zusammenhang mit dem Transparenzgrundsatz mehrfach betont, dass alle für ein Vergabeverfahren relevanten Informationen vom Auftraggeber zur Verfügung zu stellen sind, dass der Auftraggeber zu gewährleisten hat, dass alle interessierten Unternehmer ihre Entscheidung über die Teilnahme an Vergabeverfahren auf der Grundlage sämtlicher einschlägiger Informationen treffen können, und dass den Bietern objektiv die Möglichkeit verschafft wird, sich eine konkrete Vorstellung von den fraglichen Leistungen (einschließlich des Ortes ihrer Ausführung) zu machen, um daraufhin ein Angebot erstellen zu können (vgl. etwa Rs C-423/07, *EK gegen Spanien*, Rz 57/58, Rs C-49/16, *Unibet*, Rz 46). Dadurch soll, so der Gerichtshof, die Gefahr von Günstlingswirtschaft und Willkür seitens der Vergabestelle ausgeschlossen werden.

Hervorzuheben ist abschließend auch die Aussage des EuGH, dass eine Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert (und somit jeder nachfolgende Abruf unzulässig ist), sobald der bzw. die Auftraggeber die in dieser Rahmenvereinbarung festgelegte Gesamtmenge abgerufen haben (s. Rz. 61 des Urteils). Damit gibt der Gerichtshof einen strengen Maßstab vor.

24. Jänner 2019

Für den Bundesminister:

HESSE

Elektronisch gefertigt