

## Liebe Leserinnen, liebe Leser!

Im Urteil vom 19.12.2018, C-216/17 hat der EuGH zwei bedeutende Aussagen getätigt, die auch in Österreich bei Vergaben von Rahmenvereinbarungen weitreichende Auswirkungen nach sich gezogen haben. Der Fachartikel dieser Ausgabe des VIL beschäftigt sich – auch unter Berücksichtigung von aktueller deutscher Rechtsprechung – eingehend mit den vom EuGH aufgeworfenen Punkten.

Der Newsflash hat unter anderem einen spannenden Beitrag zum Thema, ob ein Verstoß gegen die DSGVO als „unlauterer“ Rechtsbruch nach dem UWG zu qualifizieren ist. Darüber hinaus wird die neue Richtlinie zur Auslegung der DSGVO („Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679“) vorgestellt sowie die Auszeichnung für Wien als „grünste Stadt der Welt“ vor dem Hintergrund des Vergaberichts kurz beleuchtet.

Der Rechtsprechungsteil enthält unter anderem eine Entscheidung des BVwG, in welcher das Ausscheiden wegen

nachträglicher Bekanntgabe von Subunternehmern und mangelnder Eignung thematisiert und als zulässig erachtet wurde. Weiters hat der VwGH in einer – in der Praxis durchaus relevanten – Entscheidung (VwGH 27. 1. 2020, Ra 2020/04/0005) festgehalten, dass ein Nachprüfungsantrag ein korrektes Begehren enthalten muss und in diesem Fall auch ein Verbesserungsauftrag nicht mehr in Betracht kommt.

Abschließend möchten wir Ihnen im Rahmen unserer Rezensionen in gewohnter Weise aktuelle Fachliteratur nahelegen.

Im Namen des gesamten VIL Teams wünschen wir Ihnen viel Freude mit der aktuellen Ausgabe. Bleiben Sie gesund!

Stephan Heid / Berthold Hofbauer



Stephan Heid



Berthold Hofbauer

## Anforderungen an das Transparenzgebot bei Rahmenvereinbarungen

Durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (in der Folge „EuGH“) vom 19.12.2018, C-216/17 (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coop-service Soc. Coop. arl gegen ASST della Vallecamonica-Sebino et al) wurden im Hinblick auf die Anforderungen an das Transparenzgebot bei Rahmenvereinbarungen zwei wesentliche Aussagen getroffen, die auch auf die Vergabe von Rahmenvereinbarungen in Österreich weitreichende Folgen hatten.

### 1. Angabe der abrufberechtigten Auftraggeber in der Rahmenvereinbarung

Nach dem Urteil des EuGH darf ein öffentlicher Auftraggeber für sich selbst und für andere eindeutig bezeichnete öffentliche Auftraggeber, die nicht unmittelbar an einer Rahmenvereinbarung beteiligt sind, handeln, wenn die Gebote der Publizität und der Rechtssicherheit und damit das Transparenzgebot beachtet werden. Ein solcher öffentlicher Auftraggeber ist nach Ansicht des EuGH jedenfalls dann eindeutig bezeichnet, wenn er in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich genannt wird. Diese Nennung kann dabei entweder in der Rahmenvereinbarung selbst oder in einem anderen Dokument, wie einer Erweiterungsklausel in den Ausschreibungsunterlagen erfolgen, wenn die Anforderungen an die Publizität und die Rechtssicherheit (insbesondere die Transparenz) eingehalten werden.

Das Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz (in der Folge „BMVRDJ“) hat in seinem dazu ergangenen Rundschreiben vom 24.1.2019 (GZ BMVRDJ-VA.C-216/17/0001-V 4/a/2019) daraus für Österreich – gestützt auf den Erwägungsgrund Nr 60 aus der Vergaberichtlinie 2014/24/EU – gefolgert, dass zwar 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 Gebiets)“. Daraus folgt, dass eine ausdrückliche namentliche Nennung aller abrufberechtigten öffentlichen Auftraggeber nicht zwingend erforderlich ist, wenn sie eindeutig generisch bezeichnet sind. Zur Vermeidung von allfälligen Rechtsstreitigkeiten (zB im Rahmen von Nachprüfungsverfahren) oder auch im Hinblick auf eine allfällige Rechnungshofkontrolle wird nach der Auffassung des Verfassungsdienstes jedoch empfohlen, „den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung eine namentliche Auflistung aller potentiellen Abrufberechtigten beizuschließen“.

Im Ergebnis ist es daher unter Einhaltung des Transparenzgebots in der Rahmenvereinbarung grundsätzlich möglich, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der zwar in der Rahmenvereinbarung nicht namentlich genannt ist, aus der Rahmenvereinbarung abrufen kann, wenn er als Abrufberechtigter aus der Rahmenvereinbarung eindeutig identifiziert werden

kann (was insbesondere zentralen Beschaffungsstellen zugutekommen dürfte).

## 2. Angabe der Höchstabruflmenge aus der Rahmenvereinbarung

Weiters ist aus Sicht des EuGH in der Rahmenvereinbarung von Anbeginn an die Höchstmenge der Lieferungen und Dienstleistungen, die Gegenstand des ursprünglichen Vertrags und aller weiteren potenziellen Folgeaufträge sein können, anzugeben. Sobald diese „Höchstmenge“ erreicht ist, verliert die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung, da sich der öffentliche Auftraggeber nur bis zu dieser Menge verpflichten kann. Das bedeutet, dass nach Erreichen dieser Höchstabruflmenge jeder nachfolgende Abruf unzulässig wäre. Zur Ermittlung dieser Höchstmenge ist der veranschlagte Gesamtwert für die Laufzeit der Rahmenvereinbarung unter Berücksichtigung der Methoden zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts heranzuziehen.

Diese Höchstabruflmenge ist – aus Gründen der Transparenz und Nichtdiskriminierung – den Bietern bereits im Vergabeverfahren in der Bekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Nach dem Rundschreiben des BMVRDJ vom 24.1.2019 (GZ BMVRDJ-VA.C-216/17/0001-V 4/a/2019) ist in der Bekanntmachung zu einer Rahmenvereinbarung neben dem für die gesamte Laufzeit veranschlagten Gesamtwert *„auch – soweit möglich – der Wert und die Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge (das sind die Abrufe aus der Rahmenvereinbarung)“* anzugeben. Aus Sicht des BMVRDJ soll im Einzelfall auch die Angabe von weitergehenden detaillierteren Informationen (wie zB Mengenstaffeln oder Leistungsorte) erforderlich sein, damit den Bietern objektiv die Möglichkeit gegeben wird, sich eine konkrete Vorstellung vom Auftragsgegenstand zu machen.

Die aktuelle deutsche Rechtsprechung widerspricht jedoch dieser Rechtsansicht (vgl. 1. Vergabekammer des Bundes vom 19.07.2019, VK 1 – 39/19), da die Entscheidung des EuGH noch zur alten Rechtslage nach der Vergaberichtlinie 2004/18/EG ergangen ist. Aus dem alten Richtlinien text war in der Bekanntmachung einer Rahmenvereinbarung ua

die *„Angabe des für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung veranschlagten Gesamtwerts der Dienstleistung“* zu treffen. In der aktuellen Vergaberichtlinie 2014/24/EU ist bei der Bekanntmachung einer Rahmenvereinbarung lediglich *„der Wert oder die Größenordnung der zu vergebenden Rahmenvereinbarung soweit möglich“* anzugeben. Aus Sicht der 1. Vergabekammer des Bundes würde die Angabe einer solchen „Höchstabruflmenge“ auch dem *„typischen Charakter einer Rahmenvereinbarung“* widersprechen, bei der die abzurufende Menge regelmäßig noch nicht bei der Auftragsvergabe feststeht, da sonst auch ein „normaler“ Dienstleistungsauftrag mit entsprechender Laufzeit ausgeschrieben werden könnte.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, inwieweit die aus der deutschen Rechtsprechung getroffenen Festlegungen auch auf die Vergabepaxis in Österreich zutreffen. Aus Anhang VI Teil C lit 11 zum BVergG 2018, in welchem Art 49 iVm Anhang V Teil C Nr 10a der Vergaberichtlinie 2014/24/EU umgesetzt wird, ergibt sich, dass die Angabe des Werts oder der Größenordnung und der Häufigkeit der zu vergebenden Aufträge nur mehr *„soweit möglich“* anzugeben ist. Im Bekanntmachungsformular der EU für klassische öffentliche Aufträge (Formular 2) ist unter Punkt II.1.5 der geschätzte Gesamtwert und bei Rahmenvereinbarungen der *„veranschlagte maximale Gesamtwert über die Gesamtlaufzeit der Rahmenvereinbarung“* anzugeben. Wie dieser Widerspruch zwischen dem Gesetzes- bzw Richtlinien text und dem Bekanntmachungsformular aufgelöst werden kann, bleibt jedoch weiterhin offen. Zur Vermeidung von allfälligen Rechtsstreitigkeiten (zB im Rahmen von Nachprüfungsverfahren) ist es jedoch empfehlenswert, die Höchstabruflmenge aus der Rahmenvereinbarung so früh wie möglich im Vergabeverfahren bekanntzugeben. Nach einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG 29.1.2020, W131 2225609-2/51E et al) ergibt sich, dass der Gesamtwert der Beschaffung auch bei der Rahmenvereinbarung bereits in der Bekanntmachung anzugeben ist. Da gegen diese Entscheidung des BVwG jedoch eine Revision anhängig ist, bleibt abzuwarten, wie der Verwaltungsgerichtshof in dieser Angelegenheit entscheiden wird.