

**Gericht:** OLG Düsseldorf Vergabesenat  
**Entscheidungsdatum:** 28.09.2022  
**Aktenzeichen:** Verg 2/22  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2022:0928.VERG2.22.00  
**Dokumenttyp:** Beschluss  
**Quelle:**



**Zitiervorschlag:** OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. September 2022 – Verg 2/22 –, juris

## Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer des Rheinlands vom 10.01.2022 (VK 18/21 - L VK Rheinland) aufgehoben.

Den Antragsgegnerinnen wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das streitgegenständliche Vergabeverfahren betreffend den Losblock I in den Stand vor der Absendung der Bekanntmachung zurückzusetzen und die Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats in Bezug auf die anzugebenden Höchst-mengen zu überarbeiten.

Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin haben die Antragsgegnerinnen als Gesamtschuldner zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen.

## Gründe

### I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich gegen die beabsichtigte Erteilung der Zuschläge - für das Los 1 an die Beigeladene zu 1) sowie für das Los 2 an die Beigeladene zu 2) - und begehrt, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Durchführung des Verhandlungsverfahrens zurückzusetzen.
- 2 Mit Bekanntmachung vom 16.07.2022 wurde die "telefonische und schriftliche Vorgangsbearbeitung BW 01/20" betreffend Anfragen von Beitragskontoinhabern im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer..., Anlage Ast 1). Vorgesehen ist eine Vertragslaufzeit bis zum 31.12.2024, wobei gemäß § 25 des Rahmenvertrags auf Verlangen des C. eine fünfmalige Verlängerung des Vertrages um jeweils 6 Monate erfolgen kann.
- 3 Die Ausschreibung war in vier Losblöcke und insgesamt fünf Lose aufgeteilt. Der Losblock I umfasste die Lose 1 und 2. Gemäß Ziff. II.2.9) und Ziff. II.2.14) der Bekanntmachung konnten sich die Bewerber auf mehrere Lose bewerben, wobei sie nur in einem

Losblock zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden, selbst wenn sie in mehreren Losblöcken die Anforderungen erfüllten, unter denen sie zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden konnten. Eine Aufforderung sollte in dem Losblock erfolgen, in dem sie die meisten Punkte erreichten, beziehungsweise bei gleicher Punktzahl in mehreren Losblöcken in demjenigen, der als präferierter Losblock angegeben wurde. Ein Bieter durfte nur auf ein Los eines Losblocks den Zuschlag erhalten (vgl. Ziff. 1 Vergabebedingungen, Anlage Ast 3).

- 4 Die Antragstellerin wurde, nachdem sie ihren Teilnahmeantrag vom 12.08.2020 abgegeben hatte, in dem sie als Präferenz Los 1 angegeben hatte, zur Angebotsabgabe im Losblock I aufgefordert.
- 5 Zuschlagskriterien sind ausweislich Ziff. II.2.5) der Bekanntmachung und Ziff. 5.2 der Vergabebedingungen mit 50 Prozent der Preis und 50 Prozent die Qualität, wobei sowohl im Rahmen der Preisbewertung als auch im Rahmen der Qualitätsbewertung jeweils 100 Punkte vergeben werden. Gemäß Ziff. 5.2.1 der Vergabebedingungen erhält der Bieter, der den niedrigsten Gesamtbruttopreis anbietet 100 Punkte. Alle höheren Preise werden mit dem Preis des niedrigsten Anbieters verglichen und die Punktzahl in dem Prozentsatz herabgesetzt, in dem der Gesamtpreis über dem preisgünstigsten Preis liegt. Betreffend die Qualität werden die Punkte gemäß Ziff. 5.2.2 der Vergabebedingungen entsprechend einer vorgegebenen Bewertungsmatrix vergeben.
- 6 § 5 des Rahmenvertrags regelt das Auftragsvolumen und die Abnahmeverpflichtung der Auftragnehmer wie folgt:
- 7 *"§ 5 Auftragsvolumen und die Abnahmeverpflichtung*
- 8 *(1) Der C wird dem Auftragnehmer das erwartete Auftragsvolumen für das jeweils folgende Quartal mindestens 1 Monat vor Ablauf des laufenden Quartals bekannt geben (= beauftragte Quartalsmenge). Die beauftragte Quartalsmenge wird vom C. nicht garantiert und kann innerhalb des Quartals um bis zu +/- 10% schwanken. Von einem Quartal zum folgenden Quartal kann das Auftragsvolumen um bis zu +/- 20% schwanken.*
- ...
- 9 *(2) Der Auftragnehmer ist bei rechtzeitiger Ankündigung gemäß Absatz 1 dazu in der Lage, im folgenden Quartal ein Auftragsvolumen zu bearbeiten, das bis zu 20% über der beauftragten Quartalsmenge des laufenden Quartals liegt.*
- 10 *(3) Der Auftragnehmer ist zur Abnahme der angekündigten Vorgangsmenge für das folgende Quartal verpflichtet.*
- 11 *(4) Die Abnahmepflicht gilt nicht,*
- 12 *a. sofern und soweit das Vorgangsvolumen im folgenden Quartal mehr als 20% über demjenigen des vorangegangenen Quartals liegen sollte. In diesem Fall werden die Parteien für den über 20% liegenden Teil miteinander abstimmen, inwieweit und ab welchem Zeitpunkt der Auftragnehmer die Bearbeitung der zusätzlichen Vorgänge zu den in diesem Vertrag festgelegten Konditionen ebenfalls übernehmen kann und wird.*

- 13 *b. sofern und soweit die Erhöhung in einem Kalenderjahr 10% des ausgeschriebenen Jahresvolumens übersteigt. Auch in diesem Fall werden die Parteien eine einvernehmliche Regelung zur Bearbeitung der Mehrmenge treffen.*  
 ... "
- 14 § 6 Abs. 4 des Rahmenvertrags räumt den Antragsgegnerinnen die Möglichkeit ein, die nach § 6 Abs. 2 vorgesehenen Servicezeiten für die schriftliche Vorgangsbearbeitung (6:30 bis 19:00 Uhr) sowie die nach § 6 Abs. 3 vorgesehenen Zeiten für die telefonische Vorgangsbearbeitung (7:00 bis 19:00 Uhr) auf die Zeiten 6:00 Uhr bis 22:00 Uhr auszu-dehnen.
- 15 § 8 des Rahmenvertrages räumt den Antragsgegnerinnen bei der Vorgangsbearbeitung die Vornahme einseitiger Verfahrensänderungen wie folgt ein.
- 16 *"§ 8 Bekanntgabe von Verfahrensänderungen*
- 17 *Der C. wird dem Auftragnehmer bei der Vorgangsbearbeitung zu beachtende Verfahrensänderungen binnen angemessener Frist vor Inkrafttreten mitteilen.*
- 18 *Diese Verfahrensänderungen sind vom Auftragnehmer grundsätzlich innerhalb von 5 Arbeitstagen umzusetzen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt, wenn umfangreiche Schulungen im Sinne des § 13 Abs. 3 erforderlich sein sollten."*
- 19 Gemäß § 9 Abs. 1 des Rahmenvertrags wird der Auftragnehmer pro ordnungsgemäß bearbeiteten Vorgang entsprechend dem im Angebot angegebenen Einzelpreis bezahlt. § 9 Abs. 3 des Rahmenvertrags enthält die nachfolgende Preisanpassungsklausel für die schriftliche Vorgangsbearbeitung:
- 20 *"§ 9 Preise*  
 ..
- 21 *(3) Änderungen der vom C. angegebenen vergleichbaren Bearbeitungszeiten der schriftlichen Vorgänge eines Themengebiets, die länger als 6 zusammenhängende Monate vorliegen und weiterhin andauern, und die nicht auf die Einarbeitung neuer Mitarbeiter/innen während des laufenden Vertragsverhältnisses zurückzuführen sind, führen zu folgenden Vertragsanpassungen:*
- 22 *Erhöhung/Reduzierung der Bearbeitungszeit von bis zu 10% (inkl. 10%): keine Preisänderung*
- 23 *Erhöhung/Reduzierung der Bearbeitungszeit von mehr als 10%: Preisänderung*
- 24 *Eine Preisanpassung bei Änderungen der Bearbeitungszeiten kann frühestens mit vollständiger Produktionsaufnahme durch den jeweiligen Auftragnehmer vorgenommen werden. Die Preisanpassungen erfolgen nicht rückwirkend, sondern zum Monatsersten des auf die Bitte des Auftragnehmers/C. um Preisanpassung folgenden Monats. ... ."*
- 25 § 9 Abs. 4 des Rahmenvertrags enthält eine vergleichbare Preisanpassungsregelung für die telefonische Vorgangsbearbeitung.

- 26 Die Leistungsanforderungen sind näher unter Ziff. 7 der Leistungsbeschreibung (Anlage Ast 4) festgelegt. Demnach erfolgt die Auftragserfüllung durch den Auftragnehmer auf der Grundlage einer seitens der Antragsgegnerinnen erstellten Arbeitsanweisung. Eine Änderung der Arbeitsanweisung haben sich die Antragsgegnerinnen gemäß Ziff. 7.2 vorletzter Absatz betreffend die telefonischen Anfragen und gemäß Ziff. 7.3 vorletzter Absatz der Leistungsbeschreibung betreffend die schriftliche Bearbeitung wie folgt vorbehalten:
- 27 *"Der C. behält sich vor, die Arbeitsanweisung jederzeit zu überarbeiten und zu aktualisieren, wodurch auch Nachschulungsbedarf bei den Multiplikatoren/innen und Mitarbeiter/innen des Auftragnehmers entstehen kann."*
- 28 Die Antragstellerin ist Bestandsdienstleisterin und seitens der Antragsgegnerinnen seit etwa 20 Jahren mit Leistungen, wie den streitgegenständlichen betraut. Die Antragstellerin gab am 09.04.2021 zwei inhaltsgleiche Angebote für die Lose 1 und 2 ab.
- 29 Mit Schreiben vom 06.05.2021 teilten die Antragsgegnerinnen der Antragstellerin gemäß § 134 GWB mit, dass ihr Angebot nicht das wirtschaftlichste und in preislicher Hinsicht unterlegen sei. Es sei daher beabsichtigt, den Zuschlag für das Los 1 der Beigeladenen zu 1) und den Zuschlag für das Los 2 der Beigeladenen zu 2) zu erteilen.
- 30 Die Antragstellerin rügte mit Anwaltsschreiben vom 10.05.2021 (Anlage Ast 9) Vergaberechtsverstöße. Die konkrete Vertragsgestaltung erlaube den Bietern keine kaufmännisch vernünftige Kalkulation, indem der Rahmenvertrag sämtliche Risiken einseitig auf den Auftragnehmer übertrage und es weitgehend in das Belieben des C. stelle, ob und in welchem Umfang Leistungen abgefordert werden. Der Rahmenvertrag, insbesondere § 5 des Vertrags, sehe keine Mindestabnahmemenge vor, gleichzeitig werde von den Auftragnehmern verlangt, gegebenenfalls ein bis zu 20 Prozent erhöhtes Auftragsvolumen abzarbeiten unter Einhaltung ihres Qualitätskonzepts, welches eine Vorhaltung von ausreichend qualifizierten Mitarbeitern fordere. Zudem habe sich der Auftraggeber in § 6 Abs. 4 des Rahmenvertrags vorbehalten, die Servicezeiten einseitig und ohne Angabe von Gründen um täglich 4 Stunden zu verlängern. Auch das Optionsrecht des Auftraggebers, fünfmal eine Vertragsverlängerung von jeweils 6 Monaten einseitig fordern zu dürfen, stelle eine weitere Kalkulationserschwerung dar (Rüge 1). Die Angebote der Beigeladenen zu 1) und 2) seien nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 und 5 VgV von der Wertung auszuschließen, weil sie Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen und für das von ihnen vorgelegte Qualitätskonzept keinen Preis angegeben hätten. Der von den Mitbietern angebotene Preis passe nicht zu deren Qualitätskonzept, da dies kalkulatorisch ausgeschlossen sei (Rüge 2). Schließlich widerspreche die seitens der Antragsgegnerinnen angewandte Bewertungsmethode der in den Vergabebedingungen vorgegebenen Gewichtung, nach der die beiden Zuschlagskriterien (Preis und Qualität) jeweils mit 50 Prozent in die Wertung einfließen sollen. Die unter Ziff. 5.2.1 der Vergabebedingungen mitgeteilte Umrechnungsformel sei in Bezug auf die Gewichtung der Zuschlagskriterien inkonsistent und bevorzuge den Preis im Verhältnis zur Qualität (Rüge 3).
- 31 Die Antragsgegnerinnen half den Rügen mit Schreiben vom 11.05.2021 (Anlage Ast 10) nicht ab.
- 32 Daraufhin hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 12.05.2021 (Anlage Ast 11) den streitgegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt, mit dem sie ihre Rügen vom

06.05.2021 wiederholt und vertieft hat. Mit anwaltlicher Email vom 14.06.2021 rügte sie zudem, dass aus den Vergabeunterlagen nicht ersichtlich sei, nach welchen Kriterien ihre Zuordnung zu den Losblöcken erfolge, was einen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz darstelle und rügte mit weiterem Schreiben vom 02.07.2021, nur für den Losblock I und nicht für den Losblock II zur Angebotsabgabe aufgefordert worden zu sein, die Kriterien der Zuteilung der Bewerber zu den Losblöcken I und II und die Loslimitierung seien nicht transparent.

33 Auf Nachfrage der Vergabekammer hat sich die Antragstellerin gegen eine Entscheidung nach Lage der Akten ausgesprochen, mit Email vom 14.10.2021 (Anlage AG 2) jedoch die Durchführung einer Videokonferenz angeregt. Am 07.12.2021 hat die Vergabekammer die mündliche Verhandlung im Wege einer Videokonferenz durchgeführt.

34 Die Antragstellerin hat beantragt,

1.

35 a. die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor der Angebotswertung zurückzusetzen, das Angebot der Beigeladenen zu 1 und/oder das Angebot der Beigeladenen zu 2 von der Wertung auszuschließen und den Zuschlag für den Losblock 1 entweder Los 1 oder Los 2 auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen,

36 b. hilfsweise die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor Durchführung des Verhandlungsverfahrens betreffend die Losblöcke I und II zurückzusetzen;

37 2. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;

38 3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

39 Die Antragsgegnerinnen haben beantragt,

40 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

41 2. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

42 Die gemäß Beiladungsbeschluss vom 21.09.2021 zum Verfahren hinzugezogenen Beigeladenen zu 1) und 2) haben keine Anträge gestellt.

43 Die Antragsgegnerinnen haben die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladenen verteidigt.

44 Die Vergabekammer hat mit dem angefochtenen Beschluss den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin teilweise als unzulässig (betreffend die Zuteilung zu den Losblöcken sowie betreffend die Rüge zu 2) und teilweise als unbegründet (betreffend die Rügen zu 1 und 3) zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Antragstellerin sei mit ihrer Rüge nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB präkludiert, soweit sie rügt nur für Losblock I und nicht für Losblock II zur Angebotsabgabe aufgefordert worden zu sein,

und behauptet, die Kriterien der Zuteilung der Bewerber zu den Losblöcken I und II sowie die Loslimitierung seien intransparent. Die Rüge der Antragstellerin, die Angebote der Beigeladenen seien nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 und 5 VgV wegen Änderungen der Vergabeunterlagen und Nichtangabe des Preises für das von ihnen vorgelegte Preiskonzept auszuschließen (Rüge 2), sei zu unbestimmt und beruhe auf reinen Vermutungen und Angaben ins Blaue hinein, so dass die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge nicht erfüllt seien. Die konkrete Vertragsgestaltung enthielte keine solche einseitige und unzumutbare Verlagerung von Risiken auf die Auftragnehmer, dass eine kaufmännische Kalkulation nicht mehr möglich sei (Rüge 1). Auch die angewandte Bewertungsmethode stehe nicht im Widerspruch zu den in den Vergabeunterlagen angegebenen Gewichtungsregeln und stelle keinen Verstoß gegen § 127 GWB dar (Rüge 3).

- 45 Gegen den ihr am 13.01.2022 zugestellten Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 27.01.2022 - eingegangen am selben Tag - sofortige Beschwerde eingelegt. Zur Begründung der sofortigen Beschwerde führt sie aus, durch die Vergabeunterlagen werde ihr ein unzumutbares Wagnis aufgebürdet, da die Vergabeunterlagen weder Höchst- noch Mindestabnahmemengen vorsähen. Wäre eine Höchstmenge angegeben worden, hätte sie einen niedrigeren Angebotspreis kalkulieren können. Zur Angabe einer Mindestabnahmemenge seien die Antragsgegnerinnen allein deshalb verpflichtet, weil die Antragstellerin ein Call-Center, technische Einrichtungen und Personal vorhalten müsse, um den Auftrag bearbeiten zu können.
- 46 Eine Kalkulation sei ihr als Bieterin auch dadurch unzumutbar erschwert, dass sich die Antragsgegnerinnen einseitig eine Vielzahl von Änderungen vorbehalten hätten. Diese stellten wesentliche Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung dar, die nach § 21 Abs. 2 S. 3 VgV unzulässig seien, wobei schon zweifelhaft sei, ob es sich überhaupt um eine Rahmenvereinbarung im Sinne des § 21 VgV handle. So erschwere der Umstand, dass § 8 des Rahmenvertrags den Antragsgegnerinnen bei der Vorgangsbearbeitung einseitig die Möglichkeit von Verfahrensänderungen einräume, unzumutbar eine kaufmännische Kalkulation, da eine angemessene Preisanpassung, wie sie etwa §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B vorsähen, nicht vorgesehen sei. Gleiches gelte für den Umstand, dass sich die Antragsgegnerinnen nach Ziff. 7.2 der Leistungsbeschreibung (vgl. S. 14) vorbehalten haben die Arbeitsanweisung jederzeit zu überarbeiten und zu aktualisieren. Mit jeder Änderung könne sich der Inhalt der zu erbringenden Leistung ändern. Die Kalkulation sei zudem dadurch betroffen, dass sich die Antragsgegnerinnen gemäß Ziff. 3.1.1 der Leistungsbeschreibung (S. 5) die Einführung eines Sprachdialogsystems ("IVR") vorbehalten haben. Es bestehe die Gefahr, dass sich insbesondere die Anzahl der Kurztelefonate reduziere, wodurch sich greifbar das Preis-Leistungs-Verhältnis ändere, da die Antragstellerin gemäß § 9 Abs. 1 des Rahmenvertrags pauschal nach dem Einzelvorgang bezahlt werde. Zu unzumutbaren Kalkulationsrisiken führe nach Ansicht der Antragstellerin zudem der Umstand, dass sich die Antragsgegnerinnen nach § 6 Abs. 4 des Rahmenvertrags vorbehalten haben sowohl die Servicezeiten für die Bearbeitung schriftlicher Vorgänge (derzeit 6:30 bis 19:00 Uhr) als auch die Servicezeiten für die telefonische Vorgangsbearbeitung (derzeit 7:00 bis 19:00 Uhr) auszudehnen, ohne dass dies von Voraussetzungen abhängig gemacht werde, insbesondere nicht von dem prognostizierten Arbeitsaufwand. Durch geänderte Bearbeitungszeiten erhöhe sich ihr organisatorischer Aufwand für den Personaleinsatz. Mitarbeiter müssten in Wechselschichten arbeiten und seien in den frühen Morgen- und späten Abendstunden nicht so produktiv. Angesichts der Festlaufzeit des Vertrags von drei Jahren bis zum 31.12.2024 (§ 25 Abs. 1 S. 2 Rahmenvertrag) verbunden mit einer fünfmaligen Verlängerungsoption von jeweils

6 Monaten stellten die nicht vorhersehbaren Steigerungen der allgemeinen Geschäftskosten, insbesondere der Strom- und Energiekosten, ein zusätzliches unzumutbares Kalkulationsrisiko dar, weil es an einer hinreichenden Preisanpassungsklausel fehle, denn § 12 des Rahmenvertrags betreffe lediglich Mindestlohnänderungen.

47 Letztlich sei die Entscheidung der Vergabekammer verfahrensfehlerhaft unter Verstoß gegen § 166 Abs. 1 S. 1 GWB und den Grundsatz der mündlichen Verhandlung zustande gekommen, da die Vergabekammer lediglich eine Video-Verhandlung und nicht eine Präsenzverhandlung durchgeführt habe.

48 Die Antragstellerin beantragt,

49 1. den Beschluss der Vergabekammer Rheinland VK 18/21-L vom 10.01.2022 aufzuheben;

50 2. die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Durchführung des Verhandlungsverfahrens zurückzusetzen;

51 3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer auf Seiten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

52 Die Antragsgegnerinnen beantragen,

53 die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 10.01.2022 (Az VK 18/21-L) zurückzuweisen.

54 Die Antragsgegnerinnen verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer, wobei sie der Ansicht sind, die Rügen der Antragstellerin seien insgesamt nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GWB präkludiert. Mit ihrem Einwand der fehlenden Angabe von Höchstmengen, den die Antragstellerin erstmals im Beschwerdeverfahren erhoben habe, sei sie wegen Verstoßes gegen die Verfahrensförderungspflicht nach §§ 167 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 175 Abs. 2 GWB ausgeschlossen. Eine Berücksichtigung sei unzulässig, da der Vortrag bereits im Vergabenachprüfungsverfahren hätte vorgebracht werden können. Zudem sei die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 17.06.2021 (EuGH, Urt. v. 17.06.2021 - C 23/20) vorliegend nicht anwendbar. Auch könne sie aus Gründen des Vertrauensschutzes auf das streitgegenständliche umfangreiche Verhandlungsverfahren, das im Zeitpunkt der Entscheidung durch den Europäischen Gerichtshof bis auf die Zuschlagserteilung bereits abgeschlossen gewesen sei, nicht zurückwirken. Letztlich sei der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig gewesen, da er sich nicht gegen den B. habe richten dürfen.

## II.

55 Die nach §§ 171, 172 GWB zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist begründet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag vom 12.05.2021 im Ergebnis zu Unrecht zurückgewiesen.

56 1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist, soweit sie im Beschwerdeverfahren nur noch die Rüge einer unzumutbaren Kalkulation aufgrund fehlender Angaben zu Mindest- und Höchstabnahmemengen in den Vergabeunterlagen sowie einen vermeintlich

unzulässigen Vorbehalt einer Vielzahl von einseitigen Änderungsmöglichkeiten zugunsten der Antragsgegnerinnen weiterverfolgt, zulässig.

- 57 a. Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht nicht entgegen, dass zunächst fehlerhaft der B. als Antragsgegner aufgeführt worden ist.
- 58 Gemäß § 161 Abs. 2 GWB muss die Begründung des Nachprüfungsantrags die Bezeichnung des Antragsgegners enthalten. Auftraggeber und damit Antragsgegnerinnen sind tatsächlich die M., das A. und das E., diese wiederum vertreten durch die Geschäftsführung des B.. Der B. ist eine im Rahmen einer nichtrechtsfähigen öffentliche-rechtlichen Verwaltungsgemeinschaft betriebene gemeinsame Stelle der öffentlich-rechtlichen Landesrundfunkanstalten (§ 10 Abs. 7 S. 1 Rundfunkbeitragsstaatsvertrag vom 13.12.2011 i. V. m. § 2 WDR-Beitragsatzung). Mangels Rechtsfähigkeit ist er im Nachprüfungsverfahren nicht selbst beteiligungsfähig (Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 13/19, Rn 62 zitiert nach juris).
- 59 Die fehlerhafte Benennung des B. als Antragsgegner im Nachprüfungsantrag ist im Ergebnis jedoch unschädlich. Eine falsche Bezeichnung des Antragsgegners schadet dann nicht, wenn klar erkennbar ist, wer als der eigentliche Adressat des Antrags gemeint ist. In diesen Fällen kann die Vergabekammer trotz eines anders lautenden Nachprüfungsantrags den eigentlichen Auftraggeber als Beteiligten benennen und das Rubrum entsprechend berichtigen. Dies gilt bei einer fehlerhaften Bezeichnung des Antragsgegners vor allem dann, wenn sich der Nachprüfungsantrag gegen den Vertreter statt gegen den vertretenen Antragsgegner richtet, aber nach den Umständen die Stellung als Vertreter erkennbar war und der Vertreter prozessführungsbefugt ist (Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 13/19, Rn 62 zitiert nach juris; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 02.12.2014 - 11 Verg 7/14, zitiert nach juris, Rn 41; ebenso OLG Schleswig, Beschl. v. 26.09.2019 - 54 Verg 4/19). So verhält es sich hier.
- 60 b. Die Antragstellerin ist antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat durch die Abgabe ihres Angebots ihr Interesse an dem Auftrag dokumentiert. Zudem macht sie die Verletzung von Vergabevorschriften geltend und zwar eine gegen Treue und Glauben beziehungsweise gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßende Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation, durch die ihr ein Schaden durch Beeinträchtigung ihrer Zuschlagschancen droht.
- 61 c. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und die Rüge der Antragstellerin nicht nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB präkludiert, soweit sie rügt, die Vergabeunterlagen enthielten in vergaberechtlich unzulässiger Weise eine Vielzahl von Änderungsvorbehalten einseitig zugunsten der Antragsgegnerinnen und es fehlten Höchstabnahmemengen, was ihr eine vernünftige und zumutbare wirtschaftliche Kalkulation unmöglich mache.
- 62 aa. Gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller einen Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichung des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat.
- 63 Nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Vergaberechtsverstöße, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Die Erkennbarkeit eines Verstoßes gegen Vergabevorschrif-

ten 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 durchschnittlichen fachkundigen Bieter des angesprochenen Bieterkreises bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen erkannt werden kann (Senat, Beschl. v. 03.04.2019 - VII Verg 49/18, juris Rn 183; Beschl. v. 26.07.2018 - VII Verg 23/18; Beschl. v. 28.03.2018 - VII Verg 54/17, juris Rn 17 und Beschl. v. 15.01.2020 - 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 (*Dicks*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn 49). In Bezug auf die zu rügenden Vergaberechtsverstöße, welche sich aus den Vergabeunterlagen ergeben (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB) ist für eine Präklusion mithin erforderlich, 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 (Senat, Beschl. v. 26.07.2018 - VII Verg 23/18; Beschl. v. 15.01.2020 - VII Verg 20/19, BeckRS 2020, 1327 Rn 37; OLG München, Beschl. v. 22.10.2015 - Verg 5/15, juris Rn 43). Eine Rügepräklusion kommt damit in der Regel nur für auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepaxis beruhende und ins Auge fallende Rechtsverstöße in Betracht (vgl. *Dicks*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 160 Rn 49). Der Verstoß muss so offensichtlich sein, dass er einem durchschnittlich erfahrenen Bieter bei der Vorbereitung seines Angebotes beziehungsweise seiner Bewerbung auffallen muss (Senat, Beschl. v. 03.08.2011 - VII Verg 16/11, ZFBR 2021, 72, 74). Daher genügt es nicht, wenn die gerügten Verstöße gegen das Transparenz und Wirtschaftlichkeitsgebot bereits in der Leistungsbeschreibung angelegt waren (Senat, Beschl. v. 02.05.2018 - VII Verg 3/18, zitiert nach juris Rn 24 ff.). So können etwa von einem durchschnittlich fachkundigen Bieter, auf den abzustellen ist (vgl. *Wiese*, in: Kulartz / Kus / Portz / Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, § 160 GWB Rn. 157 mwN), etwa vertiefte Rechtskenntnisse, die es erlauben, die Vergaberechtskonformität eines Bewertungssystems zu beurteilen, nicht zu erwartet werde (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.04.2015, VII-Verg 35/14, juris Rn. 59).

- 64 bb. Ausgehend von diesen Maßstäben waren die geltend gemachten Verstöße gegen das Transparenzgebot für die Antragstellerin nicht erkennbar. Auch ist nichts dafür ersichtlich, dass die Antragstellerin die gerügten Vergaberechtsverstöße im Sinne des § 160 Abs. 3 Nr. 1 und 3 GWB vor der Beratung durch ihre Verfahrensbevollmächtigten erkannt hätte oder hätte erkennen können.
- 65 (1) Das gilt, soweit die Antragstellerin rügt, die Antragsgegnerinnen haben sich eine Vielzahl von Änderungsmöglichkeiten vorbehalten. So war zwar die in § 8 des Rahmenvertrags den Antragsgegnerinnen vorbehaltene Möglichkeit Verfahrensänderungen bei der Vorgangsbearbeitung vorzunehmen einschließlich der gerügten Preisanpassungsklausel (§ 9 Abs. 3 Rahmenvertrag) bereits den Vergabeunterlagen zu entnehmen. Ob es sich hierbei jedoch um einen vergaberechtlich noch zumutbaren Änderungsvorbehalt der Antragsgegnerinnen gehandelt hat, hätte die Antragstellerin auch als fachkundige Bieterin vorliegend nicht beurteilen können und müssen. Gleiches gilt, soweit die Antragstellerin rügt, dass sich die Antragsgegnerinnen nach Ziff. 7.2 der Leistungsbeschreibung vorbehalten haben, die Arbeitsanweisung jederzeit zu überarbeiten und zu aktualisieren, nach Ziff. 3.1.1 der Leistungsbeschreibung einseitig ein Sprachdialogsystems ("IVR") einzuführen oder nach § 6 Abs. 4 des Rahmenvertrags die Servicezeiten für die telefonische und

die schriftliche Vorgangsbearbeitung bei Bedarf einseitig auszudehnen; sowie für die Rüge, dass nach § 25 Abs. 2 des Rahmenvertrags bei einer dreijährigen Laufzeit des Vertrages den Antragsgegnerinnen eine fünfmalige einseitige Verlängerungsoption eingeräumt worden sei.

- 66 (2) Ebenfalls nicht ausgeschlossen nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 3 GWB ist die Antragstellerin mit dem Einwand, dass der Rahmenvertrag keine garantierten Höchstabnahmemengen enthalte. Die Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstößes war insoweit jedoch aufgrund der geänderten Rechtslage nicht gegeben, da der Europäischen Gerichtshofs erst mit Urteil vom 17.06.2021 (EuGH, Urt. v. 17.06.2021 - C-23/20) seine Rechtsprechung zu dieser Frage konkretisiert hat.
- 67 d. Der Nachprüfungsantrag ist hingegen unzulässig nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB, soweit die Antragstellerin das Fehlen von Mindestabnahmemengen rügt. Die Frage von Mindestabnahmemenge war bereits Gegenstand des Verhandlungsverfahrens im Zusammenhang mit der Malusregelung gewesen und hat zu einer Änderung der ursprünglichen Regelung des § 5 des Rahmenvertrages geführt. Auch sind die seitens der Antragsgegnerinnen vorgenommenen Änderungen der Antragstellerin vor Abgabe des Angebots bekannt gegeben worden und sie hätte diese zeitnah rügen können (vgl. Senat, Beschl. v. 12.02.2020 - VII Verg 24/19).
- 68 e. Der Einwand fehlender Höchstmengen, der erstmals im Beschwerdeverfahren erhoben worden ist, ist schließlich auch nicht wegen Verstoßes gegen die Verfahrensförderungspflicht nach §§ 167 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 175 Abs. 2 GWB unzulässig. Dass die Antragstellerin die in den Vergabeunterlagen fehlende Angabe von Höchstmengen mit Blick auf die Entscheidung des europäischen Gerichtshofs vom 17.06.2021 nicht bereits im laufenden - erst mit Beschluss vom 10.01.2022 beendeten - Vergabenachprüfungsverfahren vorgebracht hat, führt nicht zu einem Ausschluss dieses Vortrags im Beschwerdeverfahren.
- 69 Eine Rügeobliegenheit bestand auch nach Bekanntwerden dieser Entscheidung für die anwaltlich vertretene Antragstellerin nicht. Die Rügepflicht des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gilt nur für Vergaberechtsverstöße, die vor Einreichung des Nachprüfungsantrags erkannt werden. Die seitens der Antragsgegnerinnen zitierten anderslautenden Entscheidungen (vgl. beispielsweise OLG Brandenburg, Beschl. v. 10.01.2012 - Verg W 18/11; OLG Frankfurt, Beschl. v. 11.05.2004 - 11 Verg 8/04) bezogen sich sämtlich auf § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB, die Vorgängerregelung des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB regelt nunmehr eindeutig, dass die Rügepflicht nur für Vergaberechtsverstöße besteht, die vor Einreichung des Nachprüfungsantrags erkannt werden. Bis zur Einreichung des Nachprüfungsantrags am 12.05.2021 hatte der Europäische Gerichtshof seine Entscheidung vom 17.06.2021 zu den anzugebenden Höchstmengen noch nicht getroffen.
- 70 Eine darüber hinausgehende Zurückweisung wegen eines möglichen Verstoßes gegen die Verfahrensförderungspflicht besteht nicht. Beschränkungen der Berücksichtigung neuen Vorbringens im Beschwerdeverfahren, wie sie etwa §§ 529, 531 ZPO für das Berufungsverfahren vorsehen, findet sich in den verfahrensrechtlichen Vorschriften des GWB nicht (vgl. auch *Frister*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 167 GWB Rn 20 m.w.N.). Gemäß § 167 Abs. 2 S. 1 GWB sind zwar alle Verfahrensbeteiligten im Interesse eines möglichst raschen Abschlusses des Nachprüfungsverfahrens zur Mitwirkung und Förderung des Verfahrens verpflichtet. Dazu haben sie alle Angriffs- und Verteidigungsmittel so schnell und umfassend wie möglich vorzutragen sowie Anfragen der Ver-

gabekammer zügig zu beantworten. Kommt ein Beteiligter seiner Förderungspflicht nicht nach, hat er die sich daraus ergebenden Verfahrensnachteile zu tragen. Diese verfahrensrechtlichen Nachteile bestehen allerdings nicht ohne weiteres in der Präklusion des betreffenden Angriffs- oder Verteidigungsmittels, denn das Gesetz sieht in § 167 Abs. 2 S. 2 GWB die Möglichkeit, Sachvortrag unberücksichtigt zu lassen, ausdrücklich nur für den Fall vor, dass die Vergabekammer dem Beteiligten für seinen Sach- und Rechtsvortrag eine angemessene Frist gesetzt hat und diese Frist fruchtlos verstrichen ist (vgl. auch Frister, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 167 GWB Rn 15).

- 71 f. Soweit die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag in Bezug auf die Rügen, die Angebote der Beigeladenen zu 1) und 2) seien nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 und 5 VgV von der Wertung auszuschließen (Rüge 2), die seitens der Antragsgegnerinnen angewandte Bewertungsmethode sei inkonsistent und bevorzuge den Preis (Rüge 3) sowie die Rüge, die Kriterien der Zuteilung der Bewerber zu den Losblöcken I und II sowie die Loslimitierung seien nicht hinreichend transparent, zurückgewiesen hat, greift die Antragstellerin dies mit ihrer Beschwerde nicht an.
- 72 2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Antragstellerin kann eine Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen Verstoßes gegen den Transparenzgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB) sowie wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) verlangen, da in der Bekanntmachung kein Höchstwert der gemäß der Rahmenvereinbarung zu leistenden Dienste als Gesamtwert enthalten ist.
- 73 a. Der streitgegenständliche ausgeschriebene Vertrag ist ein Rahmenvertrag im Sinne des § 103 Abs. 5 S. 1 GWB i. V. m. § 21 VgV. Rahmenvereinbarungen sind gemäß § 103 Abs. 5 S. 1 GWB, Art. 33 Abs. 1 Unterabs. 2 der RL 2014/24/EU Vereinbarungen, die dazu dienen, die Bedingungen für die öffentlichen Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis. Auf Basis der Rahmenvereinbarung ruft der öffentliche Auftraggeber zu einem späteren Zeitpunkt Einzelaufträge ab, während bei einer Ausschreibung eines Auftrags der Zuschlag für die konkrete Leistung vergeben wird (Senat, Beschl. v. 29.05.2020 - VII Verg 26/19; Senat, Beschl. v. 13.08.2014 - VII-Verg 13/14; Ganske in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., § 103 GWB Rn. 136). Die Antragsgegnerinnen haben hier den Abschluss einer Rahmenvereinbarung ausgeschlossen. Gegenstand der Beschaffung ist ausweislich Ziff. IV.1.3 der Bekanntmachung der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Auftragnehmern. Die Antragsgegnerinnen beabsichtigen auf der Grundlage des zu schließenden streitgegenständlichen ausgeschriebenen Vertrags weitere Einzelaufträge zu einem späteren Zeitpunkt abzuschließen (§ 5 Abs. 1 des Rahmenvertrags). Mit Abschluss des Rahmenvertrages sind alle Bedingungen für die Erbringung der Leistung festgelegt, insbesondere gemäß § 9 des Rahmenvertrags der Preis für die einzelne Vorgangsbearbeitung sowie die weiteren Vergütungsbedingungen einschließlich einer Preisanpassungsregelung. Nicht um einen Rahmenvertrag würde es sich lediglich dann handeln, wenn die Vergabestelle die zu erbringenden Leistungen bereits in vollem Umfang durch Abschluss des ausgeschriebenen Vertrages beschaffen und nicht auf der Grundlage des geschlossenen Vertrags weitere Einzelaufträge zu einem späteren Zeitpunkt abschließen will, auch wenn das gesamte Aufkommen nicht abschließend feststeht (vgl. für Call-Center Leistungen: Senat, Beschl. v. 29.05.2020 - VII Verg 26/19, zitiert nach juris Rn 68). So liegt der Fall vorliegend nicht. Die Antragsgegnerinnen wollen mit dem ausgeschriebenen Vertrag erkennbar nicht sämtliche Anrufe des Anrufaufkommens beziehungsweise der eingehenden schriftlichen Vorgänge der Antragstellerin über-

tragen, zumal mit den Losen 1 und 2 im Losblock I nur ein Teil der anfallenden telefonischen und schriftlichen Vorgangsbearbeitung vergeben wird.

- 74 b. Eine Vergaberechtswidrigkeit ergibt sich vorliegend nicht aus den bestehenden einseitigen Änderungsvorbehalten zugunsten der Antragsgegnerinnen (vgl. § 8 Rahmenvertrag betreffend Verfahrensänderungen bei der Vorgangsbearbeitung, § 6 Abs. 4 Rahmenvertrag betreffend Änderungen bei den Servicezeiten, Ziff. 7.2 Leistungsverzeichnis betreffend die Überarbeitung und Aktualisierung der Arbeitsanweisung und Ziff. 3.1.1 Leistungsbeschreibung betreffend die Möglichkeit der Einführung eines Sprachdialogsystems) und einem sich daraus ergebenden unzumutbaren kalkulatorischen Risikos oder einer fehlenden hinreichenden Bestimmtheit der Leistung. Der Rahmenvertrag bürdet den Bietern mit den bestehenden einseitigen Änderungsmöglichkeiten kein unzumutbares kalkulatorisches Risiko auf.
- 75 aa. Vertragsklauseln wie die vorgenannten Regelungen in dem ausgeschriebenen Rahmenvertrag werden von den Vergabenachprüfungsinstanzen grundsätzlich nicht auf ihre zivilrechtliche Wirksamkeit geprüft, da sie keine Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB sind. Außerhalb des Vergabeverfahrens und des Anwendungsbereichs vergaberechtlicher Vorschriften liegende Rechtsverstöße sind im Vergabenachprüfungsverfahren grundsätzlich nicht zu überprüfen. Sie können ausnahmsweise nur dann zum Gegenstand eines solchen Verfahrens gemacht werden, wenn es eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm gibt, die im Nachprüfungsverfahren entscheidungsrelevant ist (vgl. Senat, Beschl. v. 06.09.2017 - VII Verg 9/17; Senat, Beschl. v. 13.08.2008 - VII-Verg 42/07, juris Rn. 22; Senat, Beschl. v. 19.10.2015 -VII-Verg 30/13, juris Rn. 59; jeweils mwN).
- 76 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 (Senat, Beschl. v. 06.09.2017 - VII Verg 9/17; Senat, Beschl. v. 10.04.2013 -VII-Verg 50/12, juris Rn. 37; Senat, Beschl. v. 18.04.2012 -VII-Verg 93/11, juris Rn. 20), wobei hier dahinstehen kann, ob dies aus dem Rechtsgedanken von Treu und Glauben oder dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herzuleiten ist.
- 77 bb. Ausgehend von dem vorgenannten Prüfungsmaßstab kann auch bei einer Gesamtschau der einseitig zugunsten der Antragsgegnerinnen eingeräumten Änderungsmöglichkeiten nicht festgestellt werden, dass den Bietern eine vernünftige kaufmännische Kalkulation nicht zumutbar wäre.
- 78 Die nach § 8 des Rahmenvertrags vorgesehenen einseitigen Verfahrensänderungen bei der Vorgangsbearbeitung hat der Auftragnehmer zwar binnen fünf Tagen zu beachten und umzusetzen. Allerdings ist die fünftägige Umsetzungsverpflichtung durch § 8 S. 3 des Rahmenvertrags dahingehend eingeschränkt, dass sie nicht gilt, wenn umfangreiche Schulungen im Sinne des § 13 Abs. 3 des Rahmenvertrags (länger als 2 Tage) erforderlich sein sollten. Zudem werden durch die Verfahrensänderung bedingte längere Bearbeitungszeiten durch die Preisanpassungsklausel des § 9 Abs. 3 und Abs. 4 des Rahmenvertrags ausgeglichen, der Preisanpassungen vorsieht, wenn es durch Änderungen zu einer Erhöhung der Bearbeitungszeit von mehr als 10 Prozent kommt, die länger als

sechs Monate dauert. Auch Schulungskosten werden seitens der Antragsgegnerinnen unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 3 des Rahmenvertrags ab dem dritten Tag übernommen. Bei diesem Verständnis ist den Bietern eine vernünftige kaufmännische Kalkulation in Anbetracht des vertraglichen Zusammenhangs, in dem die Änderungsklausel des § 8 S. 2 des Rahmenvertrags steht, nicht unzumutbar. Ihnen ist zuzumuten, gewisse Preis- und Kalkulationsrisiken zu tragen (Senat, Beschl. v. 06.09.2017 - VII Verg 9/17). Zu solchen Risiken gehört auch die vorliegende Möglichkeit einer Verfahrensänderung. Den Bietern ist es unter diesen Umständen möglich und zumutbar Verfahrensänderungen, die nicht zu einer Preiserhöhung führen beziehungsweise nicht erstattungsfähige Schulungen (bis zu 2 Tage) erforderlich machen in ihrer Kalkulation zu berücksichtigen und das Risiko kalkulatorisch abzuschätzen. Soweit die Antragstellerin auf Umgehungsmöglichkeiten verweist, wäre dies im Rahmen der Frage zu klären, ob die konkrete Einzelvergabe unzulässig ist und eine wesentliche Änderung an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung im Sinne des § 21 Abs. 2 S. 3 VgV vornimmt.

- 79 Gleiches gilt in Bezug auf Ziff. 7.2 der Leistungsbeschreibung, wonach es den Antragsgegnerinnen gestattet ist, die Arbeitsanweisungen jederzeit zu überarbeiten. Unter Berücksichtigung des den Auftragnehmern durch die Möglichkeit der Preisanpassung (§ 9 Abs. 3 und 4 Rahmenvertrag) gewährten Interessenausgleichs im Falle einer Erhöhung der Bearbeitungszeit um mehr als 10 Prozent über mehr als sechs Monate, führt auch diese der Antragsgegnerinnen eingeräumte Möglichkeit der Überarbeitung der Arbeitsanweisung nicht zu einer unzumutbaren Kalkulation für den Auftragnehmer.
- 80 Die gleichen Erwägungen gelten für die seitens der Antragsgegnerinnen beabsichtigte Einführung eines Sprachdialogsystems ("IVR"). Sollten hierdurch die seitens der Antragstellerin befürchteten mengenmäßigen Schwankungen entstehen, sind diese durch die Regelung des § 5 Abs. 2 Rahmenvertrag begrenzt.
- 81 Schließlich ist auch der nach § 6 Abs. 4 des Rahmenvertrags vorgesehene Umfang der Ausdehnung der Service- und Bearbeitungszeiten auf einen Zeitraum von höchstens 6:00 bis 22:00 Uhr sowohl für die Bearbeitung schriftlicher als auch telefonischer Vorgänge begrenzt, wobei eine Erweiterung auf Sonn- und Feiertage ausgeschlossen ist. Damit ist auch insoweit der Antragstellerin zumutbar, das sich möglicherweise durch eine Änderung der Servicezeiten nach § 6 Abs. 4 des Rahmenvertrags ergebende Kalkulationsrisiko zu tragen.
- 82 Nach alledem können die einseitig zugunsten der Antragsgegnerinnen eingeräumten Änderungsmöglichkeiten weder für sich alleingegenommen noch in ihrer Gesamtschau ein unzumutbares kalkulatorisches Risiko begründen. Das gilt auch mit Blick auf die allgemeine Kostenentwicklung, insbesondere der Energiekosten, unter Berücksichtigung der Vertragslaufzeit von drei Jahren sowie der fünfmaligen Verlängerungsoption der Antragsgegnerinnen.
- 83 c. Es stellt hingegen einen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB) sowie gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) dar, dass in der Bekanntmachung kein Höchstwert der gemäß der Rahmenvereinbarung zu leistenden Dienste als Gesamtwert enthalten ist.
- 84 Der Senat hat bisher zu dem anzugebenden Auftragsvolumen entschieden, dass nach § 21 Abs. 1 S. 2 VgV der Auftraggeber das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich ermitteln und bekanntgeben müsse, ohne dies abschließend festzu-

legen. Da regelmäßig der Zweck einer Rahmenvereinbarung ist, das genaue Auftragsvolumen nicht von Beginn an definieren zu können, kann der Auftraggeber keine verbindliche Angabe zum Auftragsvolumen abgeben. § 21 Abs. 1 S. 2 VgV stelle dies in seinem Wortlaut klar heraus, da das Auftragsvolumen gerade nicht abschließend festgelegt werden müsse (Senat, Beschl. v. 28.03.2012 - VII-Verg 90/11, IBRRS 2012, 2199). Bei Rahmenvereinbarungen gelten die Gebote der Bestimmtheit, Eindeutigkeit und Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung nur eingeschränkt. Das in Aussicht genommene Auftragsumfang ist lediglich "so genau wie möglich zu ermitteln" (und bekannt zu geben), es "braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden" (Senat, Beschl. v. 11.05.2016 - VII-Verg 2/16, IBRRS 2016, 2511; Senat, Beschl. v. 28.03.2012 - VII-Verg 90/11, juris Rn. 12). Diese Abschwächung des vergaberechtlichen Bestimmtheitsgebotes trägt dem Umstand Rechnung, dass Rahmenvereinbarungen auch weiterreichende Unsicherheiten immanent sein können, die das Auftragsvolumen und damit die Preiskalkulation der Bieter betreffen (Senat, Beschl. v. 11.05.2016 - VII-Verg 2/16, IBRRS 2016, 2511). Der Auftraggeber ist aber zumindest verpflichtet, ihm bekannte, zugängliche oder zumutbar zu beschaffende Informationen über den voraussichtlichen Auftragsumfang zur Verfügung zu stellen. Den Bietern ist eine belastbare Kalkulationsgrundlage bereitzustellen, die auf einer gründlichen Schätzung der durchschnittlich zu erwartenden Leistungen oder - sofern vorhanden - Vergleichswerten aus der Vergangenheit beruht (vgl. auch *Biemann*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 21 VgV Rn 16).

- 85 Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof mit Entscheidung vom 17.06.2021 erkannt, dass Art. 49 der Richtlinie 2014/24 sowie deren Anhang V Teil C Nrn. 7 und 10 lit. a) in Verbindung mit deren Art. 33 und den in Art. 18 Abs. 1 dieser Richtlinie genannten Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz dahin auszulegen sind, dass die Schätzmenge und / oder der Schätzwert sowie eine Höchstmenge und/oder ein Höchstwert der gemäß der Rahmenvereinbarung zu liefernden Waren als Gesamtmenge oder -wert in der Bekanntmachung anzugeben sind und dass die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge oder dieser Wert erreicht ist (EuGH, Urt. v. 17.06.2021 - C 23/20, zitiert nach juris Rn 68 und 80). Dass der öffentliche Auftraggeber die Schätzmenge und / oder den Schätzwert sowie eine Höchstmenge und / oder einen Höchstwert der gemäß einer Rahmenvereinbarung zu liefernden Ware angebe, sei für den Bieter von erheblicher Bedeutung, da er auf der Grundlage dieser Schätzung seine Leistungsfähigkeit zur Erfüllung der Verpflichtung aus der Rahmenvereinbarung beurteilen könne (EuGH, Urt. v. 17.06.2021 - C 23/20, zitiert nach juris Rn 63). Zudem werde durch die Pflicht zur Angabe einer Höchstmenge der von einer Rahmenvereinbarung erfassten Leistungen das Verbot konkretisiert, das Instrument der Rahmenvereinbarung missbräuchlich oder in einer Weise anzuwenden, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht werde (EuGH, Urt. v. 17.06.2021 - C 23/20, zitiert nach juris Rn 67).
- 86 An der notwendigen Angabe einer Höchstmenge der nach dem Rahmenvertrag zu erbringenden Dienstleistungen fehlt es vorliegend. Die Auftragsbekanntmachung benennt eine Höchstmenge nicht. Auch die Leistungsbeschreibung lässt eine solche Angabe vermissen. Unabhängig davon, ob die Höchstmenge zuverlässigerweise auch in dem Vertragsentwurf angegeben werden kann - der EuGH nennt in der vorzitierten Entscheidung nur die Bekanntmachung und die Beschreibung (EuGH aaO, juris Rn 71) -, findet sich dort die Angabe einer Höchstmenge oder eines Höchstwerts nicht.

- 87 Ausdrücklich ist an keiner Stelle des Vertragsentwurfs von einer Höchstmenge oder eines Höchstwerts der zu erbringenden Leistungen die Rede. Auch § 5 Abs. 4 lit. b) des Rahmenvertrags kann eine solche Begrenzung nicht entnommen werden.
- 88 § 5 Abs. 4 lit. b) S. 1 des Rahmenvertrags regelt zwar, dass eine Abnahmepflicht nicht besteht, *"sofern und soweit die Erhöhung in einem Kalenderjahr 10% des ausgeschriebenen Jahresvolumens übersteigt"*. Ein bestimmtes Jahresvolumen ist vorliegend aber nicht verbindlich festgelegt worden, so dass es bereits an einem verbindlichen Bezugspunkt für die in § 5 Abs. 4 lit. b) geregelte mengenmäßige Begrenzung fehlt. In der Leistungsbeschreibung heißt es zum Umfang der zu erbringenden Leistungen sowohl betreffend die telefonische Sachbearbeitung (vgl. Ziff. 7.5 der Leistungsbeschreibung, Anlage Ast 4) als auch betreffend die schriftliche Sachbearbeitung (vgl. Ziff. 7.6 der Leistungsbeschreibung):
- 89 *"Nach derzeitigem Stand sind die nachfolgend aufgeführten Mengen für die einzelnen Jahre und pro Los vorgesehen. In den angegebenen Mengen ist das Sondervolumen aus dem Meldedatenabgleich bereits enthalten."*
- 90 Die in der Leistungsbeschreibung angegebenen Mengen stellen demnach keine verbindlichen Mengenangaben dar, da nur die "nach derzeitigem Stand" vorgesehenen Mengen angegeben werden. Dass das Mengenvolumen nicht feststeht ergibt sich auch aus den weiteren Erläuterungen unter Ziff. 7.5 und Ziff. 7.6 der Leistungsbeschreibung, wonach sich das genaue Mengenvolumen für das 2. Halbjahr 2021 nach dem Zeitpunkt richtet, zu dem die Schulungen der Mitarbeiter abgeschlossen seien, sowie dem daraus resultierenden Termin der Produktionsaufnahme. Die Menge soll mit dem Auftragnehmer nach Zuschlagserteilung einvernehmlich festgelegt werden. Zudem heißt es weiter, dass die vorgenannten Werte sich bis zur Zuschlagserteilung noch ändern könnten. Steht aber schon das Volumen der telefonischen Sachbearbeitung und der schriftlichen Bearbeitung für die einzelnen Jahre zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht fest, kann aus der Addition der pro Kalenderjahr aufgeführten Mengen nicht der Höchstwert oder die Höchstmenge ermittelt werden, bei deren Erreichung der Rahmenvertrag seine Wirkung verliert.
- 91 Die Antragsgegnerinnen können sich auch nicht darauf berufen, dass eine Höchstmenge jedenfalls insoweit zum Schutz der Bieter gegeben sei, dass eventuelle Mehrmengen nach § 5 Abs. 4 lit. b) S. 2 des Rahmenvertrags nur aufgrund einer einvernehmlichen Regelung beauftragt werden können. Zum einen fehlt es auch insoweit an einem hinreichenden Bezugspunkt, um feststellen zu können, ab wann es sich um eine Mehrmenge handelt, da das ausgeschriebene Jahresvolumen nicht feststeht. Zum anderen würde eine solche Vereinbarung das Verbot umgehen, das Instrument der Rahmenvereinbarung missbräuchlich oder in einer Weise anzuwenden, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht werde.
- 92 d. Die Entscheidung der Vergabekammer ist nicht deshalb verfahrensfehlerhaft ergangen, weil die Vergabekammer die mündliche Verhandlung in Form einer Videoverhandlung durchgeführt und den Parteien und ihren Bevollmächtigten gestattet hat, sich während der mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen, wobei die Verhandlung zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen worden ist. Ein Verstoß gegen § 166 Abs. 1 S. 1 GWB liegt nicht vor.

- 93 Zwar enthalten die Vorschriften über das Verfahren vor der Vergabekammer (§§ 160 ff. GWB) keine mit § 128a ZPO vergleichbare Regelung über die Durchführung einer Videoverhandlung. Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 128a ZPO liegen jedoch vor. Die analoge Anwendung einer Norm setzt eine planwidrige Regelungslücke sowie eine Vergleichbarkeit der Interessenlagen voraus (BGH, Urt. v. 27.10.2021 - XII ZR 84/20).
- 94 Es liegt eine offenkundige und planwidrige Regelungslücke vor. Das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern soll Rechtsschutz in einem gerichtsähnlich ausgestalteten Verfahren gewährleisten (BGH, Beschl. v. 29.09.2009 - X ZB 1/09, NZBau 2010, 129 Rn 17) und ist an die Prozessordnungen, insbesondere die Zivilprozessordnung und die Verwaltungsgerichtsordnung angelehnt. Beide Verfahrensordnungen sehen die Möglichkeit der Durchführung einer Videoverhandlung vor (vgl. § 128 a ZPO, § 102 a VwGO). Anders als bei diesen vergleichbaren Verfahrensordnungen fehlt für das Vergabekammerverfahren eine solche Regelung zur Videoverhandlung.
- 95 Auch die Interessenlage in Bezug auf die mündliche Verhandlung vor den Zivil- und Verwaltungsgerichten einerseits und die mündliche Verhandlung vor den Vergabekammern andererseits ist vergleichbar. Zum einen ist das Verfahren vor den Vergabekammern gerade an die Vorschriften der anderen Verfahrensordnungen angelehnt. Zum anderen ist das Verfahren nicht öffentlich, da § 169 GVG keine Anwendung findet, was dazu führt, dass die Durchführung einer Videoverhandlung in keiner Weise die öffentliche Wahrnehmung beeinträchtigt. Für ein solches Ergebnis spricht schließlich auch die Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens (§ 10 S. 1 HS 1 VwVfG), aus der sich für die Vergabekammern im Falle des Einvernehmens der Verfahrensbeteiligten ein weitreichender Ausgestaltungsspielraum hinsichtlich der Form der mündlichen Verhandlung herleitet (vgl. *Ahlers*, Die Zulässigkeit der "konsentierten Videoverhandlung" vor Vergabekammern, NZBau 2020, 628; *Müller*, in: *Ory/Weth*, jurisPK-ERV, 1. Aufl., § 102a VwGO Rn 2.1).

### III.

- 96 Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens haben die Antragsgegnerinnen nach § 182 Abs. 3 S. 1 und 2, § 182 Abs. 4 S. 1 GWB als Gesamtschuldner zu tragen. Eine Kostenhaftung des Beigeladenen entsteht nur, wenn der Beigeladene auf Seiten der obsiegenden Partei das Verfahren entweder durch einen Antrag oder in sonstiger Weise wesentlich aktiv fördert, sich also schriftsätzlich in relevanter Weise äußert oder an der mündlichen Verhandlung teilnimmt (Senat, Beschl. v. 10.5.2012 - VII-Verg 5/12, BeckRS 2012, 12845; *Losch*, in: *Ziekow/Völlink*, VergabeR, 4. Aufl., § 182 Rn 37 m.w.N.). Die Beigeladenen haben sich vorliegend nicht aktiv oder schriftsätzlich auf Seiten der Antragsgegnerinnen am Nachprüfungsverfahren beteiligt und keinen Verfahrens Antrag gestellt.
- 97 Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. § 80 VwVfG war notwendig.
- 98 Die Kostenentscheidung betreffend das Beschwerdeverfahren beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Trotz des Unterliegens der Antragsgegnerinnen im Beschwerdeverfahren entspricht es vorliegend der Billigkeit, der Antragstellerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen. Die Antragstellerin obsiegt im Beschwerdeverfahren nur aufgrund ihres neuen Vorbringens vor dem Senat zu fehlenden Höchstmengen beziehungs-

weise Höchstwerten in den Vergabeunterlagen, welches sie bereits im Nachprüfungsverfahren hätte vorbringen können.

- 99 Eine Pflicht zur Kostentragung besteht für die Beigeladenen nicht, da sie sich nicht aktiv an dem Beschwerdeverfahren durch Einlassung zur Sache oder mit Sach- oder Verfahrensanträgen beteiligt haben (vgl. OLG Celle, Beschl. v. 27.08.2008 - 13 Verg 2/08; *Fris-ter*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 175 GWB Rn 26). Eine analoge Anwendung des § 97 Abs.2 ZPO kommt nicht in Betracht.
- 100 Der Beschwerdewert wird auf bis 1.000.000,00 EUR festgesetzt. Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des auf die fest vorgesehene Laufzeit entfallenden Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin (Senat, Beschl. v. 10.02. 2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56). Die Verlängerungsoption von weiteren zweieinhalb Jahren ist mit fünf Prozent der Hälfte des Auftragswertes für diesen Zeitraum zu berücksichtigen (BGH, Beschl. v.18.03.2014 - X ZB 12/13, NZBau 2014, 452).