

ZVVB

Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Beiträge

Die vertragsrechtliche Dimension des Vergaberechts

Alice Lea Nikolay

Bekämpfung von Verfahrenswahl und Unterlassungen des Auftraggebers

Stefan Mathias Ullreich

Der vergabespezifische Rechtsschutz am unionsrechtlichen Prüfstand

Thomas Ziniel

Die Nichtigerklärung von Bescheiden nach § 68 Abs 4 AVG

Franz Triendl

Rechtsprechung

Erfahrungen der Bieter und Referenzen können nicht insgesamt als vertraulich eingestuft werden

Albert Oppel

Werklohnanspruch für Schwarzbau

Philipp Springer

Die Rahmenvereinbarung in der Praxis – Teil 2

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. Im zweiten Teil¹ dieser Beitragsreihe wird aufgezeigt, wem bei Mehrfach-Rahmenvereinbarungen der beabsichtigte Abschluss der Rahmenvereinbarung mitzuteilen ist. Außerdem werden wichtige Themen hinsichtlich der Abrufe auf

Mehrfach-Rahmenvereinbarungen beleuchtet, insb die Rahmenbedingungen und Möglichkeiten für Direktabrufe und Zuschlagskriterien für erneute Aufrufe zum Wettbewerb.

Vergaberecht

§§ 153 ff, 314 ff BVergG 2018

ZVB 2023/18



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

Inhaltsübersicht:

- A. Transparenzpflichten bei Abschluss von Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmer:innen
- B. Direktabrufe bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmer:innen
- C. Zuschlagskriterien bei erneutem Aufruf zum Wettbewerb

A. Transparenzpflichten bei Abschluss von Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmer:innen

Eine Besonderheit der Rahmenvereinbarung besteht in der Möglichkeit, sie mit mehreren Unternehmer:innen abzuschließen.² In der Praxis erfolgen Abrufe aus Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmer:innen häufig anhand des sogenannten „**Kaskadenprinzips**“. Dabei erfolgt eine Reihung der Angebote³ und wird grundsätzlich der:die erst- bzw bestgereichte Rahmenvereinbarungspartner:in beauftragt. Nur wenn dieser nicht in der Lage ist, zu liefern, wird auf den/die nächstgereichte:n Rahmenvereinbarungspartner:in zurückgegriffen.

Es stellt sich die Frage, ob die in diesem Fall **nachgereichten Rahmenvereinbarungspartner:innen als erfolgreiche Bieter:innen oder als nicht berücksichtigte Bieter:innen zu qualifizieren sind**. Nur in letzterem Fall wären sie zur Anfechtung der Mitteilung, mit welchem:welcher Unternehmer:in die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird, legitimiert.

Dazu im Einzelnen:

Gem § 154 Abs 3 BVergG⁴ hat der:die öff AG den „nicht berücksichtigten Bieter:n“ die Namen der Unternehmer:innen, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitzuteilen. Diese Mitteilung (im Folgenden „Auswahlentscheidung“) stellt das Äquivalent zur Zuschlagsentscheidung bei der Vergabe von Aufträgen dar.

In der **Rsp** wird die Frage, ob die Auswahlentscheidung auch nachgereichten Rahmenvereinbarungspartner:innen zuzustellen ist, uneinheitlich beantwortet. In gewisser Weise ist wohl tatsächlich auch das Angebot eines:einer nachgereichten Rahmenvereinbarungspartners:Rahmenvereinbarungspartnerin erfolgreich. Immerhin wird eine Rahmenvereinbarung mit diesem:dieser Unternehmer:in abgeschlossen. Daraus könnte man schließen, dass

alle Rahmenvereinbarungspartner:innen, unabhängig von ihrer Reihung, als „berücksichtigte“ und damit erfolgreiche Bieter:innen anzusehen sind. Das **Verwaltungsgericht Wien (VGW)** vertritt genau diese Rechtsansicht. Es geht davon aus, dass nachgereichten Rahmenvereinbarungspartner:innen selbst bei Anwendung des Kaskadenprinzips kein Schaden erwächst und damit keine Antragslegitimation zur Beeinspruchung der Auswahlentscheidung zukommt.⁵ Das VGW stützt seine Rechtsansicht im Anlassfall insb auf die Tatsache, dass die Festlegungen im Vergabeverfahren (insb die Festlegung des Kaskadenprinzips) unangefochten geblieben sind. Diese Begründung vermag bei näherer Betrachtung jedoch nicht gänzlich zu überzeugen: Zumindest gemäß den Materialien ist das Kaskadenprinzip als Abrufmodalität nämlich zulässig.⁶ Es ist also durchaus fraglich, ob diese Festlegung bei fristgerechter Anfechtung überhaupt mit Aussicht auf Erfolg bekämpft werden kann. Die Frage der Bestandskraft des Kaskadenprinzips lässt daher uE keinen Schluss darüber zu, ob einem:einer nachgereichten Rahmenvereinbarungspartner:in ein Schaden zu entstehen droht.

In diesem Lichte erstaunt es nicht, dass das **BVwG** der Rechtsansicht des VGW nicht gefolgt ist. Das BVwG argumentiert in einem ähnlich gelagerten Fall, nachgereichte Rahmenvereinbarungspartner:innen seien dann **nicht als „berücksichtigte Bieter“ zu qualifizieren, wenn der:die AG nach freier Wahl direkt beim:bei der erstgereichten Rahmenvereinbarungspartner:in abrufen kann** (wie etwa bei Festlegung des Kaskadenprinzips). Dies folge aus der stRsp des VwGH zur Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes.⁷ Folgte man der Ansicht des VGW, könnte eine tatsächlich dem BVergG 2018 unterliegende Vergabe

¹ Zum ersten Teil der Beitragsreihe zur Rahmenvereinbarung in der Praxis s ZVB 2023, 12.

² Tatsächlich schließt der:die AG nicht eine einzige Rahmenvereinbarung, sondern mehrere inhaltlich idente Rahmenvereinbarungen (*Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht*⁴ Rz 1058).

³ Denkbar sind auch Mehrfach-Rahmenvereinbarungen ohne Reihung. Diese Konstellation kann sich ergeben, wenn der:die AG keine direkten Abrufe vorsieht und Abrufe ausschließlich nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb erfolgen können.

⁴ Im Sektorenbereich s § 315 Abs 1 BVergG.

⁵ LVwG Wien 7. 1. 2019, VGW-123/029/9415/2018.

⁶ Vgl dazu auch die Ausführungen in den Mat zum BVergG 2006, ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 97. Vgl dazu unten Punkt B.

⁷ VwGH 1. 7. 2010, 2009/04/0207; VwGH 21. 1. 2014, 2011/04/0133 uva.

durch die Gestaltung der Ausschreibung der Nachprüfung entzogen werden.⁸

Im Ergebnis ist die Argumentation des BVwG durchaus nachvollziehbar. Gänzlich überzeugen kann die Begründung, bei nachgereihten Rahmenvereinbarungspartner:innen handle es sich um „nicht berücksichtigte Bieter“ iSd § 154 Abs 3 BVergG,⁹ aber ebenfalls nicht. Der Einwand, dass die vom VGW vertretene Rechtsansicht ein gewisses Missbrauchspotenzial eröffnen würde, ist zwar nicht von der Hand zu weisen. AG könnten etwa Rahmenvereinbarungen mit sämtlichen Bieter:innen abschließen und festlegen, dass sie grundsätzlich nur vom: von der erstgereihten Rahmenvereinbarungspartner:in abrufen. Käme den nachgereihten Rahmenvereinbarungspartner:innen keine Antragslegitimation zur Bekämpfung der Auswahlentscheidung zu, so wäre der Rechtsschutz gegen die Entscheidung des: der AG über den Abschluss der Rahmenvereinbarung de facto ausgeschlossen. Aber ist in diesem Fall ein effektiver Rechtsschutz wirklich gänzlich verwehrt? Immerhin können die Rahmenvereinbarungspartner:innen im Rahmen der **nächsten gesondert anfechtbaren Entscheidung** (§ 2 Z 15 lit b) – (je)dem Zuschlag (Abruf) aus der Rahmenvereinbarung (vgl § 2 Z 16 lit a sublit jj) – die Rechtswidrigkeit geltend machen, entweder mit **Nachprüfungsantrag** oder – wenn eine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gem § 143 Abs 2 Z 3 BVergG unterbleibt – mittels **Feststellungsantrag**.

Im Hinblick auf den Wortlaut des § 154 Abs 3 BVergG ist die Rsp des BVwG jedenfalls zu hinterfragen. Eine verfassungskonforme Interpretation findet nämlich – wie auch jede andere – ihre Grenze im eindeutigen **Wortlaut des Gesetzes**.¹⁰ Wenn auch im Anlassfall ein direkter Abruf (nur) beim erstgereihten Rahmenvereinbarungspartner erfolgen sollte, wurden auch die nachgereihten Bieter:innen unstrittig Rahmenvereinbarungspartner:innen. Ob diese Bieter:innen vom Wortlaut „nicht berücksichtigt“ umfasst sind, kann durchaus bezweifelt werden. Sie wurden, wenn überhaupt, lediglich nicht in dem Maß berücksichtigt wie der: die erstgereichte Rahmenvereinbarungspartner:in. Auch *Reisner* geht grundsätzlich davon aus, dass nachgereichte Rahmenvereinbarungspartner:innen berücksichtigte Bieter:innen sind, auch wenn er zugesteht, dass bei einem kaskadierenden Abruf aus der Rahmenvereinbarung die Reihung anfechtbar sein müsse.¹¹

Vor allem im Lichte der Rsp des EuGH zum effektiven Rechtsschutz und der Anfechtbarkeit der Zuschlags- und Widerrufentscheidung¹² ist – zur Vermeidung rechtlicher Risiken – AG tendenziell zu empfehlen, die Auswahlentscheidung auch den nachgereihten Bieter:innen zu übermitteln. Bei **Unterbleiben dieser Mitteilung würde sich der: die AG einer erheblichen Rechtsunsicherheit aussetzen**: Zwar wäre (der Rechtsansicht des VGW folgend) vor dem Abschluss der Rahmenvereinbarung die Reihung nicht bekämpfbar, sie könnte allerdings auch nicht präkludieren und im Rahmen späterer Abrufe aufgegriffen werden. Übermittelt der: die AG (der Rechtsansicht des BVwG folgend) die Auswahlentscheidung hingegen auch den nachgereihten Bieter:innen, so ist die Reihung zwar vor Abschluss der Rahmenvereinbarung anfechtbar, nach ihrem Abschluss wäre sie aber wohl bestandsfest.

Ungeachtet dessen wäre eine Klärung durch den VwGH oder den Gesetzgeber wünschenswert.

B. Direktabrufe bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmer:innen

Abrufe aus Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmer:innen können gem § 155 Abs 4 BVergG unmittelbar aufgrund

der Bedingungen der Rahmenvereinbarung oder nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb erfolgen. In der Praxis erfolgen unmittelbare Abrufe aus Rahmenvereinbarungen weitaus häufiger als erneute Aufrufe zum Wettbewerb. Gerade im Hinblick darauf, dass die **gesetzlichen Anforderungen mit dem BVergG 2018 geändert wurden**, ist nicht immer klar, ob die vorgesehenen Abrufmodalitäten erlaubt sind.

Voraussetzung für die Zulässigkeit unmittelbarer Abrufe aus der Rahmenvereinbarung ist seit dem Inkrafttreten des BVergG 2018, dass alle Bedingungen hierfür festgelegt sind.¹³ Dementsprechend sind **bereits in der Ausschreibung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung die Zuschlagskriterien für die unmittelbaren Abrufe festzulegen**.¹⁴ Die Kriterien müssen **objektiv nachprüfbar** sein und den vergaberechtlichen **Grundsätzen der Transparenz, der Bieter:innengleichbehandlung und des Wettbewerbs** entsprechen.¹⁵ Diesen Eigenschaften wird Rechnung getragen, wenn den Auswahlbedingungen ein überprüfbarer Verteilungsmodus zugrunde liegt. Art, Umfang und Reihenfolge der Einzelaufträge müssen sich bestimmen lassen.¹⁶ Aus dem Wettbewerbsgrundsatz wird zudem abgeleitet, dass sich die (ursprüngliche) Rangfolge im Auswahlmechanismus widerspiegeln muss oder leistungsbezogene Bedingungen enthalten sein müssen.¹⁷ Leistungsbezogene Bedingungen können beispielsweise vorliegen, wenn es für einzelne von der Rahmenvereinbarung erfasste Leistungen Spezialisten gibt.¹⁸ Wie bei „klassischen“ Zuschlagskriterien müssen uE die Abrufmodalitäten zudem **auftragsbezogen**¹⁹ sein und dem Sachlichkeitsgebot entsprechen.²⁰ Innerhalb dessen hat der AG aber Ermessensspielraum.²¹

⁸ BVwG 20. 9. 2021, W120 2243848-2.

⁹ Auch in seiner E 8. 8. 2014, W139 2006041-2 hat das BVwG ausgesprochen, „nicht berücksichtigte Bieter“ seien jene, die nicht als Best- bzw Billigstbieter:in gereiht werden konnten. Da es sich dabei allerdings um eine Rahmenvereinbarung mit einem: einer Unternehmer:in handelt, lässt sich daraus kein Schluss für die Behandlung nachgereihter, erfolgreicher Bieter:innen bei Mehrfach-Rahmenvereinbarungen ziehen.

¹⁰ Für viele VwGH 21. 10. 2020, Ro 2019/15/0185.

¹¹ *Reisner*, Kaskaden, RPA 2021, 305.

¹² EuGH 28. 10. 1999, C-81/98; EuGH 18. 6. 2002, C-92/00.

¹³ Vgl § 155 Abs 5 BVergG; diese Voraussetzung war im BVergG 2006 noch nicht enthalten; in den Gesetzesmaterialien zum BVergG 2006, ErläuterV 1171 BlgNR 22. GP 97, war diesbezüglich festgehalten: „Die [Anm: „alte“ Vergabe] Richtlinie regelt bewusst nicht die Frage des Auswahlmodus hinsichtlich jener Partei der Rahmenvereinbarung, der in der 2. Phase der Zuschlag erteilt werden soll. Dem Auftraggeber steht es daher frei, in der Rahmenvereinbarung derartige Festlegungen zu treffen (zB: „im Falle der Vergabe eines Auftrages gemäß Abs 4 Z 1 erfolgt der Zuschlag auf das beim Abschluss der Rahmenvereinbarung am besten bewertete Angebot“). Erfolgt keine Festlegung in der Rahmenvereinbarung, so hat der Auswahlmodus den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts zu entsprechen, dh er muss insbesondere nicht diskriminierend, transparent und nach objektiv nachprüfbar Kriterien gestaltet sein.“

¹⁴ Im Sektorenbereich gibt es allerdings weniger detaillierte Vorgaben, die möglicherweise einen größeren Spielraum zulassen.

¹⁵ *Höfler-Petrus* in *Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer*, BVergG 2018, § 155 Rn 1, vgl auch die in FN 43 zitierten Gesetzesmaterialien zum BVergG 2006, ErläuterV 1171 BlgNR 22. GP 97; dies entspricht auch der Rsp zu „klassischen“ Zuschlagskriterien wie zB EuGH 10. 5. 2012, C-368/10, *Kommission/Niederlande* und EuGH 4. 12. 2003, C-448/01, *EVN Wienstrom*.

¹⁶ *Mädler* in *MüKo* zum Wettbewerbsrecht⁴ § 21 VgV Rn 30, 31.

¹⁷ *Mädler* in *MüKo* zum Wettbewerbsrecht⁴ § 21 VgV Rn 30, 31.

¹⁸ Europäische Kommission, Erläuterungen – Rahmenvereinbarung – klassische Richtlinie, CC/2005/03_rev1 v. 14. 7. 2005, Ziff 3.2.; die Europäische Kommission nennt idZ die Wartung von Kopiergeräten durch den jeweiligen herstellerbezogenen Spezialisten.

¹⁹ EuGH 26. 3. 2015, C-601/13, *Ambisig*; VwGH 26. 4. 2007, 2005/04/0189 und 0190.

²⁰ EuGH 4. 12. 2003, C-448/01, *EVN Wienstrom*, Rn 38, wonach Zuschlagskriterien alle wesentlichen Grundsätze, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, erfüllen müssen.

²¹ VwGH 9. 9. 2015, Ra 2014/04/0036.

Häufigste und weitgehend akzeptierte Abrufmodalität ist die Anknüpfung an die Platzierung im vorausgegangenen Vergabeverfahren („**Kaskadenprinzip**“).²² Hier wendet sich der:die AG zunächst an den:die erstgereihten Rahmenvereinbarungspartner:in. Für den Fall, dass diese:r nicht leisten kann, darf sich der:die AG an den:die zweitgereihten Rahmenvereinbarungspartner:in wenden usw.

In der deutschen Literatur wird als zulässige Abrufmodalität angeführt, dass der:die AG in der Rahmenvereinbarung die Leistungen in mehrere **Leistungssegmente** aufteilt (zB nach Leistungsinhalten, Spezialisierungen oder geographischen Aspekten) und anhand der Zuschlagskriterien für jedes Leistungssegment einen Rahmenvereinbarungspartner:in als Bestbieter:in ermittelt, von dem:der nach Abschluss der Rahmenvereinbarung unmittelbar abgerufen wird.²³

Aufgrund des Ermessensspielraums des:der AG erscheint Teilen der Literatur auch das **Rotationsprinzip** zulässig,²⁴ solange keine „gleichmäßige Verteilung“ erfolgt.²⁵ Eine gleichmäßige Verteilung des Abrufvolumens auf die Rahmenvereinbarungspartner:innen hätte nämlich die Egalisierung der Rangfolge, die zum Abschluss der Rahmenvereinbarung geführt hat, zur Folge und würde deshalb gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßen.²⁶ Zu einem vergleichbaren Ergebnis wie beim Rotationsprinzip gelangt man bei der **Aufteilung des Abrufvolumens auf mehrere Rahmenvereinbarungspartner:innen nach einer festgelegten Quote** (zB 60% Abruf vom:von der Erstgereihten, 30% vom:von der Zweitgereihten und 10% vom:von der Drittgereihten).²⁷ In beiden Fällen (Rotationsprinzip und Aufteilung des Auftragsvolumens auf mehrere Rahmenvereinbarungspartner:innen nach einer festgelegten Quote) bedarf es uA jedenfalls einer sachlichen Rechtfertigung, warum nicht (entsprechend dem Wettbewerbsergebnis des Abschlusses der Rahmenvereinbarung) grundsätzlich das gesamte ausgeschriebene Auftragsvolumen vom:von der erstgereihten Rahmenvereinbarungspartner:in abgerufen wird,²⁸ und ist außerdem sicherzustellen, dass die vorgesehenen Rotationen bzw Aufteilungen auch tatsächlich eingehalten werden.²⁹ Zudem wird die Verteilung dem Wettbewerbsergebnis dahingehend entsprechen müssen, dass sich die Häufigkeit der Rotation bzw der Anteil am Gesamtvolumen nach der Reihenfolge des:der Rahmenvereinbarungspartners:Rahmenvereinbarungspartner:in (oder noch besser nach dem Abstand des:der jeweiligen Rahmenvereinbarungspartners:Rahmenvereinbarungspartner:in bei der Bestbieterermittlung zum:zur erstgereihten Rahmenvereinbarungspartner:in) richtet.

Ein weiteres aus der Praxis bekanntes Beispiel für Abrufe ist das „**First Come, First Served**“-Prinzip. Auch hierfür sind die Kriterien bereits in der Ausschreibung festzulegen. Als tauglich erscheint die Festlegung eines Zuschlagskriteriums der (kurzfristigen) Liefermöglichkeit. Lediglich darauf abzustellen, welcher: welche Rahmenvereinbarungspartner:in sich am schnellsten beim:bei der AG nach dessen:deren Anfrage meldet und die Leistungserfüllung anbietet, würde uE unsachlich die Rangfolge der Rahmenvereinbarungspartner:innen egalalisieren und erscheint im Hinblick darauf unzulässig.³⁰

Mitunter behalten sich AG in der Rahmenvereinbarung auch vor, entweder **vom:von der Bestbieter:in oder vom:von der Billigstbieter:in unmittelbar abzurufen**. Eine solche Regelung ist uE dann zulässig, wenn bereits in der Rahmenvereinbarung festgelegt wurde, welche konkreten Leistungsteile nach dem Bestbieterprinzip und welche nach dem Billigstbieterprinzip abgerufen werden. Die freie Wahl des Zuschlagsprinzips für dieselben Leistungen wäre hingegen willkürlich und ein Verstoß gegen das

Transparenzgebot. Nach dem Billigstbieterprinzip dürfen zudem entsprechend § 91 Abs 4 BVergG nur Leistungen abgerufen werden, deren Qualitätsstandard in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist.³¹

Im Hinblick auf den Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbes (§ 20) und die Vergleichbarkeit der Angebote (§ 88 Abs 2 BVergG) sollte außerdem darauf geachtet werden, dass die Bewertungskriterien zum Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht zu stark von jenen für Abrufe aus der Rahmenvereinbarung abweichen. Zwar nimmt der Gesetzgeber bei Rahmenvereinbarungen zweifellos gewisse Wettbewerbsverzerrungen in Kauf.³² Abweichende Zuschlagskriterien, die zu wesentlich anderen Angeboten oder einem stark veränderten Bewerber:innen- oder Bieter:innenkreis geführt hätten, sollten aber vermieden werden.³³

Die Zulässigkeit von unmittelbaren Abrufmodalitäten bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmer:innen ist im Einzelfall nach Maßgabe des Gegenstands der Rahmenvereinbarung zu beurteilen. Werden rechtswidrige Zuschlagskriterien für den unmittelbaren Abruf festgelegt und nicht fristgerecht angefochten, werden sie in der Regel **bestandfest**.³⁴

²² Vgl dazu Europäische Kommission, Erläuterungen – Rahmenvereinbarung – klassische Richtlinie, CC/2005/03_rev1 v 14. 7. 2005, Ziff 3.2. und die Ausführungen in den Mat zum BVergG 2006, ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 97.

²³ *Schrotz in Pünder/Schellenberg*, Vergaberecht³ (2019) § 21 VgV Rn 134.

²⁴ *Poschmann in Müller/Wrede*, VgV Rn 115; *Arrowsmith*, The Law of Public and Utilities Procurement I3 (2014) Rz 11–53; krit hingegen *Strotz in Pünder/Schellenberg*, Vergaberecht³ (2019) VgV § 21 Rn 137.

²⁵ *Völlink/Kraus in Ziekow/Völlink*, Vergaberecht⁴ § 21 VgV Rn 19.

²⁶ *Mädler in MüKo zum Wettbewerbsrecht*⁴ § 21 VgV Rn 30, 31.

²⁷ Aus diesem Grund auch hierzu krit *Strotz in Pünder/Schellenberg*, Vergaberecht³ (2019) VgV § 21 Rn 137.

²⁸ Als Begründung kommt beispielsweise in Frage, dass sich der:die AG nicht nur von einem Produkt abhängig machen möchte, dass der:die AG für unterschiedliche Bereiche unterschiedliche Produkte benötigt, aber keine Losvergabe möglich ist, die Gewährleistung der Versorgungssicherheit beim: bei der AG oder dass der Abruf nur vom:von der Erstgereihten diesem eine Monopolstellung im relevanten Markt einräumen würde; es empfiehlt sich hier auch eine gewisse Vorsicht im Hinblick auf eine allfällige Rechnungshofprüfung, denn wenn nachgereichte Rahmenvereinbarungspartner:innen trotz deutlich höherem Preis ebenfalls aus der Rahmenvereinbarung beauftragt werden, könnte daraus – je nach Höhe des daraus resultierenden höheren Preises und Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung – eine Unwirtschaftlichkeit abgeleitet werden.

²⁹ Eine punktgenaue Aufteilung des Gesamtvolumens auf 60/30/10 wird in der Praxis oft nicht möglich sein. Abhilfe könnte die Festlegung von Margen oder Mindestmengen pro Rahmenvereinbarungspartner:in schaffen.

³⁰ Dringlichkeit als Argument für den Direktabruf beim:bei der Rahmenvereinbarungspartner:in, der:die sich am schnellsten beim:bei der AG meldet, erscheint nicht stichhaltig, weil die schnellste Rückmeldung keinen Ausschlag darüber bietet, ob der:die betreffende Rahmenvereinbarungspartner:in auch am schnellsten liefern kann.

³¹ Vgl § 91 Abs 4 BVergG zur Zulässigkeit des Billigstbieterprinzips.

³² Sowohl bei Rahmenvereinbarungen mit einem als auch solchen mit mehreren Unternehmer:innen kann der Abruf auf Basis geänderter Bedingungen erfolgen. Die Parteien dürfen gem § 155 Abs 1 BVergG bei Abrufen aus Rahmenvereinbarungen nur keine „wesentlichen“ Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vornehmen. Vgl auch die Erläuterungen der Europäischen Kommission zu Rahmenvereinbarungen vom 14. 7. 2005, CC/2005/03_rev1, zur Zulässigkeit des Abschlusses der Rahmenvereinbarung aufgrund „qualitativer“ Kriterien und Vergabe der einzelnen Aufträge nach dem niedrigsten Preis.

³³ Nach den Mat sind insb Änderungen des Leistungsgegenstands untersagt, die zu wesentlich anderen Angeboten oder einem stark veränderten Bewerber- oder Bieterkreis geführt hätten (ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 168; *Pensendorfer/Rief*, Abruf von PCR-Tests aus einer Rahmenvereinbarung, ZVB 2022/13). Die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz sind in Zusammenhang mit Zuschlagskriterien im erneuten Aufruf zum Wettbewerb uE in gleicher Weise auszulegen.

³⁴ Siehe VwGH 23. 6. 2022, Ra 2019/04/0076–9 und VwGH 24. 2. 2010, 2006/04/0117–6.

C. Zuschlagskriterien bei erneutem Aufruf zum Wettbewerb

Führen öff AG³⁵ einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb auf Basis einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmer:innen durch, ist der Zuschlag „dem gemäß dem oder den auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung festgelegten Zuschlagskriterium bzw Zuschlagskriterien am besten bewerteten Angebot zu erteilen“.³⁶ Die Zuschlagskriterien für den erneuten Aufruf zum Wettbewerb müssen also grundsätzlich bereits **in den Ausschreibungsbedingungen zum Abschluss der Rahmenvereinbarung definiert** sein.³⁷

Ebenso wie bei direkten Abrufen dürfen die im erneuten Aufruf zum Wettbewerb angewendeten Zuschlagskriterien sich von jenen, die im Vergabeverfahren zum Abschluss der Rahmenvereinbarung angewendet werden, unterscheiden (s oben Punkt B); sie sind aber jedenfalls bereits in den Ausschreibungsbedingungen zum Abschluss der Rahmenvereinbarung zu definieren. Dabei ist darauf zu achten, dass die **Vergleichbarkeit** der Angebote sichergestellt ist und es durch abweichende Zuschlagskriterien nicht zu wesentlich anderen Angeboten oder einem potenziell stark veränderten Bieter:innenkreis kommt.

Fraglich erscheint, ob die für den erneuten Aufruf zum Wettbewerb festgelegten Zuschlagskriterien **nachträglich**, nämlich erst im Zuge des konkreten Aufrufs zum Wettbewerb, **präzisiert werden können**. Dies erscheint nicht abwegig: Auch beim dynamischen Beschaffungssystem, das vom BVergG mehrfach in Kontext mit der Rahmenvereinbarung gebracht wird,³⁸ ist eine Präzisierung von Zuschlagskriterien in der zweiten Stufe möglich, sofern der:die AG sich dies vorbehalten hat.³⁹

Zunächst ist davon auszugehen, dass AG bei Rahmenvereinbarungen zumindest über dieselben Möglichkeiten verfügen, die auch in „gewöhnlichen“ Vergabeverfahren bestehen. Nach der Rechtsprechung des EuGH und des VwGH ist eine nachträgliche Präzisierung von Zuschlagskriterien jedenfalls unter gewissen Voraussetzungen möglich: Der EuGH hat es für zulässig erachtet, nach Ablauf der Angebotsfrist **Gewichtungskoeffizienten für die Sub-Zuschlagskriterien** festzulegen. Dies aber insb nur unter der Voraussetzung, dass die nachträgliche Festlegung nichts enthält, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können.⁴⁰

UE muss der Spielraum des:der AG bei Rahmenvereinbarungen deutlich größer sein. Dafür spricht vor allem § 155 Abs 6 BVergG, nach dem nicht alle Bedingungen für die Vergabe eines Auftrages in der Rahmenvereinbarung selbst festgelegt sein müssen; ein erneuter Aufruf der Parteien zum Wettbewerb kann auch **auf Grundlage vervollständigter Bedingungen oder aufgrund**

von anderen, in der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen erfolgen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass dies auch für die festgelegten Zuschlagskriterien gilt.

Arrowsmith führt im Speziellen aus, die Zuschlagskriterien für erneute Aufrufe zum Wettbewerb seien zwar bereits in der Ausschreibung zur Vergabe der Rahmenvereinbarung zu nennen, (zumindest) die **Gewichtung** könne jedoch aufgrund des unterschiedlichen Inhalts der Einzelaufträge auch erst beim erneuten Aufruf zum Wettbewerb bekanntgegeben werden. Allerdings könne es aufgrund des Transparenzgebots erforderlich sein, Festlegungen zu treffen, nach welchen Maßstäben die konkrete Gewichtung festgelegt wird.⁴¹ Es erscheint aber etwa auch denkbar, dass der:die AG im Rahmen des erneuten Aufrufs zum Wettbewerb einzelne, in der Rahmenvereinbarung beispielhaft genannte Zuschlagskriterien nach sachlichen und transparenten Gesichtspunkten auswählt.

Die Grenze der Freiheit des:der AG könnte auch in diesem Zusammenhang am Maßstab des § 155 Abs 1 BVergG gemessen werden (Verbot wesentlicher/substanzieller Änderungen). Die nachträgliche Präzisierung der Zuschlagskriterien darf demnach nicht zu wesentlich anderen Angeboten oder einem stark veränderten Bieter:innenkreis führen.

Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt es sich, eindeutige Festlegungen zu treffen, wenn sich der:die AG eine Präzisierung der Zuschlagskriterien vorbehalten möchte. Die Wahl der Zuschlagskriterien im jeweiligen erneuten Aufruf zum Wettbewerb hat jedenfalls im Einklang mit den vergaberechtlichen Grundsätzen zu erfolgen, insb der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sowie des freien und lautereren Wettbewerbs.

Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt es sich, eindeutige Festlegungen zu treffen, wenn sich der:die AG eine Präzisierung der Zuschlagskriterien vorbehalten möchte. Die Wahl der Zuschlagskriterien im jeweiligen erneuten Aufruf zum Wettbewerb hat jedenfalls im Einklang mit den vergaberechtlichen Grundsätzen zu erfolgen, insb der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sowie des freien und lautereren Wettbewerbs.

³⁵ Das Verfahren für Abrufe aus Rahmenvereinbarungen ist im Sektorenbereich nur verkürzt geregelt (§ 316 Abs 1). Es ist daher davon auszugehen, dass SektorenAG die Abrufe flexibler gestalten können.

³⁶ Spezielle Bedingungen gelten, wenn der Abruf im Rahmen einer elektronischen Auktion oder aufgrund eines elektronischen Katalogs erfolgt (vgl § 155 Abs 7 bis 9).

³⁷ *Schiefer/Steindl* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht⁴ Rz 1075.

³⁸ Vgl § 17 zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts, § 143 Abs 2 Z 3 zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung; s auch ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 171. Die beiden Instrumente eint weiters, dass es sich um Vergabeverfahren handelt, die in zwei getrennte Verfahrensschritte unterteilt sind (ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 45).

³⁹ § 162 Abs 5 BVergG.

⁴⁰ EuGH 14. 7. 2016, C-6/15, *TNS Dimarso*; EuGH 24. 11. 2005, *ATI EAC*, C-331/04; VwGH 27. 2. 2019, Ra 2016/04/0103. Außerdem dürfen die in den Ausschreibungsunterlagen bestimmten Zuschlagskriterien nicht geändert werden und die Gewichtungskoeffizienten nicht unter Berücksichtigung von Umständen gewählt werden, die einen der Bieter:innen diskriminieren könnten.

⁴¹ *Arrowsmith*, *Procurement*³ 11–81, mit dem Hinweis, dass dies zB auf Basis von Bandbreiten erfolgen kann.



rdb Genjus

Klausel-Bibliothek

Juristische Recherche auf höchstem Niveau.

Passende Vertragsklauseln aus diversen Rechtsbereichen direkt in Ihr Word-Dokument übernehmen.

rdb.at

MANZ



manz.at/rdbgenjus