

OLG Düsseldorf

Beschluss

vom 18.09.2024

Verg 16/24

GWB § 160 Abs. 2, 3; VgV § 21 Abs. 1 Satz 3

**1. Im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren kann der Antragsteller weitere, neue Vergaberechtsverstöße auch nach Schluss der mündlichen Verhandlung durch die Vergabekammer iRd Beschwerdeverfahrens geltend machen, sofern diese Verstöße nicht gem. § 160 Abs. 3 S. 1 GBW präkludiert sind.**

**2. Der öffentliche Auftraggeber setzt eine Rahmenvereinbarung zu vergabefremden Zwecken iSv § 21 Abs. 1 S. 3 VgV ein, wenn eine Beauftragung über die vereinbarte Mindestabnahmemenge hinaus infolge ungesicherter Finanzierung völlig ungewiss und eine Information der Bieter hierüber unterblieben ist.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.09.2024 - Verg 16/24

*vorhergehend:*

*VK Bund, Beschluss vom 08.05.2024 - VK 2-35/24*

*BKartA, 08.05.2024 - VK 2*

**Tenor**

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird die Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes vom 8. Mai 2024 (VK 2-35/24) teilweise aufgehoben und der Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung auf die Ausschreibung "*Rahmenvereinbarung über die Lieferung von bis zu sechs Kontroll- und Streifenbooten sowie sieben Tochterbooten*" (Bekanntmachungsnummer 609542-2023) untersagt. Ihr wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen.

Im Übrigen wird die sofortige Beschwerde zurückgewiesen.

2. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des Verfahrens vor der

Vergabekammer fallen der Antragstellerin einerseits und der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen andererseits je zur Hälfte zur Last, ihre notwendigen Auslagen tragen die Verfahrensbeteiligten selbst.

3. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis 2.950.000,00 Euro festgesetzt.

## Gründe

### I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 10. Oktober 2023 im offenen Verfahren eine Rahmenvereinbarung über die Lieferung von bis zu sechs Kontroll- und Streifenbooten sowie sieben Tochterbooten mit einer Mindestabnahmemenge von zwei Kontroll- und Streifenboote inklusive Tochterbooten aus. Die geschätzte Gesamtbedarfsmenge gab sie mit sechs Kontroll- und Streifenbooten sowie sieben Tochterbooten an (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer 2023/S 195 609542, geändert durch Bekanntmachung vom 2. November 2023, Bekanntmachungsnummer 2023/ S 211 666118 und vom 29. November 2023, Bekanntmachungsnummer 2023/S 230 725030). Diese sechs Kontroll- und Streifenboote nebst Tochterbooten sollen die derzeit im Einsatz befindlichen sechs Kontroll- und Streifenboote ersetzen, die veraltet sind. Die Laufzeit war mit 48 Monaten angegeben (Ziffer 11.2.7. der Bekanntmachung). Einziges Zuschlagskriterium war der Preis (Ziffer 11.2.5. der Bekanntmachung). Auf die Rügeobliegenheiten nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 GWB sowie auf "*die Möglichkeit*", innerhalb von 15 Tagen nach Eingang der Mitteilung, der Rüge nicht abhelfen zu wollen, nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer zu stellen, wurde hingewiesen (Ziffer IV.4.3. der Bekanntmachung). Die verlängerte Angebotsfrist endete am 20. Dezember 2023 (Ziffer 5.1.12. der Änderungsbekanntmachung vom 29. November 2023).

Die Liefermenge war in § 2 des Entwurfs der Rahmenvereinbarung geregelt. Nach Absatz 1 betrug die Höchstmenge sechs Kontroll- und Streifenboote sowie sieben Tochterboote. Nach Absatz 2 verpflichtete sich die Auftragsgegnerin zu einer Mindestabnahme von zwei Kontroll- und Streifenboote und zwei Tochterbooten. Einen über die Mindestabnahmemenge hinausgehenden Abrufanspruch hatte der Auftragnehmer nach Absatz 3 nicht. Nach § 7 war die Festbestellmenge innerhalb von 18 Monaten, die optionale Menge innerhalb von zwölf Monaten nach Bestellung zu liefern, sofern nicht mehr als zwei Boote gleichzeitig beauftragt werden. Nach § 8 waren die angebotenen Preise für zwei Jahre gültige Festpreise. Danach kann der Auftragnehmer eine Preisanpassung

entsprechend dem Index Sonstige Fahrzeuge im Güterverzeichnis GP09-30 des Statistischen Bundesamtes beantragen. Die Preisanpassung ist in § 8 Abs. 9 wie folgt geregelt:

*"§ Die Erhöhung wird einen Monat nach Ankündigung wirksam, sofern der Auftraggeber der verlangten Preiserhöhung nicht widerspricht. In diesem Fall hat jede Partei das Recht, den Vertrag mit einer Frist von 2 Monaten zu kündigen."*

Am 6. Dezember 2023 stellte die Antragstellerin drei Bieterfragen. In Frage 65 führte sie aus, die Festlegung der Preise in § 8 der Rahmenvereinbarung als Festpreise begründe für den Bieter ein unzumutbares Kalkulationswagnis. Die Preisentwicklung lasse sich kaum vorhersehen, für ein seriöses Angebot müssten daher erhebliche Risikozuschläge einkalkuliert werden, zumal keine Laufzeit bestimmt sei. Die Regelung zur Preisanpassung hätten als Bezugspunkt einen intransparenten Index. Es sollten Preisgleitklauseln oder eine Preisanpassung in Anlehnung an § 3 Nr. 3 VOL/B aufgenommen werden. Auf diese Frage antwortete die Antragsgegnerin, dass § 8 nicht angepasst werde, die Vereinbarung werde die nach § 21 Abs. 6 VgV maximale Laufzeit von vier Jahren haben. Mit Frage 66 wollte die Antragstellerin wissen, ob die in § 8 vorgesehene Zahlung nach Baufortschritt mit einem 35 Prozent Anteil der Schlussrechnung in 30 Prozent Anteil nach Probefahrt und fünf Prozent nach Abarbeitung der Restpunkte aufgesplittete werden könne, was die Antragsgegnerin verneinte. In Frage 67 regte die Antragstellerin eine Verlängerung der in § 7 vorgesehenen Lieferfristen auf 20 Monate für das erste und zusätzliche sechs Monate für das zweite Schiff der Festbestellmenge an, da die Maschinenanlage umfangreiche neue Konstruktionen erfordere. Auch die Lieferung der ersten beiden optionalen Schiffe gleichzeitig in zwölf Monaten nach einem völlig unbestimmten Zeitpunkt der Beauftragung sei nicht realistisch. Viele Komponenten hätten Lieferzeiten von einem Jahr, so dass Schiff Nummer 3 nach 18 Monaten und jedes weitere mit einem Versatz von sechs Monaten geliefert werden könne. Auch diese Frage beantwortete die Antragsgegnerin dahingehend, dass einer Anpassung der Lieferfristen nicht zugestimmt werde.

Die Antragstellerin gab fristgemäß ein ordnungsgemäß verschlossenes Angebot ab, in dem sich auch ein auf den 20. Dezember 2023 datiertes Begleitschreiben befand. In diesem führte sie aus, ihre Preisbindung bestehe nur bis April 2024, da sie der im Rahmenvertrag geforderten zweijährigen Bindung für vier weitere Boote aus wirtschaftlichen Gründen nicht zustimmen könne. Das wirtschaftliche Risiko einer erst nach zwei bis vier Jahren eingehenden Bestellung von vier weiteren Booten könne sie nicht tragen. Eine Preisbindung über zwei Jahre sei auch marktunüblich. Sie biete daher eine Preisstaffel basierend auf einer Inflation von 6,23 Prozent pro Jahr an. Auch die Liefertermine seien nicht realisierbar. Sie biete die Lieferung des ersten Bootes innerhalb von 23 Monaten, des zweiten fünf

Monate später, des dritten nach 18 Monaten und jedes weitere mit einem Versatz von vier Monaten an.

Mit Schreiben vom 12. März 2024 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin gemäß § 134 GWB, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der Beigeladenen zu erteilen. Ihr Angebot werde nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV von der Wertung ausgeschlossen, da sie von den Vorgaben der Festpreisbindung und der Lieferfristen abgewichen sei. Mit Anwaltsschreiben vom 19. März 2024 rügte die Antragstellerin die Festpreise sowohl für die Festbestellmenge als auch für die optionale Menge als vergaberechtswidriges ungewöhnliches Wagnis, zumal nicht einmal die Vertragslaufzeit bestimmt sei. Die Preisanpassungsregelung nehme auf einen Index für Schiffe und Wasserfahrzeuge Bezug, die mit den ausgeschriebenen nicht vergleichbar seien. Zudem bestehe kein Anspruch auf Preisanpassung, da der Auftraggeber nicht nur das Recht zum Widerspruch habe, sondern sich auch vom Vertrag lösen könne. Ein weiteres ungewöhnliches Wagnis begründeten die Lieferfristen, insbesondere in Bezug auf die optionalen Boote, für die Kapazitäten freigehalten werden müssten, obwohl der Abruf der Leistung ungewiss sei. Auch die Zahlungsmeilensteine benachteiligten die Bieter unzumutbar, insbesondere, dass die Schlusszahlung erst nach Abarbeitung der Restpunkte erfolge. Im Übrigen sei die Zuschlagsprätendentin auszuschließen, da sich aus deren Bieterfrage Nummer 61 ergebe, dass sie die Forderung nach einem Tiefgang von maximal 1,3 Metern nicht erfülle, und aus Frage 68, dass sie keine ausreichende Kühlung gewährleisten könne. Zudem erfülle seine Referenzleistung dreier Boote der Darss-Klasse für den Zoll die Referenzanforderungen nicht; diese Boote wiesen massive Qualitätsprobleme auf. Auch müsse die Zuschlagsprätendentin die Risiken der Kostensteigerung einfach ausgeblendet haben. Diese Rüge wurde von der Antragsgegnerin am 27. März 2024 zurückgewiesen. Mit der Rüge eines ungewöhnlichen Wagnisses sei die Antragstellerin bereits präkludiert. Dass der Zuschlagsdestinatär die Anforderung der Leistungsbeschreibung einhalte, habe sie von einem unabhängigen Ingenieurbüro prüfen lassen. Auch habe die Beigeladene mehr als die geforderten zwei Referenzen vorgelegt. Anhaltspunkte für eine fehlende Kostendeckung bestünden nicht.

Mit Anwaltsschriftsatz vom 5. April 2024 hat die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt, zu dessen Begründung sie zu den vorstehenden Rügen wiederholt und vertieft hat. Bezüglich Preise und Lieferfristen habe sie eine Rüge im Übrigen bereits mit ihrem Angebotsschreiben vom 20. Dezember 2023 erhoben. Die vermeintliche Bestbieterin sei wegen unzureichender Referenzen auszuschließen. Die Darss-Boote wiesen massive Qualitätsprobleme auf und müssten aufwändig saniert werden. Zudem habe die vermeintliche Bestbieterin gar nicht die erforderlichen Kapazitäten. Es handle sich um eine eher kleine Werft, deren Auftragsliste jetzt schon 18 Boote umfasse.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. das Vergabeverfahren aufzuheben;
2. ihr Akteneinsicht zu gewähren;
3. die Hinzuziehung ihres Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären;
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten ihrer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin und die mit Beschluss vom 10. April 2024 hinzugezogene Beigeladene haben beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Die Beigeladene hat zusätzlich beantragt,
3. die Hinzuziehung ihres Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, es fehle schon an der Antragsbefugnis. Zum einen liege kein zuschlagsfähiges Angebot der Antragstellerin vor, zum anderen erstrebe die Antragstellerin auch gar nicht den Zuschlag, sondern die Aufhebung des Verfahrens, worauf ein Bieter ohnehin keinen Anspruch habe. Mit ihrer Rüge eines unzumutbaren Wagnisses sei die Antragstellerin zudem nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 3 GWB präkludiert. Dass sie insoweit Kenntnis gehabt habe, zeigten ihre Bieterfragen 65, 66 und 67. Wolle man diese als Rügen ansehen, sei der Nachprüfungsantrag nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB verfristet. Das Begleitschreiben vom 20. Dezember 2023 erläutere das Angebot und sei nicht als Rüge zu verstehen gewesen. Zudem werde ein Angebot gemäß § 55 VgV erst nach Ablauf der Angebotsfrist geöffnet, so dass mit einer Kenntnisnahme und damit mit einem Zugang erst nach Fristablauf zu rechnen war. Es sei allerdings auch kein unzumutbares Wagnis gegeben. Der Bieter könne die Risiken eines Festpreises durch Sicherheitszuschläge kompensieren. Dass die Laufzeit vier Jahre betrage, habe sich bereits aus der Bekanntmachung ergeben. Nach zwei Jahren sei zudem eine Preisanpassung möglich. Der Index erfasse neben Schiffen, Booten und Yachten auch Schienen- und Luftfahrzeuge und

trage daher der Preisentwicklung für Metalle, Maschinen-, Elektro- und Elektronikbauteilen sowie Löhnen Rechnung. Im Falle eines Widerspruchs des Auftraggebers gegen eine Preisanpassung könne sich der Bieter vom Vertrag lösen. Unsicherheiten bei den Lieferfristen seien Rahmenvereinbarung immanent, die Zahlungsmeilensteine seien verhältnismäßig. Bedenken in Bezug auf die Zuschlagsdestinatärin bestünden nicht. Ihr Angebot sei in technischer Hinsicht überprüft worden. Die Beigeladene habe auch die geforderten Referenzen vorgelegt. Qualitätsmängel der Darss-Boote müsse sie mit Nichtwissen bestreiten. Der Umsatz lasse Zweifel an ihrer Kapazität nicht aufkommen, es handele sich gerade nicht um eine eher kleine Werft.

Die Beigeladene hat ergänzend vorgetragen, die Lieferzeiten für Komponenten wie Motoren oder Elektronik lägen bei sechs Monaten. Ihre Eignung habe sie durch ihre Referenzen nachgewiesen; auch die erforderlichen Kapazitäten seien gegeben.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin mit Beschluss vom 8. Mai 2024 zurückgewiesen. Der Antrag sei bereits unzulässig, soweit er sich gegen die Bedingungen der Vergabe wende. Zwar sei die Antragstellerin trotz des Ausschlusses ihres Angebots antragsbefugt, da sie grundlegende Fehler des Vergabeverfahrens geltend mache, bei deren Bestehen das Vergabeverfahren neu beginnen müsste. Diese Fehler habe die Antragstellerin auch vor Ablauf der Angebotsfrist gerügt. Ihre Bieterfragen 65 bis 67 könnten - auch wenn grundsätzlich zwischen Bieterfragen und Rügen zu differenzieren sei - als Rügen verstanden werden, da die Antragstellerin nicht nur auf die Probleme hingewiesen, sondern ganz konkret Abänderung verlangt habe. Allerdings habe es die Antragstellerin versäumt, nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB innerhalb von 15 Kalendertagen nach Ablehnung der begehrten Änderungen einen Nachprüfungsantrag zu stellen, weshalb der vorliegende Antrag verfristet sei.

Sehe man die Bieterfragen hingegen nicht als Rügen an, sei die Antragstellerin mit diesen Beanstandungen nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert, da ihre Fragen zeigten, dass sie die Problematik in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erkannt habe. Im Übrigen gehöre es zum allgemeinen Bieterwissen, dass ein Vergaberechtsverstoß vorliege, wenn anhand der Vergabeunterlagen eine kaufmännische vernünftige Kalkulation nicht möglich ist. Das Begleitschreiben zum Angebot sei keine ordnungsgemäße Rüge vor Ablauf der Angebotsfrist, da das Angebot bestimmungsgemäß nach § 55 Abs. 1 VgV erst nach Fristablauf geöffnet werde. Soweit sich die Antragstellerin gegen die Eignung der Beigeladenen wende und deren Leistungsfähigkeit bezweifle, sei ihr Antrag zwar zulässig, aber unbegründet. Die Beigeladene habe mehrere Referenzen benannt; die für den Zoll hergestellten Darss-Boote seien nicht darunter, deren Qualitätsprobleme seien bestritten. Auch habe die Antragsgegnerin das Angebot der Beigeladenen auf Einhaltung der

Leistungsanforderung gutachterlich prüfen lassen. Der Vorwurf fehlender Kapazitäten sei nicht nachvollziehbar.

Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Ihr Nachprüfungsantrag sei nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB verfristet. Die Antworten der Antragsgegnerin auf ihre Bieterfragen, die die Vergabekammer als Rügen gewertet habe, genügten den Anforderungen an eine fristauslösende Nichtabhilfemitteilung nicht. Ein solcher müsse unmissverständlich zu entnehmen sein, dass der Auftraggeber keinesfalls beabsichtige, der Rüge abzuhelpen; es bedürfe einer klaren Aussage. Zudem habe es an der erforderlichen Information über die Rechtsbehelfsfrist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB gefehlt. In der Bekanntmachung werde lediglich auf *"die Möglichkeit"* hingewiesen, innerhalb von 15 Kalendertagen einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Erforderlich gewesen sei hingegen eine unmissverständliche Formulierung wie *"ist zu stellen"* oder *"muss gestellt werden"*. Doch selbst wenn insoweit eine Verfristung bejaht werden sollte, fehle es jedenfalls an einer fristauslösenden Kenntnis vom Nichtbestehen eines Anspruchs auf Preisanpassung. Die Regelung in § 8 Abs. 9 des Rahmenvertrags sei höchst widersprüchlich und für einen juristischen Laien nicht einzuschätzen. So bleibe unklar, weshalb der Auftraggeber ein Kündigungsrecht haben solle, wenn er der Erhöhung nicht widerspreche. Fraglich sei auch, ob die Regelung überhaupt auslegungsfähig und nicht insgesamt unwirksam sei, mit der Wirkung, dass dann überhaupt keine Preisanpassung wirksam vereinbart wäre. In der Sache begründe die Vorgabe von Festpreisen ein unzumutbares Kalkulationswagnis, da jedenfalls die Kosten der optionalen Boote, deren Bestellung lediglich innerhalb der nicht festgelegten Vertragslaufzeit erfolgen könne, aufgrund der hohen Dynamik der Preisentwicklung nicht kalkulierbar seien. Der für Preisanpassungen herangezogene Index sei mangels Vergleichbarkeit der dort aufgeführten Schiffe untauglich und hinke der Entwicklung zwangsläufig hinterher. Zudem sei der Anspruch wegen des im insgesamt unklaren § 8 Abs. 9 des Vertragsentwurfs des Rahmenvertragsentwurfs geregelten Widerspruchsrechts nicht durchsetzbar.

Nach dem Wortlaut bestehe in diesem Fall nicht einmal ein Kündigungsrecht des Auftragnehmers. Die Preisanpassung stehe folglich im Belieben der Antragsgegnerin. Faktisch handele es sich nur um eine Möglichkeit ein Angebot auf Abschluss einer Vertragsänderung abzugeben. Aber auch ein Sonderkündigungsrecht des Auftragnehmers für den Fall des Widerspruchs gleiche die Risiken nicht aus, weil bis dahin die Leistungsbereitschaft aufrecht zu erhalten sei. Auch die Liefertermine begründeten ein unzumutbares Kalkulationswagnis, da feste Lieferfristen bestimmt seien und in Abhängigkeit von der Bestellung alle sechs Boote parallel hergestellt werden müssten. Ein Großteil der Einzelkomponenten habe erhebliche Lieferzeiten, wobei die Preise der

Zulieferer zugleich nur für kurze Zeiten gültig seien. Gerade vor dem Hintergrund der sehr unterschiedlichen Kostenstrukturen, insbesondere der Lohnkosten, in den unterschiedlichen EU-Staaten, wirke sich dies gravierend aus. Letztendlich sei auch ein abschließender Zahlungsmeilenstein von 30 Prozent unangemessen. Auch habe sie mit ihrem am 6. Mai 2024 übersandten Schriftsatz einen weiteren Vergabefehler eingeführt, den die Vergabekammer zu Unrecht nicht berücksichtigt habe. So habe die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung am 2. Mai 2024 eingeräumt, die optionale Ausschreibung der Boote drei bis sechs sei allein deshalb erfolgt, weil deren Finanzierung haushälterisch nicht gesichert sei. Vor diesem Hintergrund sei die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung missbräuchlich, weil insoweit keine Ausschreibungsreife gegeben gewesen sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes VK 2-35/24 vom 8. Mai 2024 aufzuheben;
2. das Vergabeverfahren aufzuheben;
3. die Hinzuziehung ihres Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären;
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der Kosten ihrer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin trägt vor, der Antragstellerin fehle bereits die Antragsbefugnis. Ein Bieter habe keinen Anspruch auf Aufhebung des Vergabeverfahrens, dies zu entscheiden sei allein Sache des Auftraggebers. Zudem habe kein bezuschlagungsfähiges Angebot der Antragstellerin vorgelegen. Der Nachprüfungsantrag sei auch nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB verfristet. Deutlicher als ihr Nein auf die Bieterfragen 65 bis 67 könne eine Antwort nicht sein. Eine bestimmte Form sei für die Nichtabhilfemitteilung nicht vorgesehen. Die Rechtsbehelfsbelehrung sei korrekt gewesen. Sie habe die Bieter



richtigerweise informiert, dass bei Nichtabhilfe die Möglichkeit zur Stellung eines Antrags auf Nachprüfung binnen 15 Tagen bestehe. Ein "*Muss*" wäre hier verfehlt gewesen, denn der Bieter müsse keine kostenträchtigen Rechtsmittel einlegen. Die Beanstandung eines unzumutbaren Wagnisses sei auch in der Sache unbegründet. Die Ausschreibung eines Festpreises für zwei Jahre mit anschließender Möglichkeit der Preisanpassung trage den Interessen der Bieter und des Auftraggebers Rechnung. Dabei sei die Anbindung an den Index für Sonstige Fahrzeuge, der auch Schiffe und Yachten erfasse, sachgerecht für Standardprodukte wie vorliegend ausgeschriebenen Boote. Die Lieferbedingungen seien nicht unzumutbar. Die Frist von 18 Monaten für die ersten beiden Boote berücksichtige den Konstruktionsaufwand. Die folgende Frist von zwölf Monaten sei begrenzt auf den gleichzeitigen Bau von maximal zwei Booten. Soweit die Antragstellerin nachterminlich eine missbräuchliche Wahl der Rahmenvereinbarung beanstandet habe, sei dies zu Recht nach § 296 Abs. 2 ZPO unberücksichtigt geblieben. Im Übrigen begründe die fehlende Finanzierung der optionalen Boote keine missbräuchliche Wahl der Rahmenvereinbarung. Die finanzielle Vergabereife für die Festbestellmenge sei gegeben gewesen.

Die Beigeladene trägt ergänzend vor, eine Antragsbefugnis der Antragstellerin sei auch deswegen nicht gegeben, weil es sich bei den angeblichen Rechtsverstößen in den §§ 7 und 8 der Rahmenvereinbarung um zivilrechtliche Fragen und nicht um die Geltendmachung einer Verletzung bieterschützender Vergabevorschriften im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB handle. Jedenfalls aber sei die Antragstellerin mit diesen Beanstandungen nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert, weil sie diese nicht bis zur Angebotsabgabe gerügt habe. Die Bieterfragen seien keine Rügen, zeigten aber die Erkennbarkeit der Beanstandungen.

Der Senat hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung die Mitarbeiter Reinhardt und Simon der Antragsgegnerin befragt. Diese haben übereinstimmend erklärt, es sei lediglich die Finanzierung der Festbestellmenge gesichert, die Gelder für die optionalen Boote müssten noch eingeworben werden. In der anschließenden Erörterung der Sach- und Rechtslage mit den Parteien hat der Senat Bedenken im Hinblick auf die Ausschreibung der Rahmenvereinbarung geäußert.

Mit nachterminlichen Schriftsätzen vom 21. August 2024 haben die Antragsgegnerin und Beigeladene hierzu ergänzend vorgetragen. Die Antragsgegnerin hat ausgeführt, ihrer Auffassung nach genüge bei der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung für die Vergabereife eine Sicherung der Finanzierung der Mindestbestellmenge; insoweit hat sie "*die Zulassung der Revision zum Bundesgerichtshof*" angeregt. Eine Sicherung der Finanzierung für die optional abrufbare Menge weit vor dem Einzelabruf sei haushaltsrechtlich unzulässig. Nach § 6 BHO seien bei der Aufstellung des Haushaltsplans

nur die Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen zu berücksichtigen, die zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes notwendig seien. Dabei seien Verpflichtungsermächtigungen nach dem Erlass des Bundesfinanzministeriums vom 7. Februar 2024, II A2-H 1200123110033:0011 nur zulässig, wenn die Verpflichtungen rechtsverbindlich eingegangen würden. Diese entstünden jedoch erst mit dem Einzelabruf. Das Verlangen nach einer Mittelbindung über die etwaige Festbestellmenge hinaus nehme der Rahmenvereinbarung die bezweckte Flexibilität und könne auch den zum Missbrauch dieses Instruments ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht entnommen werden.

Die Beigeladene hat ergänzend vorgetragen, dass die Finanzierung des gesamten Auftragsvolumens einer Rahmenvereinbarung gesichert sein müsse, sei weder gesetzlich vorgesehen noch ergebe es sich aus den Anforderungen der Rechtsprechung. Vergabereife erfordere nur eine Sicherung des Leistungsbeginns, weshalb die finanzielle Absicherung der Festbestellmenge ausreiche. Die Rahmenvereinbarung sei auch noch nicht der öffentliche Auftrag, dies sei erst der Einzelabruf, weshalb auch nur die Finanzierung des konkret anstehend Abrufs gesichert sein müsse. Für den Bieter ändere die Finanzierung des gesamten Volumens auch nichts, da er für optionale Bestellmenge auch dann das Verwendungsrisiko trage. Hierauf müssten sich alle Bieter einstellen, weshalb auch keine Behinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs gegeben sei. Würde gleich eine Finanzierung des gesamten Auftragsvolumens verlangt, begründe dies eine unzumutbare Einschränkung der Antragsgegnerin, die mit erheblichen Mehrkosten wiederholt ausschreiben müsste und so keine einheitliche Flotte beschaffen könne. Die Forderung nach einer gesicherten Finanzierung für das gesamte Auftragsvolumen lasse sich auch nicht aus der Vergaberichtlinie 2014/24/EU herleiten, jedenfalls aber bedürfe es insoweit einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union.

## II.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, in der Sache hat sie den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg.

1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwer der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer ihren ursprünglichen Nachprüfungsantrag - soweit noch beschwerdegegenständlich - als unzulässig verworfen hat.

2. In der Sache hat die Beschwerde insoweit Erfolg, als sich die Antragstellerin gegen eine missbräuchliche oder wettbewerbsbeeinträchtigende Anwendung der Rahmenvereinbarung wendet. Soweit die Antragstellerin geltend macht, eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation sei ihr in Anbetracht der vertraglichen Regelungen in §§ 7 und 8 des Vertragsentwurfs nicht möglich, ist ihr Nachprüfungsantrag unzulässig.

a) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist nur teilweise zulässig.

aa) Zutreffend hat die Vergabekammer die nach § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis bejaht.

Der Antragstellerin kann das erforderliche Interesse am Auftrag nicht abgesprochen werden, auch wenn sie den Ausschluss ihres Angebots nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV hingenommen hat. Der erstrebte Auftrag darf nicht mit dem Zuschlag im streitgegenständlichen, als vergaberechtswidrig gerügten Vergabeverfahren gleichgesetzt werden (Dicks/Schnabel in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 160 Rn. 10), sondern ist durch den konkreten Beschaffungsbedarf bestimmt. Denn es ist die tatsächliche Erteilung des Auftrags, welche die Vermögenslage von Bietern beeinflusst, nicht der Umstand, in welchem Vergabeverfahren sie erfolgt (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, BeckRS 2009, 87528 Rn. 32). Von daher ist das erforderliche Interesse beim Antragsteller auch dann gegeben, wenn er auf die Aufhebung des vorliegenden Vergabeverfahrens und die Chance zu einem verbesserten Angebot in einem neuen Vergabeverfahren spekuliert. Macht der Antragsteller - wie hier - Vergaberechtsfehler geltend, aufgrund derer das eingeleitete Vergabeverfahren nicht durch Zuschlag beendet werden darf, ist regelmäßig auch das Schadenserfordernis des § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB erfüllt (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, BeckRS 2009, 87528 Rn. 31), weil er dann im Fall eines ordnungsgemäßen (neuerlichen) Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, BeckRS 2009, 87528 Rn. 32). Dabei genügt es, dass zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt und es möglich erscheint, dass der Antragsteller ohne den behaupteten Vergaberechtsverstoß den Bedarf gegen Entgelt befriedigen kann (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, BeckRS 2009, 87528 Rn. 32).

Die Antragstellerin macht auch eine Verletzung in ihren Rechten durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend. Vertragsklauseln werden von den Vergabenachprüfungsinstanzen zwar nicht auf ihre zivilrechtliche Wirksamkeit geprüft, da sie keine Bestimmungen über das Vergabeverfahren i.S.d. § 97 Abs. 6 GWB sind. Sie können jedoch zum Gegenstand eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemacht werden,

wenn es eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm gibt, die im Nachprüfungsverfahren entscheidungsrelevant ist (Senatsbeschlüsse vom 28. September 2022, VII-Verg 2/22, BeckRS 2022, 57527 Rn. 50, und vom 6. September 2017, VII-Verg 9/17, BeckRS 2017, 150181 Rn. 47). Eine solche Anknüpfungsnorm war das in § 8 Abs. 3 VOL/A 2006 normierte Verbot, dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis aufzubürden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Nach dem Wegfall dieses Verbots können Vertragsklauseln nur noch unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit einer für den Bieter oder Auftragnehmer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation beanstandet werden (Senatsbeschluss vom 6. September 2017, VII-Verg 9/17, BeckRS 2017, 150181 Rn. 48), weil dann die Vergabeunterlagen unzumutbare Anforderungen (Wagnisse) begründen (Senatsbeschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14), wobei hier dahinstehen kann, ob dies aus dem Rechtsgedanken von Treu und Glauben oder dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herzuleiten ist (Senatsbeschluss vom 28. September 2022, VII-Verg 2/22, BeckRS 2022, 57527 Rn. 51). Genau dies macht die Antragstellerin vorliegend in Bezug auf die Regelungen in §§ 7 und 8 des Vertragsentwurfs geltend. Dies gilt auch, soweit sie die Preisanpassungsregelung in § 8 Abs. 9 des Rahmenvertrags für in ihrer vertraglichen Reichweite unklar und wegen unter Umständen fehlender Auslegungsfähigkeit für möglicherweise insgesamt unwirksam erachtet, da die Frage, ob dem Bieter eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation möglich ist oder ein unzumutbares Wagnis aufgebürdet wird, eine umfassende Interessenabwägung erfordert, bei der es auf die Frage der Wirksamkeit der Preisanpassungsregelung ankommen könnte.

bb) Soweit die Antragstellerin geltend macht, eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation sei aufgrund der vertraglich vorgesehenen Festpreis- und Preisanpassungsregelungen unzumutbar, ist ihr Nachprüfungsantrag gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 unzulässig (siehe unter (1)). Im Hinblick auf die als unzumutbar beanstandeten Liefertermine und Zahlungsmeilensteine liegt eine Rügepräklusion gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 3 GWB vor (siehe unter (2)). Von einer Rügepräklusion gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist auszugehen, soweit die Antragstellerin die Regelungen in § 8 Abs. 9-12 des Vertragsentwurfs zum Preisanpassungsanspruch und Kündigungsrecht als widersprüchlich kritisiert (siehe unter (3)).

(1) Die Antragstellerin ist mit ihrem Vorbringen, eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation sei aufgrund der vertraglich vorgesehenen Festpreisregelung und der intransparenten Preisanpassungsregelung in § 8 Abs. 7-12 des Vertragsentwurfs unzumutbar, nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB präkludiert. Der Nachprüfungsantrag ist nicht rechtzeitig erhoben worden.

Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Dies ist vorliegend der Fall. Die Antragstellerin hat erst mit Schriftsatz vom 5. April 2024 Nachprüfung beantragt, obwohl die Nichtabhilfe des mit Bieterfrage 65 vom 6. Dezember 2023 gerügten Vergaberechtsverstoßes bereits am 11. Dezember 2023 durch die Antwort der Antragsgegnerin auf die Bieterfrage erfolgt ist.

(a) Der Inhalt der Bieterfrage 65 ist als Rüge eines Vergaberechtsverstoßes zu verstehen.

Grundsätzlich sind Bieterfragen keine Rügen. Bieterfragen dienen einem anderen Zweck, nämlich - wie Fragen allgemein - dem Verständnis, also der Aufklärung des Inhalts der Vergabeunterlagen. Durch eine Bieterfrage will das an der Ausschreibung interessierte Unternehmen Klarheit darüber gewinnen, was der öffentliche Auftraggeber fordert. Von den Antworten des öffentlichen Auftraggebers erwartet es eine Auslegungshilfe zu den Vergabeunterlagen, die je nach ihrem Inhalt dann eine Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB begründen kann (OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. Dezember 2021, 11 Verg 6/21 ZfBR 2022, 295, 298; Senatsbeschluss vom 22. Januar 2024, VII-Verg 14/23). Auch wenn an den Inhalt einer Rüge keine allzu strengen Anforderungen zu stellen sind, setzt eine ordnungsgemäße Rüge doch eine konkrete und deutliche vergaberechtliche Beanstandung voraus, so dass der öffentliche Auftraggeber erkennen kann, um welchen konkreten Verstoß es sich handelt, und dass von ihm die Beseitigung dieses Vergaberechtsfehlers verlangt wird (Senatsbeschluss vom 12. Februar 2020, VII-Verg 24/19 - Schachtförderanlage Konrad 2). Von daher stellen allgemeine Fragen und Hinweise, Kritik oder Unverständnis genauso wenig eine ausreichende Rüge dar, wie die Ankündigung, man werde das nicht hinnehmen. Zudem muss deutlich werden, dass das Unternehmen nicht nur eine Anregung zur Optimierung des Vergabeverfahrens geben will, sondern ein vom Auftraggeber zu beseitigender Rechtsfehler geltend gemacht wird.

Entscheidend ist, dass der Bieter objektiv gegenüber dem Auftraggeber deutlich macht, in welchem Punkt und aus welchem Grund er das Vorgehen des Auftraggebers für fehlerhaft hält und dass er eine Korrektur des Fehlers in seinem Sinne erreichen will (Senatsbeschluss vom 12. Februar 2020, VII-Verg 24/19 - Schachtförderanlage Konrad 2). Es muss folglich hinreichend deutlich werden, welches konkrete Tun oder Unterlassen der Vergabestelle für rechtswidrig erachtet wird und es muss klar sein, dass es sich um eine Beanstandung handelt und nicht lediglich um Bieterfragen (Eiermann, Primärrechtsschutz gegen öffentliche Auftraggeber bei europaweiten Ausschreibungen durch Vergabenachprüfungsverfahren). Dies ist vorliegend der Fall. Trotz der Bezeichnung als Bieterfrage hat die Antragstellerin einen konkreten Vergaberechtsverstoß benannt. Ihrer Meinung nach begründet die vertragliche Festpreisregelung ein unzumutbares

Kalkulationswagnis, da der aktuelle Preissteigerungsindex 6,5 Prozent betrage. Die vorgesehenen Regelungen zur Preisanpassung seien unzureichend. Der in Bezug genommene Index sei intransparent, er spiegele nicht ihre Kalkulationsgrundlagen wider. Dabei hat die Antragstellerin mit den Worten "*Wird die Festpreisregelung entsprechend angepasst?*" unmissverständlich Abhilfe von der Antragsgegnerin gefordert.

(b) Die Nichtabhilfeentscheidung der Antragsgegnerin datiert vom 11. Dezember 2023. Die Antwort der Antragsgegnerin "*Nein, die in § 8 der Rahmenvereinbarung vorgesehenen Regelungen werden nicht angepasst*" musste die Antragstellerin als Mitteilung verstehen, der Rüge nicht abhelfen zu wollen. Eine eindeutigeren Zurückweisung als ein knappes "*Nein, es wird nicht angepasst*" ist kaum möglich.

(c) Die relevante 15 Tage-Frist ist auch in Gang gesetzt worden. Die Rechtsmittelbelehrung der Antragsgegnerin in Ziffer IV.4.3. der Bekanntmachung ist nicht zu beanstanden. Die gewählte Formulierung, im Falle der Mitteilung, der Rüge nicht abhelfen zu wollen, bestehe "*die Möglichkeit, innerhalb von 15 Tagen nach Eingang der Mitteilung, einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer zu stellen (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB)*", ist korrekt. Demzufolge besteht die Möglichkeit eben nur innerhalb von 15 Tagen, danach besteht dementsprechend die Möglichkeit nicht mehr. Eine Formulierung wie "*ist es zu stellen*" oder "*muss es gestellt werden*" wäre hingegen verfehlt, da der Bieter zwar die Möglichkeit hat, gegen eine Nichtabhilfe vorzugehen, hierzu jedoch gerade nicht verpflichtet ist.

(2) Soweit die Antragstellerin die im Vertragsentwurf vorgesehenen Liefertermine (§ 7) und Zahlungsmeilensteine (§ 8 Abs. 4) als unzumutbar beanstandet, ist gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB Rügepräklusion eingetreten. Es fehlt an einer rechtzeitigen Rüge der Antragstellerin.

Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller einen Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat. Die Rügeobliegenheit wird ausgelöst, wenn der Antragsteller eine feststellbare und im Streitfall vom öffentlichen Auftraggeber nachzuweisende positive Kenntnis von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen hat. Darüber hinaus muss er aufgrund laienhafter, vernünftiger Bewertung zugleich die positive Vorstellung von einem Verstoß gegen Vergabevorschriften gewonnen haben (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; Senatsbeschluss vom 19. Februar 2020, VII-Verg 27/17, BeckRS 2020, 8810 Rn. 24; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 23. Juni 2020, 11 Verg 2/20, BeckRS 2020, 37626; Dicks/Schnabel in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 160 GWB Rn. 40). Nicht

erforderlich ist die Kenntnis eines völlig zweifelsfreien und in jeder Beziehung sicher nachweisbaren Vergaberechtsfehlers, da für die Rügeobliegenheit nicht erheblich ist, ob ein Vergaberechtsverstoß tatsächlich vorliegt. Es reicht vielmehr schon das Wissen um einen Sachverhalt, der den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlaubt (Senatsbeschlüsse vom 19. Februar 2020, VII-Verg 27/17, BeckRS 2020, 8810 Rn. 24, und vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19; OLG Celle, Beschluss vom 7. Juli 2022, 13 Verg 4/22). Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

(a) Die Antragstellerin hat den Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits vor Einreichung des Nachprüfungsantrags erkannt, wie sich aus dem Inhalt der Bieterfragen 66 und 67 ergibt.

Insoweit ist ausreichend, dass die Antragstellerin die diesbezüglichen Anforderungen als in einem Vergabeverfahren für den Bieter unzumutbar erachtet hat. Dies gilt auch für die mit der Bieterfrage 67 beanstandeten Lieferfristen, wo sie ausführt, sie sehe eine Lieferung von zwei Schiffen 18 Monate nach Zuschlag als nicht möglich an, da der Konstruktionsvorlauf nicht ausreiche. Dass das Verlangen einer unmöglichen Leistung eine auch vergaberechtlich unzumutbare Anforderung darstellt, ist auch für den juristischen Laien klar. Dass Unmögliches nicht verlangt werden kann, gehört zum kaufmännischen Allgemeinwissen. Gleiches gilt für ihr Vorbringen, die Lieferung der optionalen Schiffe in zwölf Monaten ab dem unbestimmten Zeitpunkt der Bestellung sei nicht realistisch, weil das notwendige Material erst mit der Beauftragung bestellt werden könne und die Lieferfristen für einige Komponenten wie Generatoren über ein Jahr betrügen. Auch von der Fälligkeit der Schlussrechnung über 30 Prozent erst nach Abarbeitung aller Restpunkte, nach § 8 Abs. 4 der Rahmenvereinbarung hatte die Antragstellerin ausweislich ihrer Bieterfrage 66 Kenntnis. Soweit dort die Schlussrechnung mit 35 Prozent ausgewiesen ist, ist dies unschädlich, weil ihr damit ihr diesbezügliches Anliegen nur um so gewichtiger erscheinen musste. Dabei zeigt ihr Anliegen, diese Zahlung in einen 30-prozentigen Anteil nach Übergabe und fünf Prozent nach Abarbeitung der Restpunkte aufzuteilen, dass sie die vorgesehene Aufteilung als für sie als Bieter unzumutbar benachteiligend erachtet hat.

(b) Innerhalb der Frist von 10 Kalendertagen ist eine Rüge der Antragstellerin nicht erfolgt.

(aa) Anders als die Vergabekammer angenommen hat, erfüllt der Inhalt der Bieterfragen 66 und 67 die an eine Rüge zu stellenden Anforderungen nicht. Die Antragstellerin übt zwar Kritik an der Ausgestaltung der Vergabeunterlagen. Diese ist aber verbunden mit der Anregung, die in Rede stehenden Regelungen anders zu gestalten. So hat die Antragstellerin in Frage 66 nach Wiedergabe der vertraglichen Regelung zu den Zahlungsmodalitäten ausgeführt, sie wolle "*fragen, ob es möglich*" sei, die Schlussrechnung so in zwei Positionen

aufzusplittern, so dass der größere Teil bereits nach Übergabe und nur fünf Prozent erst nach Abarbeitung der Restpunkte fällig sei. Die Frage schließt mit den Worten "*Würden Sie dieser Splittung zustimmen?*". Dies konnte die Antragsgegnerin lediglich als höfliche Anregung verstehen, nicht jedoch als unmissverständliche Beanstandung der Regelung, die von der Antragstellerin so nicht hingenommen werde. Gleiches gilt für die Frage 67. Dort hat die Antragstellerin zwar ausgeführt, sie sehe eine Lieferung der ersten beiden Schiffe innerhalb von 18 Monaten wegen des konstruktiven Aufwands als nicht möglich und der weiteren Schiffe in zwölf Monaten wegen der Lieferzeiten als nicht realistisch an. Sie schließt jedoch mit den expliziten Fragen, ob sie das erste Schiff nicht nach 20 Monaten und das dritte nach 18 Monaten abliefern könne. Auch dies konnte die Antragsgegnerin folglich noch als bloße Anregung verstehen. Die Antragstellerin hat ihre Bieterfragen im Übrigen auch selbst nicht als Rügen angesehen, sondern nach Erhalt der Mitteilung nach § 134 GWB mit Anwaltsschreiben vom 19. März 2024 ein unzumutbares Wagnis mit Blick auf Schwierigkeiten bei Kalkulation und Lieferterminen sowie die Ausgestaltung der Zahlungsmeilensteine gerügt, ohne dabei die Auffassung zu vertreten, diese Aspekte bereits mit ihren Bieterfragen gerügt zu haben.

(bb) Ihrer Rügeobliegenheit ist die Antragstellerin nicht mit ihrem Begleitschreiben zum Angebot vom 20. Dezember 2023 nachgekommen. Den diesbezüglichen Ausführungen der Vergabekammer (Beschluss Seite 20) ist nichts hinzuzufügen.

(c) Eine Rüge war auch nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausnahmsweise entbehrlich (Senatsbeschluss vom 14. Dezember 2022, VII-Verg 11/22). Eine Rüge kann zwar im Einzelfall entbehrlich sein, wenn der Bieter nach den Umständen davon ausgehen muss, dass sie offensichtlich aussichtslos ist, weil der öffentliche Auftraggeber vor Einleitung des Vergabenachprüfungsverfahrens eindeutig zu erkennen gibt, dass er unumstößlich an seiner Entscheidung festhält und auch auf eine Rüge unter keinen Umständen von seiner Entscheidung abrücken wird (st. Rspr., zuletzt Senatsbeschluss vom 14. Dezember 2022, VII-Verg 11/22). Der Grundsatz von Treu und Glauben schützt seinem Wesen nach aber nur berechtigtes Vertrauen, der Bieter muss darauf vertraut haben, dass eine Rüge offensichtlich aussichtslos ist und dieses Vertrauen muss aufgrund der Umstände berechtigt gewesen sein. Vorliegend fehlt es bereits am Vertrauen der Antragstellerin in die Aussichtslosigkeit einer Rüge, wie ihre Rüge mit Anwaltsschreiben vom 29. März 2024 zeigt. Hätte die Antragstellerin eine Rüge nach den Bieterfragen für aussichtslos erachtet, hätte sie gleich einen Nachprüfungsantrag gestellt und nicht nach Erhalt der Mitteilung nach § 134 mit Anwaltsschreiben vom 19. März 2024 zunächst ein unzumutbares Wagnis mit Blick auf Schwierigkeiten bei Kalkulation und Lieferterminen sowie die Ausgestaltung der Zahlungsmeilensteine gerügt.



(3) Soweit die Antragstellerin in der Beschwerdeschrift erstmals die Regelungen in § 8 Abs. 9-12 des Vertragsentwurfs zum Preisanpassungsanspruch und Kündigungsrecht als widersprüchlich, ggfls. unwirksam oder unklar kritisiert und geltend macht, ein hierauf gestützter Vergaberechtsverstoß sei nicht erkennbar im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB, weshalb keine Rügepräklusion vorliege, ist dem nicht zu folgen.

Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB müssen Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Die Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften ist objektiv zu bestimmen. Eine die Rügeobliegenheit auslösende Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften ist - immer bezogen auf den konkreten Einzelfall - zu bejahen, wenn der Verstoß von einem durchschnittlich fachkundigen Bieter des angesprochenen Bieterkreises bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen erkannt werden kann (Senatsbeschlüsse vom 3. April 2019, VII-Verg 49/18; vom 26. Juli 2018, VII-Verg 23/18; vom 28. März 2018, VII-Verg 54/17, und vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, BeckRS 2020, 1327 Rn. 37). Dabei muss sich die Erkennbarkeit sowohl auf die den Verstoß begründenden Tatsachen als auch auf deren rechtliche Beurteilung beziehen (vgl. Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 160 Rn. 49). Im Hinblick auf Vergabeunterlagen wird damit als Voraussetzung einer Rügepräklusion gefordert, dass der Inhalt der Unterlagen bei laienhafter rechtlicher Bewertung, also ohne Bemühung besonderen Rechtsrats, auf einen Vergaberechtsverstoß hindeutet. Das setzt regelmäßig voraus, dass die Rechtsvorschriften, gegen die verstoßen wird, zum allgemeinen und grundlegenden Wissen der beteiligten Bieterkreise gehören (Senatsbeschlüsse vom 26. Juli 2018, VII-Verg 23/18 und vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, BeckRS 2020, 1327 Rn. 37; OLG München, Beschluss vom 22. Oktober 2015, Verg 5/15). Der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem durchschnittlich erfahrenen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebots bzw. seiner Bewerbung auffallen muss (Senatsbeschluss vom 3. Aug. 2011, Verg 16/11, ZFBR 20212, 72, 74). Einer exakten rechtlichen Einordnung des Vergaberechtsverstoßes durch den Bieter bedarf es jedoch nicht (OLG Schleswig, Beschluss vom 22. Januar 2019, 54 Verg 3/18, BeckRS 2019, 590 Rn. 48). Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen war erkennbar, dass auch die Regelungen in § 8 Abs. 9-12 des Vertragsentwurfs zum Preisanpassungs- und Kündigungsrecht Einfluss auf die mit Bieterfrage 65 gerügte Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation haben kann, weil der Auftraggeber danach dem Preiserhöhungsverlangen mit der Folge widersprechen kann, dass die Erhöhung nicht wirksam wird.

b) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet, soweit die Antragstellerin gestützt auf die Erklärungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vor der

Vergabekammer geltend macht, es läge ein Missbrauch der Rahmenvereinbarung infolge fehlender Vergabereife vor, weil nur die Finanzierung der Mindestabnahmemenge von insgesamt vier Booten gesicherte sei, hingegen die Finanzierung der übrigen neun Boote völlig ungewiss sei.

aa) Die Antragstellerin konnte ihren Nachprüfungsantrag gestützt auf dieses Vorbringen in zulässiger Weise erweitern.

Zwar war die Vergabekammer gehindert, den nachterminlichen Vortrag der Antragstellerin zu berücksichtigen. Nach § 166 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GWB entscheidet die Vergabekammer aufgrund mündlicher Verhandlung. In tatsächlicher Hinsicht berücksichtigungsfähig ist folglich nur, was Gegenstand der mündlichen Verhandlung war; der tatsächliche Inhalt nachgereichter Schriftsätze darf folglich nicht verwertet werden (Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 7. Aufl. 2024, GWB § 65 Rn. 3; Johanns/ Roesen, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, GWB § 65 Rn. 3). Der Vortrag ist allerdings als Teil der Beschwerdebegründung zu berücksichtigen. Der Beschwerdeführer kann die Beschwerde auch mit neuem Tatsachenvortrag begründen und neuen Tatsachenvortrag selbst noch nach Ablauf der Beschwerdefrist in das Beschwerdeverfahren einführen (Dicks/Willner in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 172 Rn. 14). Ein Novenausschluss, wie ihn § 531 Abs. 2 ZPO für das zivilprozessuale Berufungsverfahren vorsieht, kennt das Vergabenachprüfungsverfahren nicht (Senatsbeschluss vom 1. Dezember 2015, VII-Verg 20/15, BeckRS 2016, 2948 Rn. 37). Auch eine die Zulässigkeit von Klageänderungen in der Rechtsmittelinstanz beschränkende Norm wie § 533 ZPO existiert nicht. Der Antragsteller ist daher auch im Beschwerderechtszug nicht gehindert, weitere mögliche Vergaberechtsverstöße zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens zu machen; dies im Übrigen selbst dann, wenn das Nachprüfungsverfahren zunächst unzulässig war, weil es aufgrund eines nicht, nicht unverzüglich oder inhaltlich unzureichend gerügten Verstoßes eingeleitet worden ist (Senatsbeschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10, ZfBR 2011, 508, 512). Es muss sich nur um einen weiteren Vergaberechtsverstoß handeln, der zulässig beanstandet, insbesondere nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert ist (Senatsbeschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10, ZfBR 2011, 508, 512). Vorliegend ist die Antragstellerin mit ihrer Beanstandung einer missbräuchlichen Wahl der Rahmenvereinbarung aufgrund mangelnder Vergabereife schon deswegen nicht präkludiert, weil sie dies erst aus dem Vortrag der Antragsgegnerin erfahren hat.

bb) Der insoweit zulässige Nachprüfungsantrag ist begründet. Die gewählte Rahmenvereinbarung verstößt gegen das Missbrauchsverbot (§ 21 Abs. 1 S. 3 VgV).

(1) Ein Missbrauch der Rahmenvereinbarung liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber diese zu anderen als den mit der Rahmenvereinbarung verbundenen Zwecken einsetzt. Der Auftraggeber hat in sämtlichen Phasen des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere den Grundsatz der Transparenz und der Gleichbehandlung zu beachten (Poschmann in Müller-Wrede, VgV, § 21 Rn. 22). Die Anwendung einer Rahmenvereinbarung darf diese Grundsätze nicht aushöhlen. Sinn und Zweck der Rahmenvereinbarung ist es, dem öffentlichen Auftraggeber eine flexiblere Auftragsvergabe für den Fall zu ermöglichen, dass bei bestehendem Beschaffungsbedarf und konkreter Beschaffungsabsicht einzelne Vertragsbestandteile wie etwa das genaue Auftragsvolumen oder die Leistungszeit noch nicht abschließend feststehen und nicht bestimmt werden können. Ohne die Möglichkeit einer Rahmenvereinbarung müsste der öffentliche Auftraggeber zuwarten, bis er die Vertragsbestandteile bestimmen kann, und seinen Bedarf zeitlich gestaffelt durch Abschluss von Einzelaufträgen decken. Durch die Rahmenvereinbarung kann er die Vergabe von Einzelaufträgen in einem einzigen Vergabeverfahren bündeln.

Ihm ist es insbesondere in Bezug auf die Festlegung des Auftragsvolumens nach § 21 Abs. 1 S. 2 VgV gestattet, das in Aussicht genommene Auftragsvolumen nur "*so genau wie möglich*" zu ermitteln und bekannt zu gegeben; er muss es nicht abschließend festlegen. Charakteristisch für eine Rahmenvereinbarung ist daher, dass bestimmte Bedingungen für die Einzelaufträge wie zum Beispiel der Lieferzeitpunkt oder das genaue Auftragsvolumen bei ihrem Abschluss noch nicht festgelegt werden können und damit offen sind (Senat, Beschluss vom 30.11.2009, Verg 32/09). Ein Missbrauch einer Rahmenvereinbarung liegt daher vor, wenn die Flexibilität dieses Instruments gar nicht benötigt wird, weil alle Bedingungen abschließend festgelegt werden können. Gleiches gilt, wenn eine Rahmenvereinbarung der Befriedigung eines Beschaffungsbedarfs dient, der allenfalls theoretischer Natur ist, denn die zu beschaffenden Leistungen müssen auf einem grundsätzlichen Bedarf und auf eine ernsthafte Vergabeabsicht des öffentlichen Auftraggebers zurückzuführen sein (Poschmann in Müller-Wrede, VgV § 21 Rn. 71; Brauser-Jung in RKMPP, VgV § 21 Rn. 35). Missbräuchlich ist es daher auch, wenn die Ausschreibung eine Beauftragung nur in Aussicht stellt, der öffentliche Auftraggeber hierauf jedoch keinerlei Einfluss besitzt (KG, Beschluss v. 17.02.2005, Verg 27/04; Bay OLG, Beschluss v. 17.02.2005 Verg 27/04).

(2) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Antragsgegnerin die Rahmenvereinbarung zu vergabefremden Zwecken eingesetzt, weil eine Beauftragung über die vereinbarte Mindestabnahmemenge hinaus infolge ungesicherter Finanzierung völlig ungewiss und eine Information der Bieter hierüber unterblieben ist.

(a) Im Vergaberecht gilt der anerkannte Grundsatz der Vergabereife. Danach soll der Auftraggeber ein Vergabeverfahren erst dann ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann. Dieser Grundsatz gilt zum Schutz der Bieter in jedem Vergabeverfahren, gleichviel, welchem Rechtsregime das Verfahren unterliegt und ob die jeweilige Verfahrensordnung dies ausdrücklich bestimmt (Senatsbeschluss vom 27. November 2013, VII-Verg 20/13; Hermann in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, VgV § 63 Rn. 40). Zur Vergabereife gehört daher auch, dass die Vergabestelle im Zeitpunkt der Ausschreibung in der Lage sein muss, das Vorhaben durch entsprechend verfügbare Haushaltsmittel zu finanzieren (Senatsbeschluss vom 26. Juni 2013, VII-Verg 2/13, ZfBR 2014, 88, 91). Der öffentliche Auftraggeber hat Vorsorge für eine zumindest im wesentlichen ausreichende Finanzierung zu sorgen (BGH, Urteil vom 8. September 1998, X ZR 48/97, NJW 1998, 3636, 3637; Senatsbeschluss vom 27. November 2013, VII-Verg 20/13; OLG Brandenburg, Beschluss vom 12. März 2024, 19 Verg 1/23, BeckRS 2024, 7190 Rn. 18; Eichler in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, Teil 1 Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 249). Es müssen hinreichende Mittel für das Projekt im Haushalt als Ausgabe oder als Verpflichtungsermächtigung veranschlagt worden sein; gesichert ist die Finanzierung, wenn die Mittel zugewiesen oder die erforderliche Verpflichtungsermächtigung erteilt ist (Mutschler-Siebert/Quieser: Sinn und Zweck der Vergabereife und ihre Bedeutung für das Beschaffungswesen).

Für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung wird in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten, dass eine Vorabfinanzierung sämtlicher später in Erwägung gezogener Leistungen nicht erforderlich ist bzw. nicht abschließend gesichert sein muss (Portz VergabeR 2014, 523, 5224; Kullack/Terner ZfBR 2004, 346, 349; Biemann in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Auflage, GWB § 103 Abs. 5 Rn. 7; Mädler in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022; GWB § 103 Rn. 181).

(b) Es bedarf vorliegend keiner Entscheidung, in welchem Umfang die Finanzierung des voraussichtlichen Beschaffungsbedarfs bei Abschluss der Rahmenvereinbarung gesichert sein muss. Steht - so wie hier - bei Abschluss der Rahmenvereinbarung nur die Finanzierung eines Teils des voraussichtlichen Beschaffungsbedarfs fest, muss hinsichtlich der übrigen Teile zumindest die begründete, auf objektive Anhaltspunkte gestützte Erwartung bestehen, dass die Finanzierung auch dieser Einzelaufträge sichergestellt und der bestehende Beschaffungsbedarf gedeckt werden kann, da anderenfalls die Durchführung der Beschaffung teilweise noch völlig offen ist. Eine solche begründete Erwartung kann beispielsweise angenommen werden, wenn durch die Rahmenvereinbarung ein wiederkehrender Beschaffungsbedarf im Bereich von Massenwaren und -dienstleistungen

(z.B. Büromaterial, Streusand, regelmäßig wiederkehrende Postdienstleistungen, Rabattverträge bei Arzneimitteln u.ä.) gedeckt werden soll. Da die genannten Waren und die Dienstleistungen regelmäßig benötigt werden, werden die hierfür erforderlichen Haushaltsmittel turnusmäßig im jährlichen Haushaltsplan Berücksichtigung finden.

Anders liegt der Fall bei besonderen und nicht turnusmäßigen wiederkehrenden Beschaffungsvorhaben, wie das vorliegende Verfahren zeigt. Hier kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die erforderlichen Haushaltsmittel für den Abruf von neun weiteren Booten bereitgestellt werden. Wie die Vertreter der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bekräftigt haben, liegt eine Finanzierungszusage nur für die Mindestbestellmenge von insgesamt vier Booten vor. Eine Verpflichtungsermächtigung gemäß §§ 5, 22 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) und § 6 Bundeshaushaltsordnung existiert für die optionalen neun Boote nicht. Es besteht auch keine begründete Erwartung, dass die erforderlichen Haushaltsmittel aller Voraussicht nach bewilligt werden. Nach eigenen Angaben der Antragsgegnerin ist völlig ungewiss, ob die optionalen Boote in den nächsten Jahren finanziert werden können, da eine solche Mittelbereitstellung von vielen Faktoren insbesondere der allgemeinen wirtschaftlichen und politischen Lage abhängt, die weder vorhersehbar noch beeinflussbar seien. Demzufolge konnte die Antragsgegnerin auch keine Aussage dazu treffen, ob es ihr in den nächsten Jahren gelingen wird, die erforderlichen Mittel ganz oder teilweise "*einzuwerben*". Entschließt sich der öffentliche Auftraggeber in einem solchen Fall - völlig ungewisse Finanzierung eines erheblichen Teils der Einzelaufträge - gleichwohl für eine Rahmenvereinbarung muss er die Bieter über dieses Finanzierungsrisiko informieren. Unterbleibt eine solche Information werden die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung beeinträchtigt und damit die Rahmenvereinbarung missbräuchlich angewandt.

Es entspricht allgemeiner Erfahrung und berechtigter Erwartung der Teilnehmer an einer Ausschreibung, dass vor einer Ausschreibung zunächst Vorsorge für eine ausreichende Finanzierung getroffen wird. Da die Finanzierung für die spätere Auftragsvergabe und im Falle einer Rahmenvereinbarung für die späteren Einzelaufträge ein wesentlicher Umstand ist, darf jeder Bewerber auch ohne besondere Rückfrage erwarten, zusammen mit der Ausschreibung informiert zu werden, wenn die Finanzierung nicht sichergestellt und damit die Durchführung der Beschaffung ganz oder teilweise im Ergebnis noch völlig offen ist (vgl. BGH, Urteil v. 08.09.1998, X ZR 48/97). Dementsprechend durfte der Bieter bei der Kalkulation der in § 8 des Vertragsentwurfs vorgesehenen und für zwei Jahre verbindlichen Festpreise unter Berücksichtigung der in § 8 Abs. 9 vorgesehenen Preisanpassungsklausel davon ausgehen, dass es über die Mindestabnahmemenge hinaus voraussichtlich zu weiteren kalkulationsrelevanten Einzelabrufen kommen wird, obwohl der Vertrag keine

Abrufverpflichtung der Antragsgegnerin vorsah. Den Vergabeunterlagen war zu entnehmen, dass der Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin hinsichtlich der zu beschaffenden Menge feststand. Die vorhandene und veraltete Flotte an Kontroll- und Streifenbooten inklusive Tochterbooten sollte sukzessiv ersetzt werden. Dies impliziert, dass die Antragsgegnerin zur Finanzierung des Beschaffungsbedarfs grundsätzlich in der Lage sein wird. Steht aber - so wie hier - bei Ausschreibung der Rahmenvereinbarung nicht ansatzweise fest, ob es überhaupt zu einer Beauftragung weiterer neun Boote kommen wird, weil nicht absehbar ist, ob die erforderlichen Haushaltsmittel zur Verfügung stehen werden, ist eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation ohne Kenntnis der offenen Finanzierungsfrage nicht möglich.

cc) Eine Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung sieht das Vergaberecht nicht vor. Nach § 179 Abs. 2 GWB kann die Sache dem Bundesgerichtshof nur dann vorgelegt werden, wenn das Oberlandesgericht von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen will. Andere Entscheidungen betreffend die vorliegende Rechtsfrage existieren jedoch bislang nicht.

Auch eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union ist nicht veranlasst. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung Schätzmenge und Höchstmenge anzugeben hat und damit klargestellt, dass die Rahmenvereinbarung der Ungewissheit über die Bedarfsmenge in gewissen Grenzen Rechnung tragen soll. Im Übrigen gilt auch nach Art. 33 Abs. 1 UAbs. 1 der Vergaberichtlinie, dass öffentlichen Auftraggeber Rahmenvereinbarungen nur abschließen können, sofern sie die in dieser Richtlinie genannten Verfahren anwenden. Dafür, dass der öffentliche Auftraggeber das Instrument der Rahmenvereinbarung auch aufgrund einer nur teilweise gesicherten Finanzierung nutzen können soll, ist folglich nichts ersichtlich.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3, Abs. 4, § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 Satz 1 GWB. Vor dem Hintergrund, dass ihr Nachprüfungsantrag begründet ist, soweit sich die Antragstellerin gegen die Wahl einer Rahmenvereinbarung wendet, und unzulässig, soweit sie ein ungewöhnliches Wagnis moniert, entspricht es der Billigkeit, die Kosten gegeneinander aufzuheben mit der Folge, dass die Antragstellerin einerseits und die Antragsgegnerin sowie die Beigeladene andererseits die Verfahrenskosten je zur Hälfte und alle Beteiligten ihre notwendigen Auslagen jeweils selbst zu tragen haben. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich auch eine Entscheidung über die Notwendigkeit der Beiziehung

von Verfahrensbevollmächtigten.

Neben der Antragsgegnerin ist auch die Beigeladene kostenrechtlich verpflichtet. Ein Beigeladener ist dann kostenrechtlich wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn er die durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren auch nutzt, indem er sich an diesem Verfahren beteiligt. Hierfür bedarf es einer sachlichen Stellungnahme zur sofortigen Beschwerde (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Es bedarf folglich einer aktiven Beteiligung am Verfahren, in deren Rahmen der Beigeladene nicht nur erfolgreich eigene Anträge gestellt, sondern diese begründet oder das Verfahren sonst wesentlich gefördert hat (Senatsbeschluss vom 17. Mai 2004, Verg 12/03, BeckRS 2005, 3569; OLG Celle, Beschluss vom 12. Januar 2012, 13 Verg 9/11, BeckRS 2012, 1456). Dies ist vorliegend geschehen. Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin (Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56). Maßgeblich für die Wertermittlung ist bei Rahmenverträgen nach § 3 Abs. 4 VgV die Höchstabnahmemenge. Die zu Liefer- und Dienstverträgen, bei deren Wertermittlung nach § 3 Abs. 1 VgV Optionen zu berücksichtigen sind, ergangene Rechtsprechung, wonach die Ungewissheit darüber, ob der Auftraggeber das Optionsrecht ausüben wird, mit einem angemessenen Abschlag vom vollen Auftragswert zu berücksichtigen ist (BGH, Beschluss vom 18. März 2014, X ZB 12/13), ist auf Rahmenvereinbarungen nicht übertragbar (Senatsbeschluss vom 17. April 2023, VII-Verg 36/21).

Zitiervorschlag:

OLG Düsseldorf Urt. v. 18.9.2024 – Verg 16/24, IBRRS 2025, 0955

© Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG 2025