

Rechtssache C-23/20

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

17. Januar 2020

Vorlegendes Gericht:

Klagenævnet for Udbud (Dänemark)

Datum der Vorlageentscheidung:

16. Januar 2020

Beschwerdeführerin:

Simonsen & Weel A/S

Beschwerdegegner:

Region Nordjylland und Region Syddanmark

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Das Klagenævnet for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge, Dänemark; im Folgenden: Klagenævnet) ist mit einer von der Simonsen & Weel A/S gegen die Region Nordjylland (Region Nordjütland) und die Region Syddanmark (Region Süddänemark) eingelegten Beschwerde befasst, die die Verpflichtung betrifft, in einer Auftragsbekanntmachung die geschätzte Menge und/oder den geschätzten Wert anzugeben bzw. alternativ den Höchstwert der Waren, die gemäß der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung zu liefern sind.

Gegenstand und Rechtsgrundlage des Vorabentscheidungsersuchens

Auslegung der Richtlinie 2014/24 (im Folgenden: Auftragsvergaberichtlinie oder Richtlinie 2014/24) und der Richtlinie 92/13 (im Folgenden: Nachprüfungsrichtlinie) im Licht des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union (im Folgenden: Gerichtshof) in der Rechtssache C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust und Coopservice*.

Rechtsgrundlage: Art. 267 AEUV.

Vorlagefragen

1. Sind der Gleichbehandlungs- und der Transparenzgrundsatz in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 und die Regelung des Art. 49 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit Anlage V Teil C Nrn. 7 und 10 Buchst. a dieser Richtlinie dahin auszulegen, dass die Auftragsbekanntmachung in einem Fall wie dem vorliegenden eine Angabe der geschätzten Menge und/oder des geschätzten Wertes der Waren, die gemäß der Rahmenvereinbarung zu liefern sind, enthalten muss?

Für den Fall der Bejahung der Frage wird der Gerichtshof außerdem um Klärung gebeten, ob die genannten Bestimmungen dahin auszulegen sind, dass die Angaben, die hinsichtlich der Rahmenvereinbarung gemacht werden müssen, a) zusammen erfolgen müssen und/oder b) für den ursprünglichen öffentlichen Auftraggeber, der bekundet hat, dass er eine Vereinbarung auf der Grundlage der Ausschreibung schließen möchte (hier: Region Nordjylland), und/oder c) für den öffentlichen Auftraggeber, der lediglich bekundet hat, in einer Option teilzunehmen (hier: Region Syddanmark).

2. Sind der Gleichbehandlungs- und der Transparenzgrundsatz in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 und die Regelungen der Art. 33 und 49 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit Anlage V Teil C Nrn. 7 und 10 Buchst. a dieser Richtlinie dahin auszulegen, dass entweder in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen eine Gesamtmenge oder ein Höchstwert der gemäß der Rahmenvereinbarung zu liefernden Waren festgesetzt werden muss, so dass die betreffende Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge erreicht ist?

Für den Fall der Bejahung der Frage wird der Gerichtshof außerdem um Klärung gebeten, ob die genannten Bestimmungen dahin auszulegen sind, dass die Obergrenze für die Rahmenvereinbarung a) zusammen angegeben werden muss und/oder b) für den ursprünglichen öffentlichen Auftraggeber, der bekundet hat, dass er eine Vereinbarung auf Grundlage der Ausschreibung schließen möchte (hier: Region Nordjylland), und/oder c) für den öffentlichen Auftraggeber, der lediglich bekundet hat, in einer Option teilzunehmen (hier: Region Syddanmark).

Für den Fall der Bejahung der Frage 1 und/oder der Frage 2, wird der Gerichtshof – soweit es abhängig vom Inhalt der genannten Antworten noch erforderlich ist – des Weiteren gebeten, folgende Frage zu beantworten:

3. Ist Art. 2d Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 92/13 in Verbindung mit Art. 33 und 39 der Richtlinie 2014/24 und mit Anlage V Teil C Nrn. 7 und 10 Buchst. a dieser Richtlinie so auszulegen, dass die Voraussetzung, dass der „öffentliche Auftraggeber einen Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Union* vergeben

hat“, auch Sachverhalte wie den vorliegenden umfasst, in dem der Auftraggeber im *Amtsblatt der Europäischen Union* eine Auftragsbekanntmachung über die beabsichtigte Rahmenvereinbarung veröffentlicht hat, aber

- a) in dem die Auftragsbekanntmachung der Anforderung, die geschätzten Menge und/oder den geschätzten Wert der nach der Rahmenvereinbarung zu liefernden Waren anzugeben, nicht genügt, wobei jedoch aus den Ausschreibungsunterlagen ein Schätzwert hervorgeht, und
- b) in dem der Auftraggeber gegen die Verpflichtung verstoßen hat, in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen eine Gesamtmenge und/oder einen Höchstwert der nach der Rahmenvereinbarung zu liefernden Waren anzugeben?

Angeführte Bestimmungen des Unionsrechts [und Unionsrechtsprechung]

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 (ABl. 2004, L 134, S. 114; im Folgenden: Auftragsvergaberichtlinie von 2004).

Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94 S. 65); Erwägungsgründe 59 bis 61; Art. 2 Abs. 1 Nr. 5, Art. 4 Abs. 5, Art. 18 Abs. 1, Art. 33 Abs. 1 und 3 und Art. 49; Nrn. 2, 5, 7 und 8 sowie Nr. 10 Buchst. a des Anhangs V Teil C.

Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 1992, L 76, S. 14) in geänderter Fassung; Art. 2d Abs. 1.

Rechtsprechung des Gerichtshofs: Urteil vom 19. Dezember 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust und Coopservice*, C-216/17 (EU:C:2018:1034); Rn. 57 bis 69 und Tenor.

Angeführte Bestimmungen des nationalen Rechts

Auftragsbekanntmachung Nr. 2019/S 086-205406 (Udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 086-205406) vom 30. April 2019 betreffend eine vierjährige Rahmenvereinbarung für die Region Nordjylland mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer über den Erwerb von Zubehör für Sonden für die künstliche

Ernährung häuslich versorgter Patienten und für Heime (im Folgenden: Auftragsbekanntmachung).

Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge Nr. 1564 (Udbudsloven/lov nr. 1564 [im Folgenden: Auftragsvergabegesetz]) vom 15. Dezember 2015 in geänderter Fassung, mit dem die Auftragsvergaberichtlinie in dänisches Recht umgesetzt wird; §§ 2, 56 und 128 Abs. 2.

Gesetz über den Beschwerdeausschuss für Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge Nr. 492 (Lov om klagenævnet for udbud/lov nr. 492) vom 12. Mai 2010; § 17 Abs. 1 Nr. 1, der u. a. die Nachprüfungsrichtlinie in dänisches Recht umsetzt.

Zum Inhalt der genannten dänischen Vorschriften hat das Klagenævn ausgeführt, dass diese Bestimmungen seiner Ansicht nach in Übereinstimmung mit den zugrunde liegenden Regelungen in der Auftragsvergaberichtlinie und der Nachprüfungsrichtlinie, die mit den nationalen Bestimmungen umgesetzt werden sollen, ausgelegt werden müssen und können.

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des beim Klagenævn anhängigen Ausgangsverfahrens

- 1 Die Beschwerde betrifft ein offenes Verfahren nach der Auftragsvergaberichtlinie, das die Regionen durch die Auftragsbekanntmachung betreffend eine vierjährige Rahmenvereinbarung zwischen der Region Nordjylland und einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer über den Erwerb von Zubehör für Sonden für die künstliche Ernährung häuslich versorgter Patienten und für Heime ausschrieben. Zur Region Syddanmark wurde angegeben, dass die Teilnahme dieser Region lediglich „optional“ sei.
- 2 In Nr. II.1.4 („Kurze Beschreibung“) der Auftragsbekanntmachung wurde ausgeführt, dass es nicht möglich sei, „Angebote für Teile des Vertrags abzugeben“, und dass Angebote für „alle Positionen des Vertrags“ abgegeben werden müssten. Außerdem waren ein hauptsächlicher CPV-Code und zwei zusätzliche CPV-Codes angegeben (vgl. Nr. II.1.2 und II.2.2 der Auftragsbekanntmachung). Nr. II.1.5 („Geschätzter Gesamtwert“) der Auftragsbekanntmachung war nicht ausgefüllt. Das Gleiche galt für Nr. II.2.6 („Geschätzter Wert“); im Übrigen enthielt die Auftragsbekanntmachung keine Angaben zum geschätzten Wert der Ausschreibung oder zum geschätzten Wert der Rahmenvereinbarung für die Region Nordjylland oder zur Option der Region Syddanmark auf die Rahmenvereinbarung. Die Auftragsbekanntmachung enthielt des Weiteren keine Angaben zum Höchstwert der einzelnen oder der Rahmenvereinbarungen insgesamt und ebenfalls keine Angaben zur geschätzten Menge der Waren oder deren Höchstmenge, die innerhalb der Rahmenvereinbarungen zu beschaffen beabsichtigt waren. Aus Nr. I.3 („Kommunikation“) ging u. a. hervor, dass die Auftragsunterlagen unter einer

näher bezeichneten Internetadresse „uneingeschränkt und vollständig kostenlos zugänglich“ seien.

- 3 Aus den genannten Auftragsunterlagen, die auf Dänisch verfasst waren, ging u. a. aus einer Anlage (Anlage 2 des Vertrags – Spezifikationsvorschriften) eine ausführliche Beschreibung der ausgeschriebenen Produkte hervor. Außerdem war in den Ausschreibungsbedingungen einleitend angegeben, dass sich die den ausgeschriebenen Vertrag betreffenden erwarteten Verbrauchsmengen aus einer Anlage (Anlage 3 des Vertrags – Angebotsliste) ergäben. Hierzu wurde ausgeführt, dass die *„angegebenen Schätzungen und erwarteten Verbrauchsmengen lediglich Ausdruck der Erwartung des Auftraggebers hinsichtlich des Verbrauchs der Leistungen sind, die vom ausgeschriebenen Vertrag umfasst sind. Der Auftraggeber verpflichtet sich somit nicht, eine bestimmte Menge an Leistungen abzunehmen oder für einen bestimmten Betrag auf der Grundlage des Rahmenvertrags einzukaufen. Der tatsächliche Verbrauch kann sich mit anderen Worten als höher oder niedriger erweisen als von den Schätzungen angeben.“*
- 4 Die betreffende Anlage 3 des Vertrags (Angebotsliste) bestand aus einem Tabellenkalkulationsblatt mit 51 unterschiedlichen Produktzeilen. Für jede Produktzeile waren eine Warenbezeichnung und ein erwarteter jährlicher Verbrauch jeweils für die Region Nordjylland und die Region Syddanmark sowie ein erwarteter Gesamtverbrauch beider Regionen angegeben. Die hiernach folgenden Spalten sollten von den einzelnen Bietern unter Angabe des angebotenen Preises pro Grundeinheit ausgefüllt werden, wodurch der jährlich erwartete Verbrauch in DKK per Grundeinheit im Anschluss berechnet und in einer angrenzenden Spalte angegeben wurde. Auf dieser Grundlage wurde zudem der erwartete jährliche Verbrauch in DKK am unteren Ende des Tabellenkalkulationsblatts als Gesamtsumme berechnet.
- 5 Die Auftragsunterlagen enthielten auch einen Vertragsentwurf, aus dem u. a. hervorging, dass der Rahmenvertrag keine konkrete, endgültige Verpflichtung des Kunden begründe, bestimmte Mengen zu bestimmten Zeitpunkten abzunehmen, sondern dem Kunden vielmehr das Recht einräume, sukzessive nach Entstehung eines konkreten Bedarfs den Einkauf bestimmter Produkte gemäß dem Rahmenvertrag vorzunehmen, und dass dies bedeute, dass die in den Auftragsunterlagen (den vorgenannten Anlagen 2 und 3 des Vertrags) angegebenen Mengen hinsichtlich des Verbrauchs während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung als Richtschnur anzusehen seien, da die tatsächliche Betriebslage zu Änderungen führen könne. Außerdem ging daraus hervor, dass es sich nicht um eine exklusive Rahmenvereinbarung handeln sollte und dass der Kunde somit das Recht habe, im Einklang mit den Vergabevorschriften ähnliche Produkte von anderen Lieferanten zu beziehen, auch im Wege gesonderter Ausschreibungen für solche Produkte.
- 6 Im Rahmen der Ausschreibung erhielten die Regionen drei ausschreibungskonforme Angebote, hierunter von der Simonsen & Weel A/S

sowie von der Nutricia A/S. Am 9. August 2019 teilten die Regionen mit einer ausführlichen Begründung mit, dass das Angebot der Nutria A/S nach dem festgesetzten Zuteilungskriterium (bestes Verhältnis von Preis und Qualität) sowie den zugehörigen Nebenkriterien als das vorteilhafteste Angebot angesehen worden sei und dass Nutria A/S daher den Zuschlag erhalten habe.

- 7 Am 19. August 2019 legte die Simonsen & Weel A/S eine keine aufschiebende Wirkung entfaltende Beschwerde beim Klagenævn ein. Die Region Nordjylland hat in der Folge mit der Gewinnerin der Ausschreibung, der Nutria A/S, die dem Beschwerdeverfahren als Streithelferin zur Unterstützung der Regionen beigetreten ist, eine Rahmenvereinbarung geschlossen. Die Region Syddanmark hat bislang nicht von ihrer Option Gebrauch gemacht.
- 8 Unter Hinweis darauf, dass die Regionen gegen das dänische Auftragsvergabegesetz verstoßen haben, indem sie in der Auftragsbekanntmachung nicht die geschätzte Menge oder den geschätzten Wert der Waren angegeben hätten, die gemäß der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung zu liefern seien, hat die Simonsen & Weel A/S beim Klagenævn beantragt, die Entscheidung der Regionen, der Nutria A/S den Zuschlag für den Vertrag zu erteilen, für nichtig und die geschlossenen Verträge für unwirksam zu erklären.

Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens

Zum Erfordernis der Angabe des geschätzten Werts und/oder der geschätzten Menge

- 9 Die **Simonsen og Weel A/S** hat insbesondere geltend gemacht, dass die Regionen gegen die §§ 56 und 128 Abs. 2 des Auftragsvergabegesetzes (vgl. Art. 49 der Auftragsvergaberichtlinie) sowie gegen den Gleichbehandlungs- und den Transparenzgrundsatz des Art. 2 dieses Gesetzes (vgl. Art. 18 der Auftragsvergaberichtlinie) verstoßen hätten, indem sie es unterlassen hätten, in der Auftragsbekanntmachung die geschätzte Menge oder den geschätzten Wert der Waren anzugeben, die entsprechend der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung zu liefern gewesen seien. Die Gesellschaft hat hierbei insbesondere darauf hingewiesen, dass im Anhang V Teil C Nr. 7 der Auftragsvergaberichtlinie festgelegt sei, dass die Auftragsbekanntmachung eine Beschreibung von „Art und Umfang der Bauarbeiten, Art und Menge beziehungsweise Wert der Lieferungen, Art und Umfang der Dienstleistungen“ enthalten müsse. Von dieser Bestimmung sei in Nr. 10 Buchst. a dieses Anhangs nicht abgewichen worden. Anhang VII A der Auftragsvergaberichtlinie von 2004 habe seinem Wortlaut nach sowohl einen Hinweis auf den geschätzten Gesamtwert der Rahmenvereinbarung als auch einen Hinweis auf den Wert der Aufträge, die auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung vergeben würden, enthalten. Wenn dies in Nr. 10 Buchst. a der Auftragsvergaberichtlinie von 2014 nicht der Fall sei, sei dies nicht Ausdruck einer Änderung, sondern allein darin

begründet, dass das Erfordernis der Angabe des Gesamtwerts aus Nr. 7 des Anhangs hervorgehe. Der Verweis auf die Angebotsliste der Auftragsunterlagen (Anlage 3 des Vertrags) in Nr. II.I.4 der Auftragsbekanntmachung und damit auf die Schätzungen, die darin genannt gewesen seien, sei nicht ausreichend gewesen, da die Angaben, die in Anlage V Teil C gefordert würden, aus der Auftragsbekanntmachung selbst hervorgehen müssten. Der Umstand, dass es sich um eine Rahmenvereinbarung handele und nicht um einen öffentlichen Auftrag, könne nicht zu einem anderen Ergebnis führen (vgl. Rn. 62 des Urteils des Gerichtshofs in der Rechtssache C-216/17).

- 10 Die **Regionen** haben erstens insbesondere geltend gemacht, dass es kein unabdingbares Erfordernis gebe, in der Auftragsbekanntmachung einen bestimmten Umfang oder Wert einer Rahmenvereinbarung anzugeben. Der Wortlaut der Regelung des Art. 33 der Auftragsvergaberichtlinie („gegebenenfalls“) müsse so verstanden werden, dass die in Aussicht genommene geschätzte Menge nur angegeben werden müsse, soweit dies relevant und/oder möglich sei. Ferner sei in Anhang V Teil C der Auftragsvergaberichtlinie von 2014 der Verweis auf den geschätzten Gesamtwert der Leistungen für die gesamte Laufzeit weggefallen (vgl. Nr. 10 Buchst. a), was vermutlich dem Bestreben geschuldet sei, die Flexibilität zu erhöhen und Rücksicht darauf zu nehmen, dass Rahmenvereinbarungen nicht exakt in Bezug auf z. B. Quantität, Wert und Merkmale ausgestaltet werden könnten. Zubehör für Sonden für künstliche Ernährung sei in der Vergangenheit nicht öffentlich ausgeschrieben worden, und es wäre schädlich für den Wettbewerb gewesen, wenn die Regionen in der Auftragsbekanntmachung einen irreführenden oder falsch geschätzten Wert angegeben hätten. Der Umfang der Rahmenvereinbarung (Quantität, Wert und Merkmale) sei abhängig vom Behandlungsbedarf. Die Angabe eines Höchstwerts oder -umfangs wäre mit großer Unsicherheit behaftet gewesen und hätte in dem Fall mit einem erheblichen Spielraum gegenüber dem erwarteten Wert angegeben werden müssen.

Die Regionen haben zweitens geltend gemacht, dass in den Ausschreibungsbedingungen (Anlage 3 des Vertrags – Angebotsliste) ein erwarteter Verbrauch des nach der Vereinbarung erwarteten Einkaufs für jede Region angegeben und das Erfordernis des Anhangs V Teil C Nr. 10 Buchst. a somit erfüllt gewesen sei. Gemäß dem Wortlaut des Anhangs V Teil C Nr. 7 [der Auftragsvergaberichtlinie] habe der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung hinsichtlich des Einkaufs von Waren prinzipiell die Wahl, entweder Art und Menge der Lieferungen der Waren zu beschreiben oder Art und Wert dieser Waren zu beschreiben, da es sich nicht um kumulativ geltende Erfordernisse handele. Anhang V Teil C Nr. 7 der Auftragsvergaberichtlinie betreffe öffentliche Aufträge generell und berücksichtige nicht die besonderen Umstände, die bei Rahmenvereinbarungen zum Tragen kämen, wie den besonderen Charakter, den Zweck und den Hintergrund von Rahmenvereinbarungen. Anhang V Teil C Nr. 10 Buchst. a hingegen beschreibe wie eine *lex specialis* die besonderen Angaben, die die Auftragsbekanntmachung in Bezug auf Rahmenvereinbarungen enthalten müsse, und diese Bestimmung müsse daher der Regelung in Nr. 7 vorgehen. Die

vorstehenden Ausführungen würden durch das festgelegte Standardformular für Auftragsbekanntmachungen untermauert, in dem die Felder „Geschätzter Gesamtwert“ in Nr. II.1.5 oder „Geschätzter Wert“ in Nr. II.2.6 der Auftragsbekanntmachung keine obligatorischen Felder seien und die nur die Angabe eines wirtschaftlichen Werts zuließen und nicht „Umfang“ oder „Menge“ in anderen Maßeinheiten.

Zum Erfordernis der Festsetzung einer Höchstmenge und/oder eines Höchstwerts

- 11 **Simonsen & Weel** hat insbesondere geltend gemacht, dass der Gerichtshof im Urteil in der Rechtssache C-216/17 festgestellt habe, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der eine Rahmenvereinbarung ausschreibe, den Höchstwert oder die Höchstmenge der Waren, die Gegenstand der Folgeverträge sein könnten, bestimmen müsse; diesem Erfordernis sei nicht nachgekommen worden. Die Schätzungen für die einzelnen Zubehöre für Sonden für künstliche Ernährung, die in den Angebotsunterlagen angegeben seien, genügten diesem Erfordernis nicht, da sie ausdrücklich nicht bindend gewesen seien. Die Erwägungen des Gerichtshofs seien grundsätzlicher Art (vgl. insbesondere Rn. 61 des Urteils in der Rechtssache C-267/17) und damit auch von Bedeutung für die beim Klagenævn anhängige Rechtssache, unabhängig davon, ob diese auf der Grundlage der gültigen Auftragsvergaberichtlinie zu entscheiden sei, und [unabhängig] davon, dass die jeweiligen Sachverhalte der Rechtssachen nicht vergleichbar seien. Indem die Höchstmenge der Waren, die auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung beschafft werden könne, oder der maximale Gesamtwert der Rahmenvereinbarung nicht angegeben würden, könnten die Regionen die Rahmenvereinbarung, in der Periode, in der sie laufe, unbegrenzt nutzen.
- 12 Die **Regionen** haben insbesondere angeführt, dass es im Urteil in der Rechtssache C-216/17 um die Auslegung von Art. 1 Abs. 5 und Art. 32 Abs. 2 der Auftragsvergaberichtlinie gegangen sei und dass das Ergebnis im Licht der gestellten Anträge und der konkreten Umstände der Rechtssache betrachtet werden müsse. Der Anwendungsbereich des Urteils beschränke sich somit auf Sachverhalte, in denen ein öffentlicher Auftraggeber für andere öffentliche Auftraggeber handle, die nicht unmittelbare Parteien der betreffenden Rahmenvereinbarung seien, was auf die vorliegende Rechtssache nicht zutrefte. Außerdem müsse beim Anwendungsbereich des Urteils davon ausgegangen werden, dass er sich auf den Wortlaut der Auftragsvergaberichtlinie von 2004 beschränke, in deren Art. 9 Abs. 9 zur Berechnung des Auftragswerts der Rahmenvereinbarung folgende Formulierung verwendet worden sei: „dem geschätzten Gesamtwert ohne MwSt aller für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems geplanten Aufträge“; demgegenüber laute die Formulierung des Art. 5 Abs. 5 der Auftragsvergaberichtlinie von 2014: „dem geschätzten Gesamtwert ... aller für die gesamte Laufzeit der Rahmenvereinbarung ... geplanten Aufträge“. Dem Urteil zufolge reiche es aus, dass die Gesamtmenge der Dienstleistungen in der Rahmenvereinbarung oder in einem anderen veröffentlichten Dokument wie den Ausschreibungsunterlagen selbst angegeben sei, da dadurch die vollumfängliche

Beachtung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung gewährleistet sei (vgl. Rn. 68 des Urteils). Für die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung sei es von entscheidender Bedeutung, ob auch für andere öffentliche Auftraggeber ausgeschrieben werde (vgl. hierfür die Randnummern des Urteils und die Erwägungsgründe 59 bis 62 der Auftragsvergaberichtlinie). Das Erfordernis der Angabe einer Höchstmenge (oder eines Höchstwerts), wie in Rn. 61 des Urteils in der Rechtssache C-267/17 beschrieben, könne nicht auf Rechtssachen ausgedehnt werden, die nicht vergleichbar seien. Die Regionen hätten eine nicht exklusive und nicht gegenseitig verpflichtende Rahmenvereinbarung ausgeschrieben und hätten zum Zeitpunkt der Ausschreibung keine Kenntnis vom Umfang des konkreten Einkaufsbedarfs oder des Preisniveaus der „individuellen Verträge“ gehabt. Die Regionen seien somit nicht in der Lage gewesen, den zu veranschlagenden Wert der Rahmenvereinbarung hinreichend sicher zu schätzen, so dass Nr. II.1.5 oder Nr. II.2.6 der Auftragsbekanntmachung hätten ausgefüllt werden können. Die Beschreibungen der Regionen in den Angebotsunterlagen zu den festgelegten Mengen der Leistungen stünden daher in Einklang mit den Leitlinien des Urteils (vgl. Rn. 31, 61 und 64). Die Angabe der in Aussicht genommenen Mengen durch die Regionen habe nicht zur Folge, dass die Regionen während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung unbegrenzt von dieser Gebrauch machen könnten, da die Mengen, die die Regionen in den Angebotsunterlagen angegeben hätten (Anlage 3 des Vertrags – Angebotsliste), zusammen mit den durch den erfolgreichen Bieter ausgefüllten Unterlagen und dessen Preisgestaltung den geschätzten Wert während der gesamten Vertragslaufzeit und damit auch den Wert des ursprünglichen Vertrags ergäben, was gemäß Art. 72 der Auftragsvergaberichtlinie eine natürliche Begrenzung für nachträgliche Änderungen darstelle.

Zur wirkungslosen Sanktion

- 13 **Simonsen & Weel** hat geltend gemacht, dass das Unterlassen der Regionen, in der Auftragsbekanntmachung Wert, Menge oder Umfang der Rahmenvereinbarung anzugeben, zusammen mit dem gleichzeitigen Unterlassen, in der Auftragsbekanntmachung oder in den sonstigen Ausschreibungsunterlagen Höchstmengen oder einen Höchstwert anzugeben, zur Folge habe, dass die Rahmenvereinbarung, die die Region Nordjylland geschlossen habe, in keinem Zusammenhang mit der veröffentlichten Auftragsbekanntmachung stehe und dass der Ausschreibungspflicht daher nicht nachgekommen worden sei. Die geschlossene Rahmenvereinbarung müsse demnach für unwirksam erklärt werden.
- 14 Die **Regionen** haben insbesondere geltend gemacht, dass ihr Vertragsschluss mit der Nutria A/S nicht von den Fällen erfasst sei, die „Unwirksamkeit“ bewirken könnten, da ein Unterlassen des Ausfüllens der nicht obligatorischen Felder „Geschätzter Gesamtwert“ in Nr. II.1.5 der Auftragsbekanntmachung und „Geschätzter Wert“ in Nr. II.2.6 der Auftragsbekanntmachung nicht einem Sachverhalt gleichgestellt werden könne, in dem ein Vertragsschluss ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung erfolge. Hinzu käme,

dass die Regionen in der Auftragsbekanntmachung auf die Angebotsliste hinwiesen hätten, in der der erwartete jährliche Verbrauch der Regionen angegeben gewesen sei. Der Ausschreibungspflicht sei daher nachgekommen worden.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 15 Das Klagenævnet merkt an, dass die vorgenannten Vorschriften in den dänischen Gesetzen im Einklang mit den Vorschriften der ihnen zugrunde liegenden Richtlinien [2014/24, 2004/18] über die Vergabe öffentlicher Aufträge und [92/13] über die Nachprüfung auszulegen sind, deren Durchführung jene Gesetze zum Ziel haben. Die Beschwerde, die das Klagenævnet prüft, beruht erkennbar auf dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-216/17. Dieses Urteil betraf jedoch einen sehr speziellen Sachverhalt und bezog sich auf die Vorschriften der früheren Auftragsvergaberichtlinie. Man kann daher zu der Ansicht gelangen, dass die Antwort des Gerichtshofs mit Sicherheit nur dahin ausgelegt werden kann, dass sie auf die besonderen Umstände Anwendung findet, die in der abschließenden Schlussfolgerung des Gerichtshofs aufgeführt werden. Eine Reihe von Randnummern im Urteil scheint indessen Ausdruck einer Auslegung der damaligen Vorschriften zu sein, die grundsätzliche Geltung hat. Diese Vorschriften scheinen auch weitgehend in die neue Auftragsvergaberichtlinie übernommen worden zu sein, wobei jedoch bereits kleinere Änderungen Anlass zu gewissen Zweifeln geben können, inwieweit die angegebenen Auslegungen auf die geltenden Regelungen erstreckt werden können.
- 16 Das Klagenævnet hegt ferner Zweifel, in welchem Umfang das, was sich aus den Rn. 57 bis 69 des Urteils in der Rechtssache C-267/17 ergibt, auch in einem Sachverhalt wie dem vorliegenden gilt, in dem die öffentlichen Auftraggeber beide ursprüngliche Parteien der Rahmenvereinbarung sind und eine dieser Parteien nur optional teilnimmt. Die Zweifel des Klagenævnet betreffen insbesondere die Reichweite der Ausführungen in Rn. 60, wonach eine Höchstmenge bestimmt werden muss, und in Rn. 61, wonach die betreffende Vereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge erreicht ist. In diesem Zusammenhang bestehen Zweifel, ob eine solche Obergrenze sowohl die Höchstmengen als auch die Höchstwerte der Waren, die gemäß der Rahmenvereinbarung eingekauft werden können, angeben muss, und ob eine solche Obergrenze gegebenenfalls von „Anbeginn“ an festgesetzt und bereits in der Auftragsbekanntmachung angegeben werden muss – und damit identisch mit dem geschätzten Wert ist – und/oder in den Ausschreibungsunterlagen (vgl. in diesem Sinne Rn. 61 des Urteils), während die Rn. 68 und 69 voraussetzen scheinen, dass es ausreichend ist, dass eine Höchstgrenze erst in der Rahmenvereinbarung selbst und damit beim Abschluss des Ausschreibungsverfahrens festgesetzt wird (vgl. Frage 2).
- 17 Bei der Beurteilung der Fragen können des Weiteren Zweifel aufkommen, inwieweit eine Nichtbeachtung der an die Auftragsbekanntmachung gestellten

Anforderungen – mit der Folge, dass diese im Nachhinein festgelegt werden müssen – von Art. 2d der Nachprüfungsrichtlinie umfasst ist, da ein auf dieser Grundlage erfolgreicher Vertragsschluss mit einem Sachverhalt gleichzusetzen ist, in dem eine Auftragsbekanntmachung hinsichtlich des Einkaufs überhaupt nicht veröffentlicht wurde, und damit ein Grund vorhanden ist, den Vertrag als unwirksam anzusehen (vgl. Frage 3).

- 18 Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen und unter Berücksichtigung des Vorbringens der Parteien ist das Klagenævn der Ansicht, dass die Fragen Anlass zu solchen Zweifeln geben, dass es beschlossen hat, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

ARBEITSDOKUMENT