

I. ABHANDLUNGEN

Christian Koenig / Kristina Schreiber, Bonn

Zur EG-vergaberechtlichen Schwellenwertberechnung im Rahmen der öffentlichen Beschaffung von Waren und Dienstleistungen über Internetplattformen

Die Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts und damit die Pflicht öffentlicher Auftraggeber zu einer europaweiten Ausschreibung ihres Bedarfs hängt maßgeblich von der Berechnung des Auftragswertes ab: Die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereiches hat ebenso wie die Einordnung eines Beschaffungsvorgangs als „öffentlicher Auftrag“ in der Vergangenheit eine fortschreitende Konkretisierung durch Rechtsprechung und Wissenschaft erfahren. Wenig Aufmerksamkeit wurde hingegen der rechtlich wie wirtschaftlich konsistenten Auftragswertberechnung für Liefer- und Dienstleistungsaufträge zuteil: Finden sich in Judikatur und Literatur hinreichende Anhaltspunkte für die Berechnung des Wertes von Bauaufträgen, finden sich beinahe keine konsistenten Anhaltspunkte für eine Konkretisierung der Berechnungsmethoden für Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach § 3 VgV. Umso mehr ist ein scharfer Blick auf diese im Detail indifferent ausgestaltete Norm geboten, welchem sich der vorliegende Beitrag widmet. Besondere Beachtung findet die immer bedeutender werdende Beschaffung über Internetplattformen, welche ob der Digitalisierung Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung der öffentlichen Nachfrage und damit auf die anzuwendende Auftragswertberechnungsmethode zeitigt.

I. Anwendungsvoraussetzung: Schwellenwert als „Gesamtvergütung“

Ein europaweites Vergabeverfahren ist gem. § 100 Abs. 1 GWB nur bei Erreichen oder Überschreiten des Schwellenwertes erforderlich. Die konkrete Höhe der Schwellenwerte richtet sich nach §§ 100 Abs. 1, 127 GWB, § 2 VgV¹⁾ und beträgt für sonstige Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach § 2 Nr. 3 VgV i.V.m. Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 derzeit 206.000 %euro; netto.

1. Berechnungsgrundlage: Gesamtvergütung

Vorgaben zur Berechnung des Auftragswertes enthält § 3 VgV, der in Umsetzung des Art. 9 RL 2004/18/EG²⁾ ergangen ist. Der maßgebliche Auftragswert ist (notwendigerweise) ex ante³⁾ zu bestimmen. Seine Ermittlung muss dokumentiert werden, um die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben nachvollziehen zu können und eine Überprüfungsmöglichkeit zu eröffnen⁴⁾.

Ausgangspunkt für die Berechnung der Schwellenwerte ist gem. § 3 Abs. 1 VgV die geschätzte Gesamtvergütung für die vorgesehenen Leistungen. Der Begriff der Gesamtvergütung des § 3 Abs. 1 VgV ist umfassend zu verstehen und umfasst neben der tatsächlich an den Auftragnehmer gezahlten „Kerngegenleistung“ auch etwaige Prämien und andere Zahlungen an Bewerber oder Bieter.

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; Dr. Kristina Schreiber ist ebendort wissenschaftliche Mitarbeiterin.

1) Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung).

2) ABl. EU Nr. L 134 v. 30.04.2004, S. 114.

3) Siehe § 3 Abs. 10 VgV.

4) OLG Schleswig, Beschluss v. 30.03.2004 – 6 Verg 1/03; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: 4. Aufl. 2007, § 100 GWB, Rdn. 21.

2. Umgehungsverbot

§ 3 Abs. 2 VgV verdeutlicht, die dahinter stehende Intention: „Der Wert eines beabsichtigten Auftrages darf nicht in der Absicht geschätzt oder aufgeteilt werden, ihn der Anwendung dieser Bestimmungen zu entziehen.“ Die Grenze zu einer unzulässigen Auftragswertschätzung ist überschritten, wenn die Schätzung oder Aufteilung „sachwidrig“ erfolgt. Der Auftraggeber hat grundsätzlich einen weiten Prognose- und Gestaltungsspielraum, wie er sein Beschaffungsvorhaben umsetzen will⁵⁾.

II. Abgrenzung der Auftragsarten zur Bestimmung der Berechnungsmethode

Die Absätze 3 bis 9 des § 3 VgV enthalten detaillierte Vorgaben zu den anzuwendenden Berechnungsmethoden je nach Auftragsart. Zur Bestimmung, welche Berechnungsmethode des § 3 VgV heranzuziehen ist, muss der im Einzelfall geplante Auftrag in die Systematik der Absätze 3 bis 9 eingeordnet werden. Die vorliegende Abhandlung widmet sich der Abgrenzung und Konkretisierung der Auftragsarten der „zeitlich begrenzten Liefer-/Dienstleistungsaufträge“⁶⁾, der „regelmäßigen Aufträge“ und der „Daueraufträge“⁷⁾. Gerade diese Auftragsarten des § 3 VgV liegen begrifflich eng beinander und eine Zuordnung im Einzelfall bereitet Schwierigkeiten: Die Vorschrift des § 3 VgV ist aus sich heraus an zahlreichen Stellen kaum verständlich und erscheint inkohärent. Erst die gebotene gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung⁸⁾ unter Berücksichtigung auch der englischen Sprachfassung der RL 2004/18/EG⁹⁾ führt zu einem kohärenten Auslegungsergebnis.

1. Zeitlich begrenzte Liefer-/Dienstleistungsaufträge: Leasing, Miete, Pacht und Ratenkauf

§ 3 VgV differenziert zwischen „zeitlich begrenzten Liefer- und Dienstleistungsaufträgen“ bzw. „unbefristeten Verträgen“ in Abs. 3 einerseits und „Daueraufträgen“ in Abs. 4 andererseits. Die Begriffe entstammen Art. 9 RL 2004/18/EG und finden im deutschen Recht keine unmittelbare Entsprechung. Sie sind gemeinschaftsrechtsautonom auszulegen¹⁰⁾, mithin nicht durch das nationale Rechtsverständnis vorgeprägt. Dem Grunde nach entsprechen sowohl zeitlich begrenzte bzw. unbefristete Liefer- und Dienstleistungsaufträge als auch Daueraufträge den im deutschen Recht bekannten Dauerschuldverhältnissen¹¹⁾. Es handelt sich um auf gewisse Zeit angelegte Vertragsverhältnisse, welche von vornherein auf einen länger andauernden oder wiederholten Leistungsaustausch angelegt sind¹²⁾ und zu einem fortlaufenden Tun oder Unterlassen verpflichten¹³⁾.

Eine Abgrenzung zwischen „zeitlich begrenzten Liefer- und Dienstleistungsaufträgen“ einerseits und „Daueraufträgen“ andererseits folgt aus der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung anhand des Art. 9 RL 2004/18/EG. Die in § 3 Abs. 3 VgV für „zeitlich begrenzte Aufträge“ vorgesehene Berechnungsmethode entstammt Art. 9 Abs. 6 RL 2004/18/EG. Anders als § 3 Abs. 3 VgV erklärt die Ver-

5) OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30. 7. 2003 – Verg 5/03; *Maimann*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, VgV, 2. Aufl. 2007, § 3 VgV, Rdn. 7. *Jochum*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 34. EL 2008, B. 7., Rdn. 33, spricht von einem „bestimmten Prognosespielraum“.

6) § 3 Abs. 3 VgV.

7) § 3 Abs. 4 VgV.

8) Zu dem Erfordernis der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung grundlegend *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 6. Aufl. 2009, Rdn. 189b, 192a ff.

9) Vgl. zur sprachenvergleichenden Auslegung bereits EuGH, Urteil v. 16. 10. 1980, Rs. 816/79, *Klaus Mecke & Co./Hauptzollamt Bremen-Ost*, Slg. 1980, S. 3029.

10) St. Rspr., siehe statt vieler EuGH, Urteil v. 4. 10. 2001, Rs. C-294/99, *Athinaiki Zythopoiia AE*, Slg. 2001, S. I-6797, Rdn. 27.

11) *Jochum*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 34. EL 2008, B. 7., Rdn. 36.

12) Siehe zu dieser Definition *Alpmann/Brockhaus*, Fachlexikon Recht, Stichwort „Dauerschuldverhältnis“.

13) So die Konkretisierung der Definition in *Creifelds*, Rechtswörterbuch, Stichwort „Dauerschuldverhältnis“.

gabekoordinationsrichtlinie diese Berechnungsmethode ausschließlich für „Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf von Waren“ für anwendbar. Die Berechnungsmethode des § 3 Abs. 3 VgV gilt dementsprechend für solche zeitlich begrenzten Aufträge, die diesen Vertragstypen zuzuordnen sind. Für diese Vertragstypen ist auch das Erfordernis der Addition des Restwertes gem. § 3 Abs. 3 Satz 2 VgV nachvollziehbar, da diese Vertragstypen durch die sofortige und umfangreiche Überlassung des Nachfragegegenstands gegen eine längerfristige, wiederkehrende Geldleistung gekennzeichnet sind.

Der Auftragswert von zeitlich begrenzten Liefer- und Dienstleistungsaufträgen entspricht gem. § 3 Abs. 3 VgV dem zu schätzenden Gesamtwert der während der Vertragslaufzeit erbrachten Gegenleistungen, gegebenenfalls zuzüglich des geschätzten Restwertes. Im Fall unbefristeter Verträge oder wenn das Ende der Vertragslaufzeit nicht absehbar ist, entspricht der Auftragswert dem Wert der monatlichen Zahlung multipliziert mit 48, mithin der während einer 4-jährigen Vertragslaufzeit erbrachten Gegenleistungen.

2. Daueraufträge

Die Berechnungsmethode des § 3 Abs. 4 VgV gilt zunächst für Dauerschuldverhältnisse, die keine Leasing-, Miet-, Pacht- oder Ratenkaufverträge darstellen. In Betracht kommen beispielsweise sukzessive Lieferverträge als „Daueraufträge“ nach § 3 Abs. 4 VgV, die durch eine wiederkehrende Lieferung eines bestimmten Warentyps gegen wiederkehrende Vergütung gekennzeichnet sind.

3. Regelmäßige Aufträge

Ferner gilt die Berechnungsmethode des § 3 Abs. 4 VgV für „regelmäßige Aufträge“ mit der Folge, dass für den Fall der Qualifikation verschiedener Einzelaufträge als „regelmäßig“ der Auftragswert aus der Addition der Gesamtwerte dieser Einzelaufträge folgt.

Regelmäßige Aufträge liegen im Fall selbständiger, sich wiederholender Einzelaufträge vor¹⁴⁾. Im Gegensatz zu Daueraufträgen wird nicht ein Vertrag über die periodische Lieferung von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen abgeschlossen, sondern in regelmäßigen Abständen werden entsprechende Aufträge neu erteilt. Es erfolgt nicht von vornherein für einen bestimmten Zeitraum eine Bindung an einen oder mehrere Leistungserbringer, sondern die Entscheidung, von wem die Waren erworben bzw. die Dienstleistungen abgefragt werden und zu welchen Leistungsparametern dies erfolgt, wird in jedem Fall neu getroffen¹⁵⁾. Fraglich ist, welche Eigenschaften die zunächst selbständigen Einzelaufträge aufweisen müssen, um „regelmäßige Aufträge“ und damit einen einheitlichen Gesamtauftrag i.S.d. Vergaberechts darzustellen.

Anders als die übrigen Auftragsstypen des § 3 VgV führt das Konstrukt der „regelmäßigen Aufträge“ zu einer Addition selbständiger Einzelverträge, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten abgeschlossen werden¹⁶⁾. Ob ein Einzelvertrag als „regelmäßiger Auftrag“ Bestandteil eines einheitlichen Gesamtauftrags ist, entfaltet daher für die Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts besondere Brisanz: Das Erfordernis der Addition des Wertes verschiedener Einzelaufträge kann zur Anwendung des EG-Vergaberechts verpflichten, auch wenn die Einzelverträge in ihrem Auftragswert hinter dem maßgeblichen Schwellenwert zurückbleiben und zu gänzlich unterschiedlichen Zeitpunkten abgeschlossen werden. Der öffentliche Auftraggeber muss daher die mögliche Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts

14) Jochum, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 34. EL 2008, B. 7., Rdn. 36. Art. 9 Abs. 7 RL 2004/18/EG: „regelmäßig wiederkehrende öffentliche Aufträge“.

15) So bereits Koenig/Busch, NZS 2003 S. 461 (465).

16) Ein in Lose unterteilter Auftrag gem. § 3 Abs. 5 VgV ist hingegen durch die gleichzeitige Vergabe selbständiger Einzelaufträge gekennzeichnet, Art. 9 Abs. 5 RL 2004/18/EG.

auch dann berücksichtigen, wenn er einen Einzelauftrag mit geringem Wert vergibt.

Eine Zusammenfassung von an sich selbstständigen Einzelaufträgen als „regelmäßige Aufträge“ ist nur dann möglich und zugleich geboten, wenn bereits im Zeitpunkt vor Vergabe des ersten Einzelauftrags die Vergabe weiterer „regelmäßiger“ Einzelaufträge vorhersehbar ist (dazu a.) und die Einzelaufträge in funktional-gegenständlichem Zusammenhang zueinander stehen (dazu b.-c.). Denn die Verknüpfung regelmäßiger Einzelaufträge muss anhand qualifizierter vergaberechtlicher Merkmale gerade den auf Einzelvertragsabschlüsse gerichteten Gestaltungswillen überbrücken. Die Rechtfertigung hierfür liegt in der Bindung öffentlicher Auftraggeber an die Einhaltung der Grundfreiheiten des EG-Vertrags sowie der Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb¹⁷⁾.

a) Vorhersehbarkeit

In systematischer Zusammenschau mit der Maßgeblichkeit der Prognoseschätzung und mithin einer ex ante-Perspektive nach § 3 Abs. 10 VgV ergibt sich zunächst, dass bereits im Zeitpunkt der ersten Einzelauftragsvergabe absehbar sein muss, dass in Zukunft wiederholt entsprechende Einzelaufträge nachgefragt werden. Eine entsprechende Kenntnis des Auftraggebers kann sich nach § 3 Abs. 4 VgV insbesondere aus der Auftragsstruktur des vergangenen Jahres ergeben. Es ist folglich nicht erforderlich, dass der zukünftige Bedarf exakt planbar ist.

Unter Berücksichtigung des Umgehungsverbotens gem. § 3 Abs. 2 VgV ist diese Vorhersehbarkeit jedenfalls dann zu bejahen, wenn anstelle der Vergabe selbstständiger Einzelaufträge ebenso bereits zu Beginn ein Dauerschuldverhältnis hätte vereinbart werden können: Die Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts kann nicht durch die bloße Vertragsgestaltung umgangen werden, wenn die konkrete Ausgestaltung nicht von sachlichen Gründen getragen ist.

b) Regelmäßigkeit des Nachfragegegenstands

Während Art. 9 Abs. 7 RL 2004/18/EG, dessen Umsetzung § 3 Abs. 4 VgV dient, in der deutschen Sprachfassung keine nähere Bestimmung des Terminus des „regelmäßigen Auftrags“ enthält, spricht Art. 9 Abs. 7 in der englischen Sprachfassung von „contracts which are *regular in nature*“. Umfasst sind damit solche Einzelaufträge, die in ihrer Beschaffenheit regelmäßig i. S. von ebenmäßig sind. Im Vergleich zur Vorgängerrichtlinie 93/36/EWG, die in Art. 5 Abs. 3 noch von „regular contracts“ sprach, ist damit eine Konkretisierung erfolgt.

Diese Konkretisierung hat die Bedeutung der Regelmäßigkeit i. S. einer Ebenmäßigkeit des Auftragsgegenstands hervorgehoben. Zur näheren Konkretisierung des Begriffs „regelmäßige Aufträge“ ist der der Richtlinienänderung zugrunde liegende Telos entscheidend: Während früher „regelmäßig“ auch einzig als zeitliche Komponente¹⁸⁾ verstanden werden konnte, kommt es nun maßgeblich auf den Leistungsgegenstand an.

Durch die Formulierung „*regular in nature*“ ist das Erfordernis eines verbindenden, sachlich-gegenständlichen Elements aller Einzelaufträge in den Vordergrund gerückt, welches dem gesamten EG-Vergaberecht zugrunde liegt: Für die Schwellenwertberechnung zusammengefasst werden müssen solche Einzelaufträge, die in ihrer Gesamtheit einen einheitlichen, ebenmäßigen Beschaffungsvorgang darstellen.

Dies folgt zudem aus der Systematik des Vergaberechts: Die Legaldefinitionen der öffentlichen Auftragsarten in § 99 GWB und die grundlegende Regelung der Auftragswertberechnung in § 3 Abs. 1 VgV bringen zum Ausdruck, dass jeweils nur

17) Vgl. Erwägungsgrund 2 der RL 2004/18/EG.

18) So zur Vorgängerrichtlinie 93/36/EWG Koenig/Busch, NZS 2003 S. 461 (465).

ein *einheitlicher* Beschaffungsvorgang Gegenstand des Vergaberechts ist. Bezugsgröße der Vergaberechtsvorschriften ist nicht das Tätigwerden eines öffentlichen Auftraggebers in seiner Gesamtheit; maßgeblich ist stets die Vergabe *eines* öffentlichen Auftrags.

aa) Kriterium des funktional-gegenständlichen Zusammenhangs in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wurde im Hinblick auf die Schätzung des Auftragswertes für Bauleistungen das Kriterium des funktional-gegenständlichen Zusammenhangs entwickelt, um einen einheitlichen Bauauftrag von mehreren Bauaufträgen abzugrenzen.

Ein einheitlicher Auftrag liegt danach vor, wenn zwischen den Einzelaufträgen ein funktional-gegenständlicher Zusammenhang in technischer oder wirtschaftlicher¹⁹⁾ und zeitlicher²⁰⁾ Hinsicht besteht. Ein solcher Zusammenhang wurde verneint im Fall einzelner Bauabschnitte einer Entlastungsstraße, wenn jeder Bauabschnitt für sich in verkehrstechnischer Hinsicht eine sachgerechte Nutzung durch die Verkehrsteilnehmer ermöglicht²¹⁾. Gegen einen funktional-gegenständlichen Zusammenhang spricht, dass einzelne Bauabschnitte unterschiedliche wirtschaftliche und technische Funktionen erfüllen; insbesondere, wenn „die unterschiedlichen baulichen Anlagen ohne Beeinträchtigung ihrer Vollständigkeit und Benutzbarkeit auch getrennt voneinander errichtet werden können“²²⁾.

Dieses Kriterium des funktional-gegenständlichen Zusammenhangs ist unter Beachtung der Besonderheiten von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen auf diese übertragbar²³⁾: Das Merkmal der „Regelmäßigkeit“ führt auch in § 3 Abs. 4 VgV dazu, dass selbstständige Einzelaufträge als ein einheitlicher Auftrag angesehen werden und dementsprechend nach § 3 Abs. 1 VgV der Gesamtwert der Leistungen dieses Auftrags maßgeblich ist. Wie im Rahmen eines Bauauftrags existieren somit verschiedene, voneinander zu trennende Leistungen, die zu einem einheitlichen Auftrag i. S. des Vergaberechts zusammengefasst werden. Ein funktional-gegenständlicher Zusammenhang verbindet diese Aufträge zu einem einheitlichen Auftrag, wenn ein wirtschaftlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht. Dies ist jedenfalls der Fall, wenn sich die einzelnen Aufträge ergänzen und bereits aus einer ex ante-Perspektive notwendigerweise miteinander verknüpft sind.

bb) Systematische Zusammenschau des § 3 Abs. 3–5 VgV

Unterstützt wird dieses Verständnis des § 3 Abs. 4 Alt. 1 VgV zum einen durch eine systematische Zusammenschau mit den „zeitlich befristeten Aufträgen“ des § 3 Abs. 3 VgV und den „Daueraufträgen“ des § 3 Abs. 4 Alt. 2 VgV: Beide Verträge sind durch eine Zusammenfassung jedes einzelnen Leistungsaustauschs durch einen verbindenden Gesamtvertrag gekennzeichnet. Bereits aus der ex ante-Perspektive ist dieser Zusammenhang festgelegt. Im Fall „regelmäßiger Aufträge“ besteht ein solcher verbindender Gesamtvertrag nicht – er wird durch das Erfordernis des „funktional-gegenständlichen Zusammenhangs“ ersetzt.

Zum anderen bestätigt die Konzeption des § 3 Abs. 5 VgV obiges Ergebnis: Verschiedene Fach- oder Gebietslose bilden einen einheitlichen Auftrag, wenn bereits ex ante eine Gesamtnachfrage zur Disposition stand, die lediglich durch ver-

19) *Maimann*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, VgV, 2. Aufl. 2007, § 3 VgV, Rdn. 3 für Bauaufträge.

20) OLG Rostock, Beschluss v. 20. 9. 2006 – 17 Verg 8/06. *Maimann*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, VgV, 2. Aufl. 2007, § 3 VgV, Rdn. 3 für Bauaufträge: „wenn die weiteren in einem funktionalen Zusammenhang stehenden Aufträge in absehbarer Zeit verwirklicht werden sollen.“

21) OLG Brandenburg, Beschluss v. 20. 8. 2002 – Verg W 4/02.

22) OLG Rostock, Beschluss v. 20. 9. 2006 – 17 Verg 8/06, Rdn. 55.

23) Das OLG Celle qualifizierte ohne nähere Begründung Aufträge als „regelmäßig“, wenn ein öffentlicher Auftraggeber Anteile eines Regiebetriebs mit Abfallbeseitigung, Stadtreinigung und ähnlichen Dienstleistungen zum Verkauf anbot und der Käufer die Dienste der Abfallbeseitigung und Stadtreinigung in Zukunft gegen Entgelt erbringen sollte, Beschluss v. 25. 8. 2005 – 13 Verg 8/05.

schiedene Auftragnehmer erbracht werden soll. Die einzelnen Nachfragegegenstände müssen dabei indes in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen²⁴⁾.

cc) Verbindendes Element im Sinne der Rahmenvereinbarung

Eine Konkretisierung des verbindenden Elements im Sinne eines funktional-gegenständlichen Zusammenhangs folgt für Liefer- und Dienstleistungsaufträge aus der in der RL 2004/18/EG neu aufgenommenen und in den §§ 3 Abs. 8 VgV, 3a VOL/A²⁵⁾ umgesetzten Beschaffungstechnik der Rahmenvereinbarung. Ermöglicht wird dem öffentlichen Auftraggeber durch diese Neuerung, nur die Rahmenvereinbarung vergaberechtskonform und sodann auf ihrer Grundlage Einzelaufträge ohne europaweite Ausschreibung zu vergeben. Eine Rahmenvereinbarung ist „eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die 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“²⁶⁾. Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung ist demnach immer dann möglich, wenn vorab die wesentlichen Leistungsparameter, insbesondere die Konkretisierung des Leistungsgegenstands, der Preis und die entscheidenden Leistungsbedingungen festgelegt werden können.

Die vergaberechtskonforme Nachfrage durch eine Rahmenvereinbarung soll dem öffentlichen Auftraggeber eine effizientere Beschaffung der benötigten Leistungen ermöglichen²⁷⁾. Effizienter ist diese Beschaffungsform, da auf die vergaberechtskonforme Nachfrage jedes Einzelauftrags verzichtet werden kann. Dabei entfaltet die Rahmenvereinbarung ihren wirtschaftlichen Wert insbesondere in den Fällen, in denen ohne sie Einzelaufträge vergaberechtskonform ausgeschrieben werden müssten, die isoliert betrachtet den Schwellenwert nicht erreichen: Eine EG-vergaberechtskonforme Nachfrage ist mit erheblichem personellen und sachlichen Aufwand verbunden. Dieser mag, wenn jeder einzelne Auftrag einen hohen Wert erreicht, wirtschaftlich sein. Zweifel an dieser Wirtschaftlichkeit entstehen jedoch dann, wenn erst durch eine Zusammenfassung der Einzelaufträge der Schwellenwert erreicht wird und dennoch jeder Einzelauftrag selbstständig vergaberechtskonform nachgefragt werden muss. Hebt der Gemeinschaftsgesetzgeber den Effizienzgewinn durch diese Beschaffungstechnik hervor²⁸⁾, hatte er vermutlich die „regelmäßigen Aufträge“ vor Augen, die durch diese Technik unter dem Dach einer Rahmenvereinbarung zusammengefasst werden können. Denn die Beschaffungstechnik der Rahmenvereinbarung gilt nur für solche Einzelaufträge, die – vergeben als selbständige Aufträge ohne Abschluss einer Rahmenvereinbarung – jeweils vergaberechtskonform europaweit auszuschreiben wären²⁹⁾.

Die Möglichkeit des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung gilt damit für „regelmäßige Aufträge“ i. S. des § 3 Abs. 4 VgV, dem einzigen Auftragsstypus des § 3 VgV, der durch die Vergabe von selbstständigen Einzelaufträgen über einen längeren Zeitraum gekennzeichnet ist und für die Berechnung des Auftragswerts die Addition des Wertes der Einzelaufträge erfordert. Im Ergebnis ist die Auftragsart der „regelmäßigen Aufträge“ damit zugleich der einzige Auftragsstypus des § 3 VgV, für den die Beschaffungstechnik der Rahmenvereinbarung in Betracht kommt³⁰⁾. Denknötwendig kommen Rahmenvereinbarungen nur in Betracht für

24) § 3 Abs. 5 VgV fordert für Lieferaufträge die „Gleichartigkeit“ der Lieferungen.

25) Verdingungsordnung für Leistungen – Teil A.

26) Art. 1 Abs. 5 RL 2004/18/EG.

27) Erwägungsgrund 12 RL 2004/18/EG.

28) Erwägungsgrund 12 RL 2004/18/EG.

29) Erwägungsgrund 11 spricht explizit von „Rahmenvereinbarungen, die für in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallende Aufträge geschlossen werden“.

30) Dauerschuldverhältnisse werden sogleich bindend unter Vereinbarung aller Leistungsparameter einschließlich der zu erbringenden Menge geschlossen. In Lose unterteilte Aufträge werden gleichzeitig vergeben und bedürfen keiner „Rahmenvereinbarung“.

Einzelaufträge, die bereits isoliert den Schwellenwert erreichen oder für „regelmäßige Aufträge“, die den Schwellenwert infolge der Addition erreichen.

Durch die Legaldefinition des Begriffs der Rahmenvereinbarung hat der Gemeinschaftsgesetzgeber damit indirekt eine Konkretisierung des Begriffs der „regelmäßigen Aufträge“ vorgenommen: Die Zusammenfassung von Einzelaufträgen i. S. des EG-Vergaberechts erfordert, dass bereits zu Beginn für alle Einzelaufträge die essentiellen Bedingungen, insbesondere der Vertragsgegenstand, der Preis und die entscheidenden Leistungsmodalitäten, festgelegt werden können. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass regelmäßige Aufträge nur solche sein können, die durch übereinstimmende Bedingungen, insbesondere den Vertragsgegenstand, den Preis und die entscheidenden Leistungsmodalitäten, gekennzeichnet sind und damit erst zu Rahmenvereinbarungen zusammengefasst werden können.

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn regelmäßige Aufträge auch solche Einzelaufträge wären, die nicht rahmenvereinbarungstauglich sind. Dies aber würde dem Erfordernis der „Vorhersehbarkeit“ widersprechen und den Anwendungsbereich des Vergaberechts in praktisch kaum mehr handhabbarer Weise ausdehnen: Der Wert einer nicht zählbaren Anzahl von Einzelaufträgen müsste addiert werden zur Berechnung des Auftragswertes, die nicht einmal durch übereinstimmende Leistungsparameter gekennzeichnet sind. „Ebenmäßigkeit“ i. S. von „regular in nature“ gem. Art. 9 Abs. 7 RL 2004/18/EG bedeutet damit die rahmenvereinbarungstaugliche Übereinstimmung der maßgeblichen Leistungsparameter.

Der notwendige funktional-gegenständliche Zusammenhang besteht folglich nur in den Fällen, in denen bereits zum maßgeblichen Schätzungszeitpunkt der zukünftige Bedarf absehbar ist, die einzelnen Aufträge durch übereinstimmende Parameter im Leistungs-Gegenleistungsverhältnis gekennzeichnet sind und diese Parameter bereits zum Zeitpunkt der ersten Einzelauftragsvergabe – als rahmenvereinbarungstaugliche Parameter – festgelegt werden können.

c) Regelmäßigkeit durch Digitalisierung von Auftragsformaten

Die Nutzung von Internetplattformen für die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen ermöglicht öffentlichen Auftraggebern eine effiziente Leistungsbeschaffung infolge ad hoc stattfindender Preisbildungs- und Leistungsprozesse. Die wachsende Bedeutung der öffentlichen Online-Beschaffung hat der Gemeinschaftsgesetzgeber als Option für eine Ausweitung des Wettbewerbs und eine Steigerung der Effizienz des öffentlichen Beschaffungswesens – durch eine Verringerung des Zeitaufwands und Einsparungseffekte – eingeordnet³¹⁾.

Je stärker nun über digitale Formate wie Angebotsvorlagen eine Vereinheitlichung verschiedener Anfragen durch öffentliche Auftraggeber herbeigeführt wird, je stärker forciert die Angebotsform ein sachlich verbindendes Element zwischen verschiedenen Anfragen mit dem Ergebnis, dass die aufgrund dieser Anfragen geschlossenen Verträge für die Auftragswertberechnung zusammengefasst werden müssen. Die Vereinheitlichung digitaler Angebotsvorlagen kann zugleich die Leistungsparameter i. S. einer „Rahmenvereinbarungstauglichkeit“ vereinheitlichen. Die Nutzung von Internetplattformen weitet damit den Anwendungsbereich des EG-Vergaberechts aus.

Je nach konkretem Einzelfall treten weitere Elemente für die Begründung des funktional-gegenständlichen Zusammenhangs hinzu. Die Digitalisierung forciert durch die Schaffung von Transparenz und Übersichtlichkeit die Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit, ob entsprechende verbindende Elemente zwischen den Einzelaufträgen bestehen. Der Begriff der „Rahmenvereinbarungstauglichkeit“ erfährt so eine nähere Konkretisierung.

31) Erwägungsgrund 12 der RL 2004/18/EG.

aa) *Substituierbarkeit der Nachfragegegenstände*

Für einen funktional-gegenständlichen Zusammenhang spricht, wenn einzelne Nachfragegegenstände untereinander substituierbar³²⁾ und damit aus Sicht des Auftraggebers austauschbar sind. Anhaltspunkte für diese Substituierbarkeit ergeben sich im Fall der Online-Beschaffung aus der Verwendung einheitlicher digitaler Angebotsvorlagen ohne *Individualisierungsoptionen*.

Einen Anhaltspunkt bietet insofern ein Vergleich mit § 3 Abs. 5 VgV, der eine „Gleichartigkeit“ der Liefergegenstände fordert. In Zusammenschau mit der im Bereich der Bauauftragsvergabe entwickelten Rechtsprechungskriterien jedoch muss die „Gleichartigkeit“ der Nachfragegegenstände durch ein weiteres, die „Ebenmäßigkeit“ nach Art. 9 Abs. 7 RL 2004/18/EG begründendes, verbindendes Element ergänzt werden. Neben dem Wortlaut „regular in nature“ der Richtlinie verbietet sich eine direkte Übertragung des Erfordernisses der Gleichartigkeit aufgrund der praktischen Folgen: Wäre jeder Einzelauftrag über eine „gleichartige“ Leistung Bestandteil eines regelmäßigen Gesamtauftrags, müsste der Wert einer unbestimmten Anzahl von Einzelaufträgen über unbestimmte Zeit addiert werden. Denn anders als § 3 Abs. 5 VgV erfordert § 3 Abs. 4 VgV gerade keine Auftragsvergabe in unmittelbar zeitlichem Zusammenhang³³⁾. Anders als § 3 Abs. 3 VgV enthält § 3 Abs. 4 VgV zudem keine „Zweifelsregel“, wonach im Fall unbestimmter Vertragslaufzeit der Auftragswert von 48 Monaten maßgeblich ist.

Zu extensiv wäre jedoch auch eine direkte Übertragung der Rechtsprechung zur Bauauftragswertberechnung: Eine Ebenmäßigkeit besteht nicht nur, wenn erst die Zusammenfassung aller Einzelaufträge eine verwertbare Leistung bietet. Anders als i. R. der Erstellung eines Bauwerkes, bei dem die Einzelleistungen ihren Wert nur in der Gesamtschau entfalten, trägt eine derart einschränkende Auslegung dem Begriff „regelmäßig“, verstanden als „regular in nature“, keine Rechnung. Denn der Terminus „regular in nature“ erfordert nach dem allgemeinen Wortsinn gerade keine einzige Ware, sondern nur die „Ebenmäßigkeit“ der Nachfragegegenstände. Entsprechend erfordert auch der Abschluss einer Rahmenvereinbarung keine solche Ergänzungsfunktion jedes Einzelauftrags.

Erforderlich ist daher ein Mittelweg, nach dem neben der Gleichartigkeit des Nachfragegegenstands ein weiteres verbindendes Element erforderlich ist. Das Zeitelement wurde dabei aufgrund der Änderung des Richtlinienwortlauts von „regular contracts“ hin zu „regular in nature“ gerade in den Hintergrund gestellt.

Bedeutung entfalten vielmehr das aus der Rechtsprechung zu Bauaufträgen bekannte Kriterium des wirtschaftlichen und technischen Zusammenhangs und die Rahmenvereinbarungstauglichkeit: Bestehen sachliche wirtschaftliche bzw. technische Gründe für die Nachfrage durch selbständige Einzelaufträge, steht dies einer Qualifizierung als einheitlicher Beschaffungsvorgang entgegen. Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung wäre ausgeschlossen, da eine Vorabvereinheitlichung der maßgeblichen Leistungsparameter nicht möglich ist.

bb) *Kriterium: „Produktverbesserungen“*

Gegen einen funktional-gegenständlichen Zusammenhang spricht damit, wenn eine aus sachlichen Gründen erwartete Produktweiterentwicklung dem Abschluss eines Dauerschuldverhältnisses oder einer Rahmenvereinbarung entgegensteht. Im Mittelpunkt stehen zum einen Qualitätsverbesserungen, zum anderen Verbesserungen der Kostenstruktur, die eine preisgünstigere Beschaffung erwarten lassen.

32) Für das Erfordernis einer Substituierbarkeit im Bereich der Hilfsmittelversorgung gesetzlich Krankensicherter nach § 127 SGB V bereits *Koenig/Busch*, NZS 2003 S. 461 (465 f.).

33) Deutlich Art. 9 Abs. 5 RL 2004/18/EG: Aufträge, die „gleichzeitig in Losen vergeben werden“.

Wenn die Nutzung der Online-Beschaffung eine bestmögliche Ausnutzung von ad hoc stattfindenden Preisbildungs- und Leistungsprozessen gerade durch die selbständige Vergabe von Einzelaufträgen ermöglicht, der öffentliche Auftraggeber mithin Produktweiterentwicklungen nur nutzen kann, wenn eine frühzeitige Bindung an bestimmte Auftragnehmer zu bestimmten Leistungsparametern unterbleibt, spricht dies gegen eine Zusammenfassung selbständiger Einzelaufträge als regelmäßige Aufträge. In diesen Fällen wäre der Abschluss einer Rahmenvereinbarung aufgrund der (Möglichkeit zur) Entwicklung neuer Vertragsparameter wirtschaftlich bzw. technisch disfunktional: Die Fragmentierung in Einzelaufträge ist damit funktional-sachlich gerechtfertigt.

4. Berechnungsmethode für Daueraufträge und regelmäßige Aufträge

Der Auftragswert eines Dauerauftrags und regelmäßiger Aufträge entspricht nach § 3 Abs. 4 i. V. mit Abs. 1 VgV dem Gesamtauftragswert, d. h. der Vergütung während der gesamten Vertragslaufzeit. § 3 Abs. 4 VgV sieht zwei alternative Berechnungsmethoden vor:

Entweder ist der Gesamtauftragswert auf der Grundlage vergleichbarer Aufträge während der letzten 12 Monate bzw. des letzten Haushaltsjahres zu ermitteln. Voraussichtliche zukünftige Änderungen bei Mengen oder Kosten sind zu berücksichtigen.

Oder der Gesamtauftragswert ist zu schätzen. Dabei ist der Wert der folgenden 12 Monate maßgeblich. Erstreckt sich die Laufzeit des Vertrags auf mehr als 12 Monate, ist der geschätzte Wert für die gesamte Vertragslaufzeit zugrunde zu legen.

Anders als beispielsweise § 3 Abs. 3 Satz 2 VgV enthält § 3 Abs. 4 VgV ausschließlich die Basis, auf deren Grundlage die Berechnung zu erfolgen hat. Während dies in der deutschen Umsetzungsnorm nur ansatzweise zum Ausdruck kommt, ist Art. 9 Abs. 7 der RL 2004/18/EG ungleich deutlicher formuliert: Hiernach wird der geschätzte Auftragswert „auf der Basis“ des zurückliegenden oder prognostizierten künftigen Wertes errechnet. Nicht maßgeblich ist der Wert eines Jahres unabhängig von der tatsächlichen Laufzeit.

§ 3 Abs. 4 VgV ist insoweit inkorrekt umgesetzt worden, als er in der zweiten Alternative für eine Vertragslaufzeit über einem Jahr vorgibt, dass der „geschätzte Wert für die gesamte Vertragslaufzeit“ zugrunde zu legen sei. Diese Formulierung legt nahe, dass bei kürzeren Vertragslaufzeiten stets der (fiktive) Auftragswert für ein Jahr maßgeblich sei und nur für längere Vertragslaufzeiten der tatsächliche Wert. Eine solche Abweichung von der Grundregel des § 3 Abs. 1 VgV, nach der stets die tatsächliche Gesamtvergütung entscheidend ist, bedürfte einer eindeutigen Formulierung. Denn eine solche Ausnahme von der Regel ist nur dann möglich, wenn sie eindeutig und klar verständlich im Gesetzestext niedergelegt ist.

Klarheit verschafft eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung anhand des Art. 9 Abs. 7 RL 2004/18/EG: Absatz 7 unterscheidet in der zweiten Alternative nicht zwischen dem fixen Wert für 12 Monate einerseits und dem tatsächlichen Gesamtwert im Fall einer Vertragslaufzeit über 12 Monate. Vielmehr bestimmt Abs. 7 für die zweite Alternative, dass entweder auf die kommenden 12 Monate abzustellen ist, oder auf das Haushaltsjahr, wenn dieses länger als 12 Monate dauert.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass *Grundlage* der Berechnung entweder die tatsächlichen Zahlen des vergangenen Jahres sind oder eine Prognose der Zahlen für das kommende Jahr bzw. das Haushaltsjahr. Anhand der ermittelten Zahlen ist sodann als *Ergebnis* die Gesamtvergütung für die tatsächliche Laufzeit des Dauerauftrags oder aller regelmäßigen Aufträge zu errechnen. Diese Methode hat den Vorteil, dass (Haushalts-) Jahresschwankungen ausgeglichen werden und stets ein Durchschnittswert maßgeblich ist.

III. Fazit

Kohärent erfolgt die Typisierung der Auftragsarten gem. § 3 VgV mithin in einem ersten Schritt anhand der Einteilung in auf einmaligen oder wiederholten Leistungsaustausch gerichtete Verträge. In einem zweiten Schritt ist im Fall des einmaligen Leistungsaustausches zu untersuchen, ob andere Einzelaufträge zu erwarten sind, die mit dem ersten in funktional-gegenständlichem Zusammenhang stehen. Maßgebliches Kriterium ist die Rahmenvereinbarungstauglichkeit im Gegensatz zu der (begründeten) Erwartung einer Änderung der maßgeblichen Leistungsparameter.

Die Nutzung von Internetplattformen zur Leistungsbeschaffung forciert dabei durch eine Vereinheitlichung digitaler Angebotsvorlagen die Schaffung eines funktional-gegenständlichen Zusammenhangs. Zudem öffnet sie durch die geschaffene Transparenz den Blick für bestehende Zusammenhänge zwischen selbstständigen Einzelaufträgen. Auf diese Weise erhöht sie nicht nur die Effizienz des öffentlichen Beschaffungswesens. Die Nutzung von Internetplattformen weitet zudem den Anwendungsbereich des Vergaberechts aus, einerseits durch eine Vereinheitlichung selbständiger Einzelaufträge im Sinne „regelmäßiger Aufträge“, andererseits durch die Sichtbarmachung bestehender funktional-gegenständlicher Zusammenhänge, die im Wege der konventionellen Beschaffung womöglich im Verborgenen geblieben wären.