

VERGABERECHT

Angabe der voraussichtlichen Abrufmengen bei Rahmenvereinbarungen

Der Europäische Gerichtshof hat sich vor Kurzem zu der Frage geäußert, ob bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen, die für einen nachträglichen Beitritt weiterer Auftraggeber offen stehen, eine Höchstmenge der abzurufenden Leistungen veröffentlicht werden muss (Urteil vom 19.12.2018, C-216/17).

DER SACHVERHALT

Der öffentliche Auftraggeber hatte eine Rahmenvereinbarung mit neunjähriger Laufzeit über Krankenhausreinigungsleistungen an einen Auftragnehmer vergeben. Die Rahmenvereinbarung enthielt eine Erweiterungsklausel. Diese zählte mehrere weitere öffentliche Auftraggeber auf, die berechtigt sein sollten, in diese Rahmenvereinbarung einzutreten und ebenfalls Leistungen darunter abzurufen. Einer jener genannten Auftraggeber machte von dieser Möglichkeit Gebrauch. Gegen den Eintritt dieses weiteren Auftraggebers in die Rahmenvereinbarung wandte sich unter anderem dessen bisheriger Dienstleister. Der mögliche Umfang der Leistungen, die die von der Erweiterungsklausel erfassten Auftraggeber abrufen konnten, war in der Rahmenvereinbarung nicht beschränkt oder näher konkretisiert. Die Rahmenvereinbarung sah lediglich vor, dass die Auftraggeber unter der Rahmenvereinbarung Leistungen im Rahmen ihres „normalen Bedarfs“ abrufen durften.

DIE ENTSCHEIDUNG

Der Europäische Gerichtshof hatte den Fall auf Grundlage der alten Vergaberichtlinie 2004/18 zu entscheiden (zur Übertragbarkeit noch sogleich).

Gegen die Erweiterungsklausel der Rahmenvereinbarung als solche hatte das Gericht zunächst keine Einwendungen. Eine Vertragsregelung, die anderen öffentlichen Auftraggebern neben demjenigen, der die Rahmenvereinbarung ursprünglich ausgeschrieben und abgeschlossen hat, ebenfalls den Zugang zu dieser Rahmenvereinbarung öffnet, sieht er als vom (europäischen) Vergaberecht gedeckt an. Eine solche Erweiterungsklausel ist zulässig, wenn die öffentlichen Auftraggeber, die sie in Anspruch nehmen können sollen, eindeutig in den Vergabeunterlagen genannt sind.

Nicht einverstanden war der Europäische Gerichtshof jedoch mit der Art, wie der Umfang der von den neu hinzutretenden Auftraggebern vertraglich abrufbaren Leistungen festgelegt war. Der Gerichtshof stellte fest, dass es weder zulässig ist, den abzurufenden Leistungsumfang ganz offen zu lassen, noch ihn lediglich unter Bezugnahme auf den „normalen Bedarf“ der weiteren Auf-

traggeber zu bestimmen. Der Gerichtshof begründet seine Entscheidung mit einer Reihe von Erwägungen. Insbesondere stellte er auf die Anforderungen des unter der Richtlinie 2004/18 anwendbaren EU-Auftragsbekanntmachungsformulars ab. Dieses verlangte die Angabe des für die gesamte Laufzeit einer ausgeschrieben Rahmenvereinbarung veranschlagten Gesamtwerts der Dienstleistungen. Vor diesem Hintergrund bewertete der Gerichtshof die Angabe der Gesamtmenge der Leistungen unter der Rahmenvereinbarung – einschließlich der „Folgaufträge“ der neu hinzutretenden Auftraggeber – als unverzichtbar. Darüber hinaus folgerte der Gerichtshof die Notwendigkeit einer präzisen Höchstmengenangabe aus den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz. Danach seien alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen klar, genau und eindeutig zu formulieren. Eine Bezugnahme auf den „normalen Bedarf“ ließ der Gerichtshof insoweit nicht ausreichen: Der „normale Bedarf“ einzelner Auftraggeber sei für die Wirtschaftsteilnehmer (zumindest für solche im Ausland) nicht ausreichend sicher abzuschätzen.

PRAXISTIPP

Dass der Europäische Gerichtshof die Erweiterungsklausel nicht beanstandet, ist keine Überraschung. Sie entspricht den heutigen Regelungen nach der aktuellen Vergaberichtlinie 2014/24 und nach § 21 Abs. 2 Satz 2 VgV. Eine hinreichend präzise Erweiterungsklausel dürfte auch den Anforderungen aus § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB genügen, sodass auch die Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs einer Rahmenvereinbarung auf weitere Auftraggeber unter den vom Europäischen Gerichtshof genannten Voraussetzungen zulässig ist.

Nicht ganz so eindeutig übertragbar auf die heutige Rechtslage ist die Auffassung des EuGH zur zwingenden Angabe der unter der Rahmenvereinbarung abrufbaren Höchstmenge. Das vom Gerichtshof maßgeblich zur Begründung herangezogene EU Auftragsbekanntmachungsformular verlangt in seiner heute aktuellen Fassung näm-

lich keine Angabe des veranschlagten Gesamtwerts der Rahmenvereinbarung als Pflichtangabe mehr. Trotzdem sind öffentliche Auftraggeber in der Regel gut beraten, präzise Angaben zu den unter der Rahmenvereinbarung abrufbaren Höchstmengen zu machen. Denn zum einen stützt der EuGH seine Beurteilung (auch) auf die weiterhin geltenden vergaberechtlichen Grundprinzipien, insbesondere das Transparenzgebot. Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch die deutsche Rechtsprechung diese in § 97 GWB verankerten Grundprinzipien ausreichen lässt, um solche Angaben zu verlangen. Darüber hinaus fordert auch § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV, dass bei Rahmenvereinbarungen das in Aussicht genommene Auftragsvolumen „so genau wie möglich“ ermittelt und bekanntgegeben wird. Auch nach dem aktuellen deutschen Recht muss sich der öffentliche Auftraggeber daher hinsichtlich der unter der Rahmenvereinbarung abrufbaren Leistungen ernsthaft mit dem in Aussicht genommenen Gesamtauftragsvolumen auseinandersetzen. Offen lassen kann er dies nicht. Auch der Verweis auf den „normalen Bedarf“ der beteiligten Auftraggeber dürfte kein „so genau wie möglich“ ermitteltes Auftragsvolumen sein.

Dauerbrenner: Festlegungen der Ausschreibung auf ein bestimmtes Produkt

Die Vergabekammer des Bundes hatte sich in einer aktuellen Entscheidung mit der häufig auftretenden Frage zu befassen, wann sich der Auftraggeber in der Ausschreibung auf ein bestimmtes Produkt festlegen darf (Beschluss vom 09.11.2018, VK 2-98/18).

SACHVERHALT UND ENTSCHEIDUNG

Der öffentliche Auftraggeber hatte die Lieferung einer Spezialkamera ausgeschrieben. Eine der technischen Anforderungen an diese Kamera war die Ausgabe der erstellten Bilddaten in einem bestimmten Dateiformat. Hierbei handelte es sich um ein Dateiformat, das von einem Wettbewerber entwickelt und exklusiv genutzt wird. Einer der Bieter beanstandete die hiermit aus seiner Sicht einhergehende Benachteiligung seines Produkts im Wettbewerb, weil er das geforderte Dateiformat zunächst mit eigenem Entwicklungsaufwand in sein Produkt implementieren musste.

Die Vergabekammer des Bundes hielt die Anforderungen der Ausschreibung für rechtmäßig. Sie sah die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, jenes bestimmte Dateiformat zu fordern, als vergaberechtskonform an. Diese technische Anforderung sei vom Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers gedeckt. Zwar ordnet § 31 Abs. 6 VgV im Grundsatz die Produktneutralität der Ausschreibung an. Die Entscheidung darüber, welchen Bedarf der Auftraggeber mit der Beschaffung decken möchte und welche (technischen) Anforderungen sich hieraus ergeben, ist aber nach ständiger Rechtsprechung eine dem Ver-

gabeverfahren vorgelagerte Frage. Wenn der Auftraggeber nachvollziehbare objektive, auftragsbezogene und willkürfreie Gründe für seine Leistungsbestimmung vorweisen kann und seine Leistungsbestimmung daher sachlich gerechtfertigt ist, müssen die Bieter diese Entscheidung hinnehmen. Sie können nicht verlangen, dass eine andere Leistung beschafft wird. Im entschiedenen Fall hatte der Auftraggeber sich bereits früher für ein bestimmtes Messsystem zur Georeferenzierung von Wasserflächen entschieden. Im Rahmen dieser Entscheidung hatte er sich auf das streitige Dateiformat festgelegt. Für den Auftraggeber waren daher jetzt nur noch solche Spezialkameras zur Deckung seines Beschaffungsbedarfs geeignet, die mit dem bei ihm vorhandenen Messsystem kompatibel waren. Derartige Kompatibilitätsanforderungen reichen häufig aus, um eine bestimmte Leistung beschaffen zu können, auch wenn der Kreis der Unternehmen, die diese Leistung anbieten können, dadurch zwangsläufig eingengt wird.

PRAXISHINWEIS

Die Entscheidung der VK Bund liegt auf der Linie der seit längerem entwickelten Rechtsprechung zum Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers. Sie zeigt allerdings, dass das Thema immer noch aktuell ist und immer wieder zu Streitigkeiten führt. Um das Vergabeverfahren rechtssicher auszugestalten, ist es für Auftraggeber daher ratsam, eine Ausschreibung, bei der der Bieterkreis aufgrund der Produktanforderungen eingengt wird, trotz des vergleichsweise weiten Bestimmungsspielraums sorgfältig daraufhin zu prüfen, ob wirklich objektive leistungsbezogene Gründe für diese Produktanforderungen bestehen. Ist dies im Einzelfall nicht sicher der Fall, ist die für die Suche nach einer wettbewerbsöffeneren Alternative aufgewendete Zeit im Zweifel gut investiert. Bieter ist umgekehrt vor der Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens zu empfehlen, den nach der Rechtsprechung bestehenden Spielraum des Auftraggebers bei der Leistungsbestimmung zu berücksichtigen, wenn die Frage aufkommt, ob ein unangemessen enger technischer Zchnitt der Leistungsanforderungen vorliegt.



Jan Christian Eggers

Rechtsanwalt | LL.M.
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Hamburg

NEWSTICKER

+++ Neue Landesvergabegesetzgebung in Schleswig-Holstein +++

In Schleswig-Holstein läuft das Gesetzgebungsvorhaben zum neuen Vergabegesetz. Das neue Vergabegesetz soll an die Stelle des alten schleswig-holsteinischen Tariftreue- und Vergabegesetzes treten und dieses 2019 ersetzen. Nach Angaben der Landesregierung soll das neue Vergabegesetz schlanker werden als die alten Regelungen. Damit möchte die Landesregierung erreichen, dass sich wieder mehr Unternehmen an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen. Außerdem sieht das neue Gesetz die Einführung der Unterschwellenvergabeverordnung (UVgO) in Schleswig-Holstein vor. Schleswig-Holstein ist nach Hamburg, Bremen und Mecklenburg-Vorpommern das letzte norddeutsche Bundesland, das die UVgO noch nicht eingeführt hat. Das Vergabegesetz soll keine vergabefremden Kriterien mehr zwingend vorgeben. Die Entscheidung hierüber überlässt das neue Gesetz den Auftraggebern. Eine verbindliche Verpflichtung zur

elektronischen Vergabe auch im Unterschwellenbereich soll das Gesetz nicht enthalten; freiwillig können die Auftraggeber natürlich elektronische Vergaben durchführen.

+++ Einstellung des EEE-Dienstes der EU-Kommission +++

Zur Unterstützung der Nutzung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) stellt die EU-Kommission einen Online-Dienst bereit, der die elektronische Bearbeitung dieser EEE ermöglicht (<https://ec.europa.eu/tools/espdl/filter?lang=de>). Dort hat sie nun angekündigt, diesen Dienst zum April 2019 einzustellen.

Auf der genannten Seite des Dienstes weist die Kommission nunmehr auf eine – nach ihren Angaben nicht abschließende – Liste von nationalen Anbietern hin, die die entsprechenden EEE-Dienste anbieten. Diese nationalen Dienste ermöglichen die Nutzung der EEE als elektronischem Dokument auch über die angekündigte Einstellung des Dienstes der Kommission hinaus.

Für Deutschland ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie mit zwei E-Mail-Adressen genannt. Die Liste soll nach Angaben der EU-Kommission regelmäßig aktualisiert werden.

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2019.

HINWEIS

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar. Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an newsletter@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann | Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten | Stephan.Rechten@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Dr. Lars Hettich | Lars.Hettich@bblaw.com
Sascha Opheys | Sascha.Opheys@bblaw.com

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen | Hans.VonGehlen@bblaw.com
Christopher Theis | Christopher.Theis@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg
Tel.: +49 40 688745-145
Jan Christian Eggers | Jan.Eggers@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner | Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier | HansGeorg.Neumeier@bblaw.com