

JETZT IM
NEUEN DESIGN

ZVVB

Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Beiträge

Vergaberecht, Transparenz und Geheimhaltung – ein Dauerthema mit neuer Dynamik

Claudia Fuchs und Thomas Ziniel

Nachhaltige Beschaffung und ihre Herausforderungen

Claus Casati

Die Rahmenvereinbarung in der Praxis – Teil 1

Karlheinz Moick und Florian Kromer

Personenbezogene Vergabekriterien

Jacqueline Raab und Maximilian Weigert

Rechtsprechung

EuGH: Dienstleistungskonzessionen und öffentliche Lieferaufträge

Philipp Pallitsch und Ayo-Victor Hübl

OGH: Konkludente Abtretung von Ansprüchen gegen Werkunternehmer des Schenkungsgebers

Philipp Springer

Die Rahmenvereinbarung in der Praxis – Teil 1

Der Beitrag schnell gelesen

In den letzten Jahren entwickelte sich die Rsp zur Rahmenvereinbarung beständig weiter. In zahlreichen Bereichen fehlen aber noch vertiefte rechtliche Auseinandersetzungen. Die Autoren greifen hierfür wesentliche praxisrelevante Themen heraus. Dieser Beitrag beleuchtet die Abgrenzung der Rahmenvereinbarung zum Rahmenvertrag. Außerdem werden die Grenzen der maximalen Laufzeit der Rahmenvereinbarung

aufgezeigt. Zuletzt wird auf erforderliche Mengenangaben bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen eingegangen.

Vergaberecht

§§ 153 ff und 314 ff BVerG 2018

ZVB 2023/5



Dr. KARLHEINZ MOICK ist Partner der Kanzlei FSM Rechtsanwälte. Mag. FLORIAN KROMER ist Vergabebjurist in der ÖBB-Holding AG.

Inhaltsübersicht:

- Die Abnahmeverpflichtung: Abgrenzungskriterium der Rahmenvereinbarung vom Rahmenvertrag?
- Maximale Laufzeit der Rahmenvereinbarung
- Angabe von geschätztem und maximalem Auftragsvolumen

A. Die Abnahmeverpflichtung: Abgrenzungskriterium der Rahmenvereinbarung vom Rahmenvertrag?

Obwohl sich in vergaberechtlicher¹ Hinsicht die Rahmenvereinbarung vom Rahmenvertrag in grundlegenden Elementen unterscheidet, werden die beiden Instrumente **in der Vergabepaxis mitunter für gleichartige Sachverhalte eingesetzt**: Sie können etwa in typischer Weise der Beschaffung wiederkehrender Leistungen dienen, wenn die Leistungen in einem zeitlich und quantitativ nicht genau vorhersehbaren Bedarf während einer gewissen Laufzeit „abgerufen“ werden sollen.² Dies hat zur Folge, dass sich mitunter typische Bestandteile einer Rahmenvereinbarung auch in Ausschreibungen über Rahmenverträge finden und umgekehrt. Das betrifft insb Festlegungen in Rahmenverträgen, nach denen „keine Abnahmeverpflichtung“ des AG besteht.

Doch sind Rahmenverträge ohne Abnahmeverpflichtung überhaupt zulässig? Führt die mangelnde Abnahmeverpflichtung gar dazu, dass ein „Rahmenvertrag“ im Einzelfall iS einer *falsa demonstratio* nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Rahmenvereinbarung qualifiziert werden könnte? Dies ist von entscheidender Bedeutung für grundlegende Rechtsfolgen, wie etwa die Möglichkeit der Direktvergabe,³ die gesetzliche Begrenzung der Laufzeit⁴ oder die Bekanntgabepflichten.⁵

Zur Beantwortung dieser Frage sind zunächst die **Abgrenzungsmerkmale** zwischen den beiden Instrumenten herauszuarbeiten. Bei der Rahmenvereinbarung handelt es sich systematisch betrachtet um eine (Vergabe-)Verfahrensart.⁶ Daher gibt es auch eine gesetzliche Definition (dazu sogleich). Im Gegensatz dazu ist der Rahmenvertrag im System des BVerG als Auftrag iSd §§ 5 bis 7 zu qualifizieren und nach den allgemeinen vergaberechtlichen Regeln für Aufträge zu vergeben. Eine gesetzliche Definition des Rahmenvertrags ist daher nicht vorhanden.

Eine Rahmenvereinbarung ist gem § 31 Abs 7 BVerG „eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Aufgrund einer Rahmenvereinbarung wird nach Abgabe von Angeboten eine Leistung von einer Partei der Rahmenvereinbarung mit oder ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb bezogen.“

Die Rsp, die Materialien und die einhellige Literatur stellen bei der Unterscheidung zwischen Rahmenvereinbarung und Rahmenvertrag auf die **Bindungswirkung** ab: Während eine Rahmenvereinbarung zwischen einem oder mehreren AG einerseits und einem oder mehreren AN andererseits lediglich eine unverbindliche Geschäftsgrundlage für zukünftige Beschaffungen schafft, stellt ein Rahmenvertrag ein zivilrechtlich bindendes Geschäft zwischen einem:einer AG und (nur) einem:einer AN dar, in dessen Rahmen der:die AG zum Abruf von Gütern aus dem Rahmenvertrag verpflichtet ist, wenn ein Beschaffungsbedarf besteht (Bindungswirkung).⁷ Der Rahmenvertrag hat bereits alle für den Abschluss des Vertrags erforderlichen Festlegungen zu enthalten.⁸

¹ In zivilrechtlicher Hinsicht gibt es mangels Typenzwang keine Unterscheidung zwischen den Begriffen „Rahmenvereinbarung“ und „Rahmenvertrag“.

² Diese Sachverhalte sollen im gegenständlichen Beitrag beleuchtet werden. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass der Begriff des Rahmenvertrags auch im BVerG nicht definiert ist und Rahmenverträge in unterschiedlichsten Formen auftreten können.

³ VwGH 16. 3. 2016, Ro 2014/04/0070.

⁴ § 154 Abs 5 und § 315 Abs 3 BVerG.

⁵ Während beim Rahmenvertrag nur dessen Abschluss einer Bekanntgabepflicht unterliegt, gilt diese bei Rahmenvereinbarungen auch für jeden Abruf mit einem Wert ab € 50.000,- (vgl §§ 62, 66, 232 und 237 BVerG).

⁶ § 39 BVerG über den Abschluss von Rahmenvereinbarungen und Vergabe von Aufträgen aufgrund einer Rahmenvereinbarung findet sich im Abschnitt „Wahl der Vergabeverfahren im Ober- und im Unterschwellenbereich“. Dennoch handelt es sich bei der Rahmenvereinbarung (auch) um einen Vertrag, s Opperl, Die Auftragsdauer von Einzelabrufen aus Rahmenvereinbarungen darf deren Laufzeit überschreiten, ZVB 2016, 96.

⁷ Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht⁴ Rz 1046; Höfler-Petrus in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVerG 2018, Vor §§ 153–155 Rz 9; Heid aaO, Vor §§ 5–7, Rz 8; Zellohofer/Hornbanger in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVerG 2006, § 150 Rz 11; grundlegend auch BVA 11. 4. 2006, N/0010-BVA/07/2006–38; s auch BVwG 6. 8. 2014, W123 2009469-1 und W123 2009470-1.

⁸ ErläutRV 69 BlgNr 26. GP 28.

Die mangelnde Abnahmeverpflichtung iSd § 31 Abs 7 BVergG ist ein wesentlicher Indikator für das Fehlen einer solchen Bindungswirkung. Doch was bedeutet „**Abnahmeverpflichtung**“ im Detail? Die Abnahmeverpflichtung könnte etwa dahingehend verstanden werden, dass der:die AG dann, wenn ein konkreter Bedarf auftritt, diesen Bedarf iS einer Exklusivität über den in Rede stehenden Vertrag decken muss. Sie könnte aber auch iS einer zwingend abzurufenden Mindestabnahmemenge zu verstehen sein.

Richtig ist uE das erstere Verständnis. „Ohne Abnahmeverpflichtung“ bedeutet im Zusammenhang mit der Rahmenvereinbarung, dass der:die AG **Parallelvergaben** durchführen darf, demnach keine Exklusivität vorliegt. Hingegen ist die Vereinbarung einer Mindestabnahmemenge nicht entscheidend. Dafür sprechen gewichtige Argumente.

Zunächst sprechen die Materialien eindeutig für dieses Verständnis:⁹ „Eine der Besonderheiten [erg: des Rahmenvertrags] ist, dass der Umfang der Gesamtleistung und/oder der Erfüllungszeitpunkt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht fixiert sind. Kommt es jedoch zu einem Bedarf an den im Rahmenvertrag fixierten Leistungen, hat der Auftraggeber sämtliche vom Rahmenvertrag erfassten Leistungen ausschließlich vom Vertragspartner des Rahmenvertrages zu den im Rahmenvertrag vereinbarten Konditionen zu beziehen.“ Im Umkehrschluss besteht bei Rahmenvereinbarungen keine derartige Exklusivität. Auch die herrschende Literatur teilt dieses Verständnis und verbindet mit der fehlenden Abnahmepflicht bei der Rahmenvereinbarung das Recht des:der AG auf Durchführung einer Parallelausschreibung. Dadurch wird (neben dem „Innenwettbewerb“ bei Mehrfach-Rahmenvereinbarungen) ein potenzieller Außenwettbewerb aufrechterhalten.¹⁰

Rahmenverträge seien hingegen dahingehend zu charakterisieren, dass sie die im Bedarfsfall benötigte Leistung insgesamt festlegen und dem:der AN ein **Exklusivrecht** für den Bedarfsfall einräumen.¹¹ Eine Parallelvergabe wäre in der Regel unzulässig.¹²

Mindestabnahmemengen sind in diesem Zusammenhang nicht relevant.¹³ Es ist unstrittig, dass bei Rahmenverträgen (ebenso wie bei Rahmenvereinbarungen) der genaue Umfang der Gesamtleistung bei Vertragsabschluss noch nicht endgültig feststehen muss. Das bedeutet, dass die Mengen auch beim Rahmenvertrag nach Notwendigkeit abgerufen werden können.¹⁴ Dass dies auch für Fälle gilt, in denen nicht feststeht, ob überhaupt ein Bedarf entstehen wird, ergibt sich indirekt auch aus den Materialien. Diese nennen als Beispiele für Rahmenverträge ua die witterungsabhängige Schneeräumung oder die Behebung von Gebrechen (Stördienst). Es ist im ersten Beispiel durchaus denkbar, dass ein Winter derart schneearm ausfällt, dass so gut wie kein Bedarf nach Schneeräumarbeiten besteht. Ebenso ist es im zweiten Beispiel möglich, dass innerhalb des Leistungszeitraums kein Störfall auftritt und damit kein Stördienst erforderlich wird. Eine allfällige Mindestabnahmemenge ist also kein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen Rahmenvereinbarung und Rahmenvertrag; sie können sowohl bei Rahmenvereinbarungen als auch bei Rahmenverträgen vorgesehen werden, es besteht aber bei beiden Instrumenten keine grundsätzliche Verpflichtung.¹⁵

Fazit und Empfehlung

Das Vorhandensein einer Abnahmeverpflichtung ist ein wesentliches Abgrenzungsmerkmal zwischen Rahmenvereinbarung¹⁶ und Rahmenvertrag¹⁷ im vergaberechtlichen Sinn. Gemeint ist damit die Möglichkeit des:der AG, Parallelvergaben durchzuführen. Dies ist grundsätzlich nur bei der Rahmenvereinbarung möglich.¹⁸

Hingegen ist der Verzicht auf eine Mindestabnahmemenge sowohl bei der Rahmenvereinbarung als auch beim Rahmenvertrag möglich, sofern die Kalkulierbarkeit sichergestellt ist. Bei der Formulierung einer solchen Festlegung sollte allerdings vor allem bei Rahmenverträgen darauf geachtet werden, nicht von einer fehlenden „Abnahmeverpflichtung“ zu sprechen, da dies (aufgrund der Definition der Rahmenvereinbarung in § 31 Abs 7 BVergG) iS einer Parallelvergabemöglichkeit fehlinterpretiert werden könnte. Eindeutig wäre zB eine Festlegung, nach der keine „Mindestabnahmemenge“ bzw „Mindestbestellmenge“ vereinbart wird.

B. Maximale Laufzeit der Rahmenvereinbarung

Im Gegensatz zu klassischen Aufträgen (somit auch Rahmenverträgen) ist bei der Rahmenvereinbarung die maximal zulässige Laufzeit gesetzlich geregelt. Demnach darf die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung vier bzw im Sektorenbereich acht Jahre nicht überschreiten.¹⁹ Sofern dies **ausnahmsweise, insb aufgrund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung, sachlich gerechtfertigt werden** kann, darf eine längere Laufzeit vorgesehen werden. Die dafür ausschlaggebenden Gründe sind festzuhalten.

Rahmenvereinbarungen mit einer längeren Laufzeit als vier bzw acht Jahren stellen somit einen Ausnahmefall dar, der einer gesonderten sachlichen Rechtfertigung bedarf. Da es sich dabei um Ausnahmefälle handelt, gilt die allgemeine Regel, wonach diese **restriktiv anzuwenden** sind und sich derjenige:diejenige, der:die sich auf das Vorliegen der Voraussetzungen für die Ausnahme beruft, diese beweisen muss.²⁰ Längere als die gesetzlich vorgesehenen Maximallaufzeiten, die nicht sachlich begründet sind, sind rechtswidrig.²¹

⁹ ErläutRV 69 BlgNr 26. GP 28.

¹⁰ Zellhofer/Hornbanger in Schramm/Aicher/Fruhmam, BVergG 2006 § 150 Rz 8.

¹¹ Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht⁴ Rz 1078; Zellhofer/Hornbanger in Schramm/Aicher/Fruhmam, BVergG 2006 § 150 Rz 12 f; Höfler-Petrus in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018, Vor §§ 153–155 Rz 9.

¹² Im Einzelfall ist denkbar, dass eine eingeschränkte Parallelvergabemöglichkeit der Bindungswirkung eines Rahmenvertrags nicht entgegensteht. Dies etwa dann, wenn der:die AG grundsätzlich zum Abruf aus dem Rahmenvertrag verpflichtet ist, aber vereinbart wird, dass im Fall eines Leistungsverzugs, einer Nicht- oder Schlechterfüllung odgl eine Ersatzbeschaffung erfolgen kann. Die Parallelvergabemöglichkeit besteht in diesem Fall nicht nach freiem Ermessen des:der AG, sondern nur infolge unterbliebener oder mangelhafter Leistungserbringung durch den Vertragspartner.

¹³ Sie können allerdings ein Mittel zur Sicherstellung der Kalkulierbarkeit sein (s unten Pkt C.).

¹⁴ ErläutRV 69 BlgNr 26. GP 28; Zellhofer/Hornbanger in Schramm/Aicher/Fruhmam, BVergG 2006 § 150 Rz 12 f.

¹⁵ Sowohl bei Rahmenvereinbarungen als auch bei Rahmenverträgen ist allerdings darauf zu achten, dass bei fehlender Mindestabnahmemenge die Kalkulierbarkeit der Angebotspreise sichergestellt ist (vgl §§ 88 Abs 2 und 259 Abs 2; s auch VwGH 22. 4. 2010, 2008/04/0077).

¹⁶ Vgl § 31 Abs 7 BVergG: „Eine Rahmenvereinbarung ist eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung [...]“.

¹⁷ Vgl ErläutRV 69 BlgNr 2. G6P 28: „Als beidseitig verbindlicher Leistungsvertrag mit einer Abnahmeverpflichtung [...] hat der Rahmenvertrag [...]“.

¹⁸ (Nur) In speziellen Fällen erscheinen Parallelvergaben auch beim Rahmenvertrag zulässig, zB für den Fall einer Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Rahmenvertragspartner (Ersatzvornahme).

¹⁹ § 154 Abs 5 BVergG im „klassischen“ Bereich und § 315 Abs 3 BVergG im Sektorenbereich.

²⁰ ErläutRV 69 BlgNr 26. GP 168; BVA 15. 7. 2011, N/0052-BVA/10/2011–26; LVwG Kärnten 16. 7. 2020, KLWVG-S 1–854/9/2020. In der Literatur wird vertreten, dass die Anforderungen an die Begründung nicht überspannt werden dürfen, damit die gesetzlich vorgesehene Ausnahmeregelung nicht schlechthin unanwendbar wird (Hackl, Ausübung von Optionen durch öffentliche Auftraggeber – Muss die Ausübung einer Option an weitere Voraussetzungen geknüpft sein?, ZVB 2012, 16).

²¹ BVA 15. 7. 2011, N/0052-BVA/10/2011–26.

Die sachliche Rechtfertigung ist **im Vergabeakt zu dokumentieren**. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Ausschreibung für nichtig erklärt wird.²²

Die Autoren empfehlen für die Prüfung der Zulässigkeit der Überschreitung der Regel-Maximallaufzeit von Rahmenvereinbarungen folgendes **dreistufiges Prüfschema**:

1. Liegen sachliche Gründe für die Notwendigkeit einer längeren Laufzeit vor?

2. Kann der über die Laufzeit der Rahmenvereinbarung hinausgehende Bedarf durch Einzelabrufe am Ende der Rahmenvereinbarung gedeckt werden?

3. Um wieviel Zeit darf die Regel-Maximallaufzeit überschritten werden?

Ad 1. Liegen sachliche Gründe für die Notwendigkeit einer längeren Laufzeit vor?

Eine vier Jahre übersteigende Laufzeit kann nach dem Gesetzeswortlaut der § 154 Abs 5 und § 315 Abs 3 BVergG „**insbesondere aufgrund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung**“ sachlich gerechtfertigt werden.²³ Weitere Anhaltspunkte, wann diese Anforderung erfüllt ist, beinhalten diese Regelungen allerdings nicht. In den Materialien wird als Beispiel genannt, dass nur aufgrund der längeren Laufzeit ein **effektiver Wettbewerb** garantiert werden könnte (zB wenn die Ausführung der auf der Rahmenvereinbarung basierenden Aufträge Ausrüstung, Vorleistungen und/oder Investitionen der Unternehmer erfordert, deren Amortisation länger als vier Jahre benötigt).²⁴ Ein ähnliches Szenario zeichnet ErwGr 62 VergabeRL 2014/24/EU: „*Wenn Wirtschaftsteilnehmer Ausrüstung benötigen, deren Amortisierungszeitraum mehr als vier Jahre beträgt und die während der gesamten Laufzeit der Rahmenvereinbarung jederzeit verfügbar sein muss.*“ Im spezifischen Kontext von Versorgern im Sektorenbereich wird in ErwGr 72 SektorenRL 2014/25/EU als Beispiel genannt: „*Fälle [...], in denen eine längere Laufzeit sowohl für Rahmenvereinbarungen als auch für einzelne Aufträge erforderlich ist, etwa im Fall von Rahmenvereinbarungen über laufende Wartungsmaßnahmen und außerordentliche Instandhaltungsarbeiten für Netze, wozu teure Ausrüstung benötigt werden könnte, die von eigens geschulten hochspezialisierten Fachkräften bedient werden müsste, um die Kontinuität der Dienstleistungen und eine Minimierung etwaiger Störungen zu gewährleisten.*“ Bedenkt man, dass diese Rechtfertigung der Überschreitung der achtjährigen Maximallaufzeit im Sektorenbereich dient, erscheint *argumentum a maiori ad minus* die Anwendung der dahinterstehenden Grundsätze auf den klassischen Bereich für die Überschreitung der Regel-Maximallaufzeit als zulässig.

Nach der Literatur kann sich eine sachliche Rechtfertigung **auch aus anderen Gründen** ergeben, wie zB aus Marktverhältnissen, Planungsgegebenheiten oder der Einbindung in sonstige Projekte des:der AG.²⁵ In der deutschen Literatur wird neben den Hinweisen auf die ErwGr zu den VergabeRL auf die **Wettbewerbssituation** abgestellt. Demnach ist eine längere Laufzeit der Rahmenvereinbarung grundsätzlich wettbewerbsbeschränkend. In speziellen Fällen (zB die bereits genannten hohen Investitionskosten, deren Amortisation länger als vier Jahre benötigt) kann sich allerdings ergeben, dass erst eine längere Laufzeit einen echten Wettbewerb ermöglicht.²⁶ Uneinigkeit besteht darüber, ob besondere Vorteile für den:die AG eine Verlängerung der Laufzeit rechtfertigen können. *Arrowsmith* führt als Beispiel für eine

sachliche Rechtfertigung an, dass das **gewünschte Ergebnis der Rahmenvereinbarung** (zB Einsparungen durch Bündelung der Nachfrage der Abnehmer) **nur erreicht werden kann, wenn die Rahmenvereinbarung länger als vier Jahre läuft**.²⁷ Nicht ganz überzeugen kann hingegen die Meinung von *Biemann*, wonach die Erzielung besonderer Vorteile wie zB steuerlicher Vorteile für den:die AG nicht ausreichen.²⁸

Die **österreichische Judikatur** hat sich mit der Überschreitung der Regel-Maximallaufzeit in mehreren Fällen auseinandergesetzt:

- ▶ Eine längere Laufzeit (**5 Jahre**) wurde etwa bei der **Lieferung von Miettextilien** als zulässig angesehen, da für die Leistungserbringung umfangreiche Vorarbeiten und Investitionen der AN (Vorfinanzierung der Textilien), aber auch der AG notwendig waren, die sich erst nach längerer Laufzeit amortisierten. Anerkannt wurde idZ auch, dass eine kürzere Laufzeit Friktionen im (sensiblen) Krankenanstaltenbereich und erhebliche Aufwände bei Produktumstellungen zur Folge gehabt hätte.²⁹
- ▶ Auch in einem weiteren Fall über die **Lieferung von Matratzen- und Bettensystemen für Dekubitusprophylaxe und -therapie auf Mietbasis** hat die Vergabekontrolle eine längere Laufzeit (nämlich **5+5 Jahre**) für zulässig gehalten. Die lange Vorlaufzeit einer Systemumstellung und das damit verbundene Gefahrenpotenzial seien eine taugliche Rechtfertigung für eine insgesamt 10-jährige Laufzeit, zumal auch eine Nutzungsdauer der Matratzensysteme von 10 Jahren durchaus realistisch sei.³⁰
- ▶ Hingegen wurde in einem anderen Fall über die **Lieferung von Dialysegeräten samt Zubehör, Wartung und Verbrauchsmaterial** die Festlegung einer bis zu **12-jährigen Laufzeit** (10+1+1 Jahre) mit der Begründung für unzulässig erachtet, diese sei für eine langfristige Sicherstellung der Versorgungssicherheit mit typengleichen Dialysegeräten und den wirtschaftlichen Bezug der Verbrauchsmaterialien nicht notwendig.³¹

Die sachliche Rechtfertigung für die Überschreitung der Regel-Maximallaufzeit kann uA entweder **zwingenden Gründen** entspringen (der Gegenstand der Rahmenvereinbarung oder die Sicherstellung des effektiven Wettbewerbs erfordern zwingend eine längere Laufzeit der Rahmenvereinbarung als vier Jahre) **oder** einer **Interessenabwägung** zugunsten erforderlicher Anforderungen des:der AG trotz möglicher Wettbewerbsverzerrungen. Bei dieser Interessenabwägung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit maßgeblich (demnach darf eine Regelung nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist)³² und müssen die Anforderungen des:

²² Vgl BVA 15. 7. 2011, N/0052-BVA/10/2011-26.

²³ Siehe dazu auch die korrespondierende Festlegung in Art 33 Abs 1 UAbs 3 VergabeRL 2014/24/EU.

²⁴ ErläutRV 69 BlgNr 26. GP 168. IdS auch VwGH 11. 5. 2017, Ra 2016/04/0048.

²⁵ *Zellhofer/Hornbanger* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2006 § 151 Rz 30.

²⁶ *Pünder/Schellenberg*, Vergaberecht³ (2019) VgV § 21 Rz 159-162; dies leitet die deutsche Literatur aus dem Beispiel in ErwGr 62 VergabeRL 2014/24/EU ab.

²⁷ *Arrowsmith*, Rz 11-99f.

²⁸ *Biemann* in *Beck'scher Vergaberechtskommentar*³ (2019) SektVO § 19 Rz 21-23; *Völlink/Kraus* in *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht⁴ (2020) VgV § 21 Rz 25f.

²⁹ VKS Wien 18. 12. 2012, VKS-11729/12.

³⁰ LVwG Wien 18. 1. 2021, VGW-123/077/14168/2020.

³¹ LVwG Kärnten 16. 7. 2020, KLWVG-S 1-854/9/2020.

³² EuGH 2. 5. 2019, C-309/18, *Lavorgna*; EuGH 145.2020, C-263/19, *T-Systems Magyarorszá* Zrt.

der AG so gut begründet sein, dass sie eine potenzielle Einschränkung des Wettbewerbs durch die längere Laufzeit rechtfertigen können.

Ad 2. Kann der über die Laufzeit der Rahmenvereinbarung hinausgehende Bedarf durch Einzelabrufe am Ende der Rahmenvereinbarung gedeckt werden?

Relevant für das Vorliegen einer sachlichen Begründung der Überschreitung der Regel-Maximallaufzeit von Rahmenvereinbarungen ist auch das **Zusammenspiel mit den Abrufen aus Rahmenvereinbarungen**. Abrufe aus Rahmenvereinbarungen können jedenfalls bis zum letzten Tag deren Laufzeit erfolgen.³³ Die Laufzeit der Abrufe muss – worauf sowohl die Materialien als auch die ErwGr der VergabeRL hinweisen – nicht zwingend innerhalb der Laufzeit der Rahmenvereinbarung liegen. Vielmehr kann diese kürzer oder länger sein als die Laufzeit der Rahmenvereinbarung und auch über die Laufzeit der Rahmenvereinbarung hinausgehen.³⁴ Die Vergabekontrolle hat etwa den Abschluss eines 7-jährigen Wartungsvertrags kurz vor Ende der Laufzeit der Rahmenvereinbarung für zulässig erachtet.³⁵ Ebenso wurde der Abruf eines 8-jährigen Linienverkehrs aus einer Rahmenvereinbarung nicht beanstandet.³⁶

Kann somit die Problemstellung, welche als sachliche Rechtfertigung dient, auch durch **Einzelabrufe mit Vertragsdauer über die Rahmenvereinbarung hinaus** gelöst werden, wird sich eine Überschreitung der Regel-Maximallaufzeit der Rahmenvereinbarung nur schwer rechtfertigen lassen.³⁷

Beispiel

Gegenstand der Rahmenvereinbarung ist die Unterstützung der AG bei einem Projekt mit einer Projektlaufzeit von 5 Jahren. Die Unterstützungsleistungen werden zu Beginn jedes Jahres in Form von Jahresarbeitspaketen abgerufen. Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung könnte mit der Regel-Maximallaufzeit von vier Jahren festgelegt werden und kurz vor dem Ende der Rahmenvereinbarung das letzte Jahresarbeitspaket für das 5. Jahr abgerufen werden. Sind aber möglicherweise auch weitere unterjährige Abrufe erforderlich (die sich zB erst auf der Projektarbeit im Jahr 5 ergeben), können diese für das Jahr 5 nicht durch den letzten (Jahres)Einzelabruf substituiert werden, sondern liegen gute Argumente für eine längere Laufzeit der Rahmenvereinbarung vor.

Ad 3. Um wieviel Zeit darf die Regel-Maximallaufzeit überschritten werden?

Die zulässige Dauer der Überschreitung der Regel-Maximallaufzeit von 4 bzw 8 Jahren ergibt sich wiederum aus der sachlichen Rechtfertigung im konkreten Einzelfall.³⁸ Die Materialien weisen zudem in diesem Zusammenhang auf das Verhältnismäßigkeitsgebot hin.³⁹ Daraus ist uA abzuleiten, dass eine längere Laufzeit nur im tatsächlich erforderlichen Ausmaß zulässig ist. In welchem maximalen Ausmaß die Verlängerung erforderlich ist, wird anhand der konkreten Gründe für eine Verlängerung (insb aufgrund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung, aus Gründen der Sicherstellung des effektiven Wettbewerbs oder aufgrund der auftraggeberseitigen Anforderungen, welche eine längere Laufzeit erforderlich machen) wiederum im Einzelfall zu beurteilen sein. Je länger die Überschreitung der Maximallaufzeit ist, desto besser sollte die sachliche Rechtfertigung sein. Jedenfalls unzulässig ist der Abschluss einer unbefristeten Rahmenvereinbarung.⁴⁰

C. Angabe von geschätztem und maximalem Auftragsvolumen

Da AG bei Rahmenvereinbarungen keine Abnahmeverpflichtung trifft, liegt es in ihrer Natur, dass der:die AN gewisse Preis- und Kalkulationsrisiken eingehen muss.⁴¹ Dennoch haben AG auch beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen – wie bei allen anderen Verfahrensarten – die Grundsätze der Ausschreibung (§§ 88 und 259) zu beachten. Insb sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die **Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen** von den Bieter:innen ermittelt werden können. Außerdem muss die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt sein.⁴² Auch wenn im klassischen Bereich nicht mehr ausdrücklich im Gesetz festgelegt,⁴³ gilt aufgrund der Rsp des EuGH weiterhin ein Verbot, das Instrument der Rahmenvereinbarung missbräuchlich oder in einer Weise anzuwenden, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird.⁴⁴

Wenn auch in der Definition der Rahmenvereinbarung des § 31 Abs 7 BVergG nur von einer „gegebenenfalls in Aussicht genommenen Menge“ die Rede ist, ergibt sich aus den genannten Grundsätzen, dass der:die AG zu einer **Schätzung des Bedarfs** verpflichtet ist.⁴⁵ Ohne Festlegung des zu erwartenden Auftragsvolumens bzw Leistungsumfangs ist eine Preiskalkulation nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten oft nicht möglich.⁴⁶ Auch der EuGH verlangt in seiner jüngeren Rsp die Angabe der Schätzmenge und/oder des Schätzwerts. Er leitet dieses Erfordernis aber nicht aus dem Gebot der Kalkulierbarkeit der Angebote ab, sondern aus dem Erfordernis der Bieter:innen, ihre Leistungsfähigkeit zur Erfüllung der Bedingungen der Rahmenvereinbarung beurteilen zu können.⁴⁷ Naturgemäß ist eine Mengenschätzung keine bindende Größe. Vielmehr genügt die Angabe einer Größenordnung, es muss sich somit nicht um einen genauen Wert handeln, sondern reicht eine ungefähre Schätzung aus.⁴⁸

³³ Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴ Rz 1065. Auch der VwGH hat festgehalten, der Umstand, dass eine Auftragsvergabe kurz vor Ablauf der Rahmenvereinbarung erfolgt, sei unerheblich (VwGH 11. 5. 2017, Ra 2016/04/0048).

³⁴ Höfler-Petrus in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018 § 154 Rz 20; vgl auch ErwGr 62 RL 2014/24/EU.

³⁵ BVA 24. 11. 2006, N/0086-BVA/05/2006–30.

³⁶ VwGH 11. 5. 2017, Ra 2016/04/0048; LVwG Sbg 13. 07. 2015, LVwG-5/45/20–2015.

³⁷ LVwG Kärnten 16. 7. 2020, KLVwG-S 1–854/9/2020; das LVwG hielt fest, die Zielsetzung der langfristigen Sicherstellung der Versorgungssicherheit mit typengleichen Dialysegeräten und den wirtschaftlichen Bezug der Verbrauchsmaterialien wäre auch mittels Festlegung einer ausreichend langen Dauer der mit Einzelabruf aus der Rahmenvereinbarung abgeschlossenen Einzelaufträge zu erreichen gewesen.

³⁸ Siehe dazu oben.

³⁹ ErläutRV 69 BlgNr 26. GP 168.

⁴⁰ ErläutRV 69 BlgNr 26. GP 168; Höfler-Petrus in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018 § 154 Rz 17.

⁴¹ Reisinger/Ullreich in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG 2018 § 17 Rz 18 mwN.

⁴² BVwG 23. 8. 2017, W139 2158106-2/30E uva.

⁴³ Eine solche Bestimmung findet sich nur noch im Sektorenbereich (§ 314 Abs 2 BVergG). Vgl hingegen noch § 151 Abs 5 BVergG 2006.

⁴⁴ EuGH 17. 6. 2021, C-23/20, *Simonsen & Weel*.

⁴⁵ Siehe auch EuGH 17. 6. 2021, C-23/20, *Simonsen & Weel* und BVA 8. 7. 2013, N/0049-BVA/10/2013–29 = ZVB 2013, 181 (mit Anm Gruber).

⁴⁶ Reisinger/Ullreich in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG 2018 § 17 Rz 13 mwN; Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht⁴ Rz 1062. Siehe auch BVwG 31. 8. 2016, W149 2123690-2; BVA 13. 4. 2006, N/0009-BVA/06/2006–38 ua.

⁴⁷ EuGH 17. 6. 2021, C-23/20, *Simonsen & Weel*, Rn 63.

⁴⁸ EuGH 17. 6. 2021, C-23/20, *Simonsen & Weel*, Rn 50.

Nachdem es sich um eine unverbindliche Schätzmenge handelt, ist der:die AG in der Folge nicht verpflichtet, die geschätzten Mengen tatsächlich abzurufen.

Im Hinblick auf die Kalkulierbarkeit der Angebote können deshalb neben dem geschätzten Mengengerüst auch **weitergehende Angaben zum Leistungsgegenstand** der Rahmenvereinbarungen **sinnvoll** sein. Dies betrifft zB die (freiwillige) Festlegung einer Mindestabnahmemenge oder eines fixen Erstabrufs. Ein anerkanntes und wirksames Instrument, um die Kalkulierbarkeit sicherzustellen, ist die Preiskalkulation auf Basis einer Mengentaffelung. Bieter:innen wird damit gerade unter Berücksichtigung des Risikos etwaiger Mindermengen die Möglichkeit gegeben, zB einen überproportionalen Teil der Fixkosten in den niedrigeren Mengentaffelungen abzubilden. Sie erleichtert es den Bieter:innen auch im Hinblick auf ihre individuellen, fixen und variablen Kosten, eine individuell passende Kostenstruktur anzubieten.⁴⁹ Obwohl Staffelpreise nach Ansicht des BVwG ein sehr gut geeignetes Instrument zur Förderung der Kalkulierbarkeit der Preise sind, ist aus der aktuellen Judikatur des EuGH ableitbar, dass sie die Angabe von Schätzmengen nicht ersetzen, sondern allenfalls nur ergänzen können.⁵⁰ Auch die Angabe des Erfüllungsorts bzw der Erfüllungsorte kann – abhängig vom Einzelfall – zur Kalkulierbarkeit beitragen.⁵¹

Neben einer Mengenschätzung ist es nach der Rsp des EuGH darüber hinaus erforderlich, eine **Höchstmenge bzw einen Höchstabruflwert** der Rahmenvereinbarung festzulegen.⁵² Bei Erreichen dieser Höchstmenge (bzw des Höchstwerts) ist die Rahmenvereinbarung ausgeschöpft und verliert ihre Wirkung;⁵³ es kann – sofern nicht § 365 Abs 3 BVergG anwendbar ist⁵⁴ – kein weiterer Abruf aus ihr erfolgen.⁵⁵ Die Angabe von (Schätzmenge und/oder Schätzwert und) Höchstmenge oder Höchstwert ist verpflichtend.⁵⁶ Die Angaben sind entweder in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen zu machen.

Der EuGH differenziert sowohl hinsichtlich der Schätzung als auch hinsichtlich der Höchstgrenzen zwischen „Schätzmenge und/oder Schätzwert“ bzw „Höchstmenge und/oder Höchstwert“.⁵⁷ Es kann sich somit bei den Angaben um einen **maximalen EUR-Wert und/oder um maximale Mengenangaben** (zB Stückzahlen) handeln.⁵⁸ Mengenangaben werden aber nur dann (allein) ausreichen, wenn für sämtliche Leistungsteile Mengenangaben möglich sind. Enthält die Rahmenvereinbarung hingegen Leistungsteile, hinsichtlich derer keine spezifischen Mengenangaben möglich sind (insb bei funktionalen Leistungsbeschreibungen), empfiehlt sich (zusätzlich) die Angabe jeweils eines Gesamtwerts. Die Mengen- und/oder Wertangaben sollten jedenfalls in sich konsistent sein.⁵⁹

Sowohl die Schätzung als auch die Höchstgrenze dürfen sich **nicht auf Teilinformationen beschränken** und sind bei mehreren Losen **für jedes Los** anzugeben.⁶⁰ Die Schätzung und die Höchstgrenze können, müssen aber nicht übereinstimmen. AG können also neben einer (realistischen) Schätzmenge eine (diese übersteigende) Höchstmenge festlegen, die gegenüber der Schätzmenge einen „Puffer“ für unerwarteten Mehrbedarf beinhaltet. Vorgaben zur **Relation zwischen Schätzmenge und Höchstmenge** sind der Rsp des EuGH nicht zu entnehmen. Das BVwG erkannte deshalb einen beim Vierfachen des Schätzwerts liegenden Höchstwert als zulässig.⁶¹

Werden **keine Schätzmengen/Schätzwerte und/oder keine Höchstmengen/Höchstwerte** angegeben, ist die Ausschreibung der Rahmenvereinbarung rechtswidrig. Was aber sind die Konsequenzen, wenn sie nicht angefochten wird? Der Rsp des EuGH

ist zu entnehmen, dass die Rahmenvereinbarung jedenfalls dann **bestandfest wird, wenn zuvor eine Bekanntmachung erfolgte**.⁶² Die Rahmenvereinbarung und die fehlenden Werte waren diesfalls nämlich für jede:n Wirtschaftsteilnehmer:in in der Bekanntmachung oder in der Leistungsbeschreibung erkennbar. Dementsprechend gilt für Abrufe aus solchen Rahmenvereinbarungen grundsätzlich keine fixe Höchstgrenze, sondern ist ein allfälliges maximales Abrufvolumen im Einzelfall anhand der konkreten Festlegungen in der Rahmenvereinbarung zu ermitteln.⁶³

Plus

Der zweite Teil der Beitragsreihe wird sich mit folgenden Themen befassen:

- ▶ Wer kann bei Mehrfach-Rahmenvereinbarungen die Mitteilung über den Abschluss der Rahmenvereinbarung anfechten?
- ▶ Direktabrufe bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Partnern:innen
- ▶ Zuschlagskriterien bei erneutem Aufruf zum Wettbewerb

⁴⁹ BVwG 10. 11. 2021, W279 2246503-2; uE bietet sich deshalb das Instrument der Staffelpreise insb für Rahmenvereinbarungen mit mehreren Partnern an, bei denen unmittelbare Abrufe von mehreren RV-Partnern getätigt werden.

⁵⁰ Vgl EuGH 17. 6. 2021, C-23/20, *Simonsen & Weel*.

⁵¹ Es ist aber Vorsicht geboten: In der Ausschreibung festgelegte geographische Einschränkungen führen dazu, dass die Rahmenvereinbarung auf die angegebenen Erfüllungsorte beschränkt ist, ErwGr 60 VergaberL 2014/24/EU.

⁵² EuGH 19. 12. 2018, C-216/17, *Antitrust und Coopservice*; s auch LVwG Kärnten 16. 7. 2020, KLVwG-S 1–854/9/2020.

⁵³ EuGH 19. 12. 2018, C-216/17, *Antitrust und Coopservice*, EuGH 17. 6. 2021, C-23/20, *Simonsen & Weel*; 14. 7. 2022, C-274/21, *EPIC/BBG*.

⁵⁴ EuGH 14. 7. 2022, C-274/21, *EPIC/BBG*; BVwG 29. 3. 2021, W139 2235052-2.

⁵⁵ *Reisinger/Ullreich in Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018 § 17 Rz 2.

⁵⁶ EuGH 17. 6. 2021, C-23/20, *Simonsen & Weel*.

⁵⁷ Vgl EuGH 17. 6. 2021, C-23/20, *Simonsen & Weel*, Rn 63.

⁵⁸ Nach Ansicht der Autoren handelt es sich bei Mengenangaben um für die Kalkulierbarkeit genauere Angaben als beim Höchstwert, weil der Höchstwert neben den Annahmen des AG über die zu erwartenden Mengen auch noch von dessen Annahmen über die zu erwartenden Preise abhängt.

⁵⁹ Vgl BVwG 29. 3. 2021, W139 2235052-2; hier interpretierte der erkennende Senat die Ausschreibungsunterlagen fallbezogen so, dass alleine das im Leistungsverzeichnis festgelegte Mengengerüst für die Abrufe maßgeblich war, nicht aber der an anderer Stelle der Rahmenvereinbarung als maximal bezeichnete Abrufwert.

⁶⁰ EuGH 17. 6. 2021, C-23/20, *Simonsen & Weel*.

⁶¹ BVwG 10. 11. 2021, W279 2246503-2.

⁶² EuGH 17. 6. 2021, C-23/20, *Simonsen & Weel*.

⁶³ Eine Grenze wird jedenfalls das Missbrauchsverbot sein; zudem wird bei Rahmenvereinbarungen, die im USB ausgeschrieben wurden, die Grenze spätestens mit dem Erreichen des Schwellenwerts erreicht sein.