Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 48/19

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
[…],

gegen

[…],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Bürostühle […], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Schlüter auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juli 2019 am 29. Juli 2019 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

1. Die Ag veröffentlichte am […] eine EU-weite Auftragsbekanntmachung für die Vergabe der Rahmenvereinbarung „Bürostühle 2019“ im offenen Verfahren ([…]). Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis.

   In Vorbereitung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens „Bürostühle 2019“ befasste sich die Ag mit einem derzeit laufenden Rahmenvertrag über die identischen Stühle, welche die Ag im Jahr 2017 mit einer Laufzeit bis zum 31. Januar 2021 mit der Antragstellerin (ASt) abgeschlossen hatte. Dieser Rahmenvertrag aus dem Jahr 2017 hatte bereits in der Bekanntmachung vom […] bestimmte Stückzahlen für die vier unterschiedlichen Stuhltypen vorgesehen. In ihrer Beschaffungsanforderung vom 4. Februar 2019 stellte die Ag fest, dass es aufgrund eines erhöhten Bestellvolumens absehbar sei, dass der Vergabezuschlagswert der derzeit mit der ASt laufenden Rahmenvereinbarung aus dem Jahre 2017 vorzeitig erreicht werde. Da weiterhin Bürostühle benötigt würden, sei der Abschluss einer neuen Rahmenvereinbarung schon im Jahr 2019 erforderlich, für den die Ag in der Beschaffungsanforderung auch die Mengen – und Auftragswerte durch Schätzwerte konkretisierte. Die zunächst auf sechs Jahre beabsichtigte Laufzeit der neu zu beschaffenden Rahmenvereinbarung wurde schließlich in der Beschaffungsentscheidung vom 15. Mai 2019 auf vier Jahre bewilligt.

   Die ASt hatte im Jahr 2017 den Zuschlag auf die beiden Lose der Rahmenvereinbarung Bürostühle 2017 bekommen. In der Auftragsbekanntmachung zu dem zugrunde liegenden Vergabeverfahren (TED-Bekanntmachungsnr. […]) hatte die Ag zur geschätzten Menge Stückzahlen der erfassten vier Arten von Bürodreh- und Besucherstühlen gemacht, die sich für die beiden ausgeschriebenen Lose insgesamt auf 74.102 Stück summierten (29.333 Stück Bürodrehstuhl mit Armlehnen; 32.693 Stück Besucherstuhl 4-Fuß-Gestell ohne Armlehnen; 7.029 Stück Besucherstuhl 4-Fuß-Gestell (Holzausführung) ohne Armlehnen; 5.047 Stück Besucherstuhl Freischwinger mit Armlehnen). Diese Mengen waren auch Bestandteil des Leistungsverzeichnisses der Ag und damit des Angebots der ASt für die Rahmenvereinbarung 2017 (vgl. Anlage AST 3). Diese von der Rahmenvereinbarung Bürostühle 2017 erfassten vier Arten von Bürodreh- und Besucherstühlen

sind auch Beschaffungsgegenstand des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens Bürodrehstühle 2019.

Der Vertrag zwischen der Ag und der ASt über die Rahmenvereinbarung Bürostühle 2017 (vgl. Anlage ASt 3) regelte in § 1 Abs. 3, dass die in den Vergabeunterlagen angegebenen Mengen lediglich eine Schätzung seien und die Ag nicht verpflichtet zur Abnahme von Mindestmengen bzw. einer Gesamtmenge.

Nach der in der Vergabeakte für das Vergabeverfahren Bürodrehstühle 2019 befindlichen Dokumentation über die Erreichung des Zielwertes beim Vergabeverfahren Bürostühle 2017 belief sich die Gesamtsumme aller Abrufe im Zeitraum vom 1. April 2017 bis zum 20. November 2018 auf 58.916 Stück Bürostühle. Ferner dokumentierte die Ag eine Gesamtmenge von 36.960 Stück Stühlen, die bis dato pro Jahr abgerufen wurden. Hochgerechnet auf die gesamte sechsjährige Laufzeit der Rahmenvereinbarung 2017 errechnete die Ag eine Gesamtabrufmenge von 221.760 Stühlen.

Im Ergebnis legte die Ag fest, dass aus der Rahmenvereinbarung „Bürostühle 2017“ bis zum 15. September 2019 abgerufen werden soll. Die Ag hat hierzu in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass davon ausgegangen werde, dass bis zu diesem Datum der Auftragswert bzw. die geschätzten Stühle-Stückzahlen im Wesentlichen abgerufen seien.

Die Ag informierte die ASt mit Schreiben vom 7. Mai 2019, dass der Rahmenvertrag Bürostühle 2017 zum 15. September 2019 stillgelegt werde, weil das vereinbarte Abrufvolumen vorzeitig ausgeschöpft werde. Der Vertrag könne vor diesem Hintergrund, vergaberechtlich bedingt, nicht bis zum vorgesehenen Vertragsende am 31. Januar 2019 genutzt werden. Es sei ein neues Vergabeverfahren für die Beschaffung von Bürostühlen initiiert worden, für den der Zuschlag nach dem als Stilllegungszeitpunkt angenommenen 15. September 2019 erteilt werden solle.

Mit Schreiben vom 20. Mai 2019 widersprach die ASt der Vertragsstilllegung zum 15. September 2019 und der beabsichtigten Neuvergabe in einem neuen Vergabeverfahren. Als Grund berief sich die ASt im Wesentlichen auf die vertraglich vereinbarte Laufzeit bis zum 31. Januar 2021, die noch nicht abgelaufen sei.

Nach Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung des Vergabeverfahrens Bürostühle 2019 am […] wandte sich die ASt mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom […] erneut an die Ag und wiederholte und vertiefte darin im Wesentlichen das Vorbringen aus dem Schreiben vom 20. Mai 2019. Sie wies ferner darauf hin, die Durchführung des neuen Vergabeverfahrens Bürostühle 2019 parallel zu dem bisher laufenden Rahmenvertrag Bürostühle 2017 verstoße gegen den Wettbewerbsgrundsatz und das Missbrauchsverbot des § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV. Die ASt forderte die Ag auf, den bemängelten Rechtsverstoß abzustellen und das Vergabeverfahren Bürostühle 2019 aufzuheben.

Mit Schreiben vom 14. Juni 2019 wies die Ag die Rüge der ASt vom 12. Juni 2019 zurück und teilte mit, dass das Vergabeverfahren fortgeführt wird.

Die ASt beabsichtigt, wie sie in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, die Abgabe eines Angebotes auch für das streitgegenständliche Vergabeverfahren „Bürostühle 2019“ (Angebotsfrist endet am […]).

2. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 26. Juni 2019, eingegangen bei der Vergabekammer per Telefax an diesem Tage und der Ag ebenfalls an diesem Tage übermittelt, beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, den sie mit Schreiben vom 15. Juli sowie mit weiterer Stellungnahme vom 19. Juli 2019, mit der sie auf einen rechtlichen Hinweis der Vergabekammer vom 17. Juli 2019 (betreffend die Antragsbefugnis der ASt) ausführte, vertiefte.

   a) Zur Begründung führte die ASt Folgendes aus:

   - Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, insbesondere sei die ASt antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Die insoweit geäußerte gegenläufige vorläufige Ansicht der Vergabekammer in ihrem Hinweis vom 17. Juli 2019 sei unzutreffend, die von der Vergabekammer zur Begründung ihrer vorläufigen Rechtsansicht herangezogene Rechtsprechung sei nicht einschlägig. Die ASt habe ein Interesse am ausgeschriebenen Auftrag, was sich aus ihrer Beteiligung am Vergabeverfahren Bürostühle 2017 ergebe. Die ASt könne nicht schlechter stehen als ein Antragsteller, der sich gegen eine unzulässige De-Facto-Vergabe wende. In diesem Fall werde die Möglichkeit geschützt, die Unwirksamkeit eines Vertrages feststellen zu lassen, damit ggf. ein reguläres Vergabeverfahren durchgeführt werde, um sich daran beteiligen zu können. Erst recht müsse daher ein Interesse im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB für den streitgegenständlichen

Fall gegeben sein, in dem der Antragsteller bereits in einem vorangegangenen Vergabeverfahren zu demselben Vertragsgegenstand den Zuschlag erhalten hat. Die Ag beabsichtige eine Mehrfachvergabe, die mit dem Wettbewerbsgrundsatz bzw. § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV unvereinbar sei.

- Der ASt drohe auch ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB, der im Sinne der Vorschrift weit zu verstehen sei. Daher komme es allein darauf an, dass die ASt den Zuschlag erhalten habe, unabhängig davon in welchem Vergabeverfahren dies erfolgt sie. Dies sei hier bereits im Verfahren Bürostühle 2017 geschehen. Ein Schaden sei nicht auszuschließen, weil der bisherige Rahmenvertrag infolge der beabsichtigten Vergabe des Auftrags Bürostühle 2019 nicht mehr weiter ausgeführt werden solle.
- In der Sache entfalte die noch nicht ausgelaufene Rahmenvereinbarung Bürostühle 2017 eine Sperrwirkung, die die Neuvergabe im Vergabeverfahren Bürostühle 2019 verhindere. Es liege eine unzulässige Doppelvergabe einer Rahmenvereinbarung vor, die mit dem Missbrauchsverbot des § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV unvereinbar sei. Dies ergebe sich daraus, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei zwei parallel laufenden Rahmenvereinbarungen je willkürlich entscheiden könne, aus welcher Vereinbarung er abrufe, was wettbewerbsfeindlich sei. Ein Abschluss mehrerer Rahmenvereinbarungen mit einem Wirtschaftsteilnehmer zu demselben Beschaffungsgegenstand sei nach den zu berücksichtigenden Maßgaben des Art. 33 der Richtlinie 2014/24/EU nicht vorgesehen, so dass auch nach dem Wegfall des expliziten Verbots der Mehrfachvergabe von Rahmenvereinbarungen wie es in § 4 Abs. 1 Satz 3 EG VOL/A a.F. enthalten gewesen sei, ein solches Vorgehen vergaberechtlich unzulässig sei. Maßgeblich sei, dass die Vertragslaufzeit der Rahmenvereinbarung Bürostühle 2017 noch nicht abgelaufen, der Vertrag somit wirksam und seitens der Ag nicht gekündigt worden sei. Ferner sei allenfalls die vertragliche Summe durch das Bestellverhalten der Ag bereits erreicht, nicht aber die der Vereinbarung zugrunde liegenden Stückzahlen. Dies gelte jedenfalls für das Los 2 und zwar dort für die Kategorien Bürodrehstuhl mit Armlehnen, Besucherstuhl mit 4-Fuß-Gestell ohne Armlehnen, Besucherstuhl als Freischwinger. Hierzu führt die ASt in ihrer Stellungnahme vom 15. Juli 2017 im Einzelnen aus, dass die in der damaligen Ausschreibung angegebenen Mengenvorgaben zum Stand des 9. Juli 2019 noch nicht erreicht bzw. überschritten worden seien. Dies gelte lediglich für die Kategorie Besucherstuhl mit 4-Fuß-Gestell in Holzausführung. Für die drei anderen Stuhlkategorien betrage die Differenz zwischen der Mengenangabe in der Ausschreibung 2017 und der Liefermenge bis 9. Juli 2019 nach den Darlegungen der ASt insgesamt noch rd. 6.000 Stück Stühle. Vor diesem Hintergrund könne die Ag

sich für ihr Vorgehen auch nicht auf § 132 GWB berufen. In der mündlichen Verhandlung hat die ASt weiter vorgetragen, die Ag könne von der Rahmenvereinbarung erst nach einer Kündigung im Sinne von § 133 Abs. 1 Nr. 3 GWB Abstand nehmen.

Die ASt beantragt,

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 160 Abs. 1 GWB und die Übermittlung des Antrags an die Ag gemäß § 163 Abs. 2 Satz 3 GWB;
2. es der Ag aufzugeben, das im Amtsblatt der EU am […] bekanntgemachte Verfahren über die Vergabe von Bürostühlen 2019 aufzuheben, soweit das Verfahren die Beschaffung von Bürostühlen im Zeitraum vor dem 01.02.2021 betrifft;
3. hilfsweise, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen;
4. der ASt gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
5. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen und
6. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt notwendig war.

b) Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen.

Zur Begründung führt die Ag in ihrer Antragserwiderung vom 4. Juli 2019 folgendermaßen aus:

- Es liege kein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV vor, weil die beabsichtigte Vergabe der Rahmenvereinbarung Bürostühle 2019 den Wettbewerb nicht missbräuchlich behindere. Die Ag sei gehalten, die bisherige Rahmenvereinbarung Bürostühle 2017 mit der ASt zum 15. September 2019 auslaufen zu lassen, weil die dieser Vereinbarung zugrunde liegende Höchstmenge in Gestalt der seinerzeit geschätzten Mengen bzw. der geschätzte Auftragswert bis dahin erreicht seien und die Rahmenvereinbarung ihren Zweck erfüllt habe. Dies ergebe sich maßgeblich aus den Grundsätzen der EuGH-Entscheidung vom 19. Dezember 2018 zu Rs. C-216/17 und der darin vorgenommenen Auslegung der maßgeblichen Vorschriften der vergaberechtlichen Richtlinien.

- Die Rahmenvereinbarung Bürostühle 2017 könne auch nicht im Wege einer unwesentlichen Auftragsänderung nach § 132 GWB angepaßt werden, da der vorgenannte Umstand eine wesentliche Änderung darstelle, die ein neues Vergabeverfahren erfordere. Vor diesem Hintergrund sei die Entscheidung, das streitgegenständliche Vergabeverfahren durchzuführen, sachlich gerechtfertigt und nicht willkürlich erfolgt. Dieser Schritt diene dem Wettbewerbsgrundsatz und dazu, einen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des § 21 Abs. 1 Satz 3 GWB zu verhindern.

3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag, der ASt auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren. Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 24. Juli 2019 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert. Auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegt wurde, wird ergänzend Bezug genommen.

   Die ASt hat nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 25. Juli 2019 in rechtlicher Hinsicht weiter vorgetragen. Das Vorbringen wird jedoch im Hinblick auf § 167 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht weiter berücksichtigt und daher zurückgewiesen, zumal die Vergabekammer auf rechtliche Bedenken zur Antragsbefugnis der ASt bereits mit ihrem Hinweis vom 17. Juni 2019 hingewiesen hatte. Im Übrigen ist dem nicht nachgelassenen Schreiben ohnehin kein neuer rechtlicher Vortrag der ASt zu entnehmen, der eine erneute mündliche Verhandlung oder eine andere Beurteilung in der Sache geböte. Die darin enthaltenen rechtlichen Argumente wurden im Wesentlichen bereits in der mündlichen Verhandlung ausgetauscht.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig. Auch bei unterstellter Zulässigkeit wäre er jedoch unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.
   a) Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Er betrifft die Vergabe einer Rahmenvereinbarung im Sinne von § 103 Abs. 5 Satz 1 GWB, worauf grundsätzlich die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge anzuwenden sind, § 103 Abs. 5 Satz 2 GWB. Die

Beschaffung der Rahmenvereinbarung erfolgt durch die Ag als dem Bund zuzuordnendem öffentlichem Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB. Der für Lieferleistungen relevante Schwellenwert ist überschritten.

b) Bedenken gegen die Einhaltung der Rügeobliegenheit seitens der ASt bestehen nicht; die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist eingehalten worden. Maßgebend ist die Rüge der ASt vom […] gegen die am […] veröffentlichte Auftragsbekanntmachung zum Vergabeverfahren Bürostühle 2019. Dass die Ag bereits mit Schreiben vom 7. Mai 2019 mitgeteilt hatte, sie lege die Rahmenvereinbarung Bürostühle 2017 still, wogegen sich die ASt erst mit Schreiben vom 20. Mai 2019 richtete, ist für die fristgebundene Rügeobliegenheit der ASt unerheblich. Erst mit der tatsächlich erfolgten Bekanntmachung hatte die ASt eine Veranlassung zur formalen Rüge, da sich nach ihrem Standpunkt erst ab diesem Zeitpunkt tatsächlich ein Vergaberechtsverstoß gegen § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV realisiert hatte.

c) Auch die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB zur Einlegung des Nachprüfungsantrags ist in jedem Fall gewahrt. Auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom […] hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag vom 26. Juni 2019 rechtzeitig bei der Vergabekammer gestellt.

d) Die ASt ist jedoch nicht antragsbefugt im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB. Nach § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB setzt die Antragsbefugnis voraus, dass ein Interesse an dem ausgeschriebenen öffentlichen Auftrag besteht und dass eine Verletzung bieterschützender Rechte geltend gemacht wird; ferner muss dem Antragsteller infolge der behaupteten Rechtsverletzung – seinen Vortrag als richtig unterstellt- ein Schaden drohen.

aa) Das Interesse am öffentlichen Auftrag muss sich darauf richten, die Chancen auf den Zuschlagserhalt im streitgegenständlichen Vergabeverfahren zu sichern, das auf die Vergabe des öffentlichen Auftrags gerichtet ist. Regelmäßig ist das Interesse durch die Abgabe eines Angebotes dokumentiert (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2009 – X ZB 8/09 Rn. 25 m.w.N.). Zwar hat die ASt in der mündlichen Verhandlung klargestellt, ein Angebot im streitgegenständlichen Vergabeverfahren abzugeben. Angesichts ihres zu Ziff. 2 gestellten Hauptantrags auf Aufhebung dieses Vergabeverfahrens sowie ihrem Vorbringen, wonach sie davon ausgeht, dass die laufende Rahmenvereinbarung 2017 grundsätzlich nicht durch die geschätzten Stühle-Stückzahlen

mengenmäßig begrenzt ist, kommt diesem Angebot in der Sache lediglich ein hilfsweiser Charakter zu. Denn ihr mit dem vorliegenden Nachprüfungsverfahren verfolgtes Rechtsschutzziel geht mit Blick auf die begehrte Aufhebung dahin, das streitgegenständliche Vergabeverfahren 2019 von vornherein zu verhindern. Sinn und Zweck des Nachprüfungsverfahrens ist es aber nicht, einen zu Beschaffungszwecken eröffneten Wettbewerb zu verhindern, sondern mit dem Instrument des Zuschlagsverbots nach § 169 GWB einen chancengleichen und rechtskonformen Vergabewettbewerb zu gewährleisten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.06.2018, VII-Verg 59/17 und Beschluss vom 18. April 2018 – VII-Verg 56/17). Vor diesem Hintergrund kann im Falle des auf Aufhebung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens gerichteten Antrags der ASt nicht davon ausgegangen werden, dass sie ein Interesse am Zuschlagserhalt im streitgegenständlichen Vergabeverfahren hat; die ASt will im Gegenteil die Vergabe des vorliegenden Auftrags verhindern.

Im Kern geht es der ASt vielmehr um die Durchsetzung etwaiger vertraglicher Ansprüche, um die ihrer Ansicht nach bestehende unbegrenzte Abrufmöglichkeit bis zum zeitlichen Auslaufen der Rahmenvereinbarung aus 2017 im Januar 2021 aufrecht zu erhalten. Eine Abrufverpflichtung der Ag kann die bestehende Rahmenvereinbarung ohnehin nicht enthalten (vgl. Zeise, in: Kulartz u.a. (Hrsg.), Kommentar zur VgV, 2017, § 21 Rn. 3) und enthält sie auch explizit nicht, sondern sie besagt im Gegenteil, dass es keine Abrufverpflichtung gibt. Zur Durchsetzung des Begehrens, einer vermeintlichen Pflicht zur Aufrechterhaltung der Abrufmöglichkeit durch die Ag zwecks Deckung von deren Bedarf bis 31. Januar 2021, ist die ASt hier aber keineswegs rechtlos gestellt und nicht etwa auf Vergaberechtsschutz im Nachprüfungsverfahren angewiesen. Die laufende Rahmenvereinbarung 2017 wurde von der Ag schließlich nicht gekündigt, was der Vertreter der Ag in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bekräftigt und dahin erläutert hat, dass man die Vereinbarung nicht kassiert wissen wolle, sondern der darin geregelten Nebenbestimmungen (u.a. Lieferungen von Ersatzteilen u.ä.) wegen aufrecht erhalten wolle. Man wolle lediglich keine Abrufe mehr tätigen, weil die seinerzeit zugrunde gelegten Abrufmengen und -werte absehbar im September 2019 erreicht seien. Der ASt ist es unbenommen, gegen die Ag vermeintliche zivilrechtliche Ansprüche zu prüfen und – ohne dass derartige Ansprüche hier durch die Vergabekammer zu prüfen wären – ggf. das Bestehen einer Abnahmepflicht der Ag im Sinne einer bis zum Ende der Rahmenvereinbarung bestehenden Abrufmöglichkeit

als vertragsrechtlichen Anspruch durchzusetzen. Daran ist sie, die Zivil- bzw. Vertragsrechtsgemäßheit ihres Standpunktes einmal unterstellt, nicht durch einen etwaigen Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren gehindert. Denn es wäre Sache der Ag, diesen Anspruch gegenüber der ASt dann zu erfüllen oder aber Sekundäransprüche der ASt auf entgangenen Gewinn zu bedienen. In der Sache dürften derartige zivilrechtliche Ansprüche jedoch kaum bestehen, da die Ag nicht nur zu Recht ein neues Vergabeverfahren durchführt, sondern vergaberechtlich weitergehend sogar gehalten war, dies zu tun.

bb) Zwar macht die ASt geltend, die Tatsache, dass die Ag ein neues Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung durchführt, sei missbräuchlich im Sinne von § 21 Abs. 1 S. 3 VgV. Damit beruft sie sich auf eine vergaberechtliche Norm, die ihrem Vortrag nach verletzt ist, und auf deren Beachtung sie einen Anspruch hat, § 97 Abs. 6 GWB. Allerdings verlangt § 160 Abs. 2 S. 2 GWB, dass der jeweilige Antragsteller im Nachprüfungsverfahren geltend macht, ihm sei infolge der Verletzung einer vergaberechtlichen Vorgabe ein Schaden entstanden. Der Schaden, der hier gemeint ist, ist die Zuschlagschance im streitbefangenen Auftrag. Hier fehlt es indes sowohl an der Geltendmachung einer Verschlechterung der Zuschlagschance bezüglich der Rahmenvereinbarung 2019 als auch an der erforderlichen Kausalbeziehung. Die ASt macht als Schaden ausschließlich wirtschaftliche Nachteile geltend, die sich aus entgehendem Gewinn aus der bestehenden Rahmenvereinbarung 2017 ergeben. Diese Art von rein wirtschaftlichem Schaden in einem anderen Vertragsverhältnis hat mit einer Verschlechterung der Zuschlagschance für den Erhalt der Rahmenvereinbarung 2019 nichts zu tun. Unabhängig davon fehlt es an der Kausalität, denn die Ag dürfte nach ihrer eigenen Diktion aus der bestehenden Rahmenvereinbarung 2017 auch dann nicht mehr abrufen, wenn sie keine Neuausschreibung vorgenommen hätte. Ursächlich für die Entscheidung der Ag, aus der bestehenden Vereinbarung nicht mehr abzurufen und dies der ASt zu kommunizieren, ist allein die Tatsache, dass die dort avisierten Mengen bereits vor Ende der zeitmäßigen Laufzeit ausgeschöpft sind.

cc) Soweit sich die ASt zur Durchsetzung ihres Begehren vor allem auf den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 25. August 2014 beruft (Az.: VII-Verg 23/13), führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Das OLG hatte in dieser – bereits älteren – Entscheidung

lediglich unter dem Blickwinkel des Rechtsschutzbedürfnisses und dies zumal im Rahmen einer Kostenentscheidung nach § 128 Abs. 3 Satz 5 GWB a.F. (entspricht § 182 Abs. 3 Satz 5 GWB) ausgeführt, ein Auftragnehmer einer Rahmenvereinbarung könne sich grundsätzlich mit einem Nachprüfungsverfahren gegen eine möglicherweise unzulässige, weil missbräuchliche Doppelvergabe einer Rahmenvereinbarung zur Wehr setzen, die in einem neuen Vergabeverfahren ausgeschrieben worden sei. Im dortigen Sachverhalt stand die Wirksamkeit der Kündigung eines Vertrags aus wichtigem Grund – wegen angeblichen Fehlverhaltens des Auftragnehmers und Antragstellers im Nachprüfungsverfahren – in Streit. Mit der Zulässigkeit eines konkreten Nachprüfungsantrags im Übrigen, maßgeblich der Antragsbefugnis, hat sich diese Entscheidung dagegen nicht befasst. Auch ist der vorliegende Sachverhalt nicht vergleichbar, denn vorliegend ist Hintergrund der Ausschreibung, dass der Vertrag aus dem Jahr 2017 mit der ASt bereits jetzt (Mitte September 2019) mengen- und wertmäßig vollständig ausgeschöpft ist. Zwar ist der zitierten Entscheidung die Aussage zu entnehmen, dass einem *„Bieter, [der] sich gegen eine vergaberechtswidrige Doppelvergabe bereits erteilter öffentlicher Aufträge schützen [will], … ausschließlich der Rechtsweg [des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens] eröffnet“* sei (vgl. OLG Düsseldorf a.a.O.), u.a. um ggf. eine effektive Zuschlagsuntersagung zu erreichen. Dies gibt einem Bieter im jeweiligen Vergabeverfahren allenfalls die Möglichkeit, etwaige Fehler im angegriffenen Vergabeverfahren zu korrigieren und damit die Chance einer fehlerfreien Zuschlagsentscheidung, z.B. in Gestalt einer parallelen Einzelvergabe statt einer Rahmenvereinbarung, zu sichern, besagt aber nicht, dass – wie im Hinblick auf die ASt anzunehmen ist – das Nachprüfungsverfahren vorrangig bzw. ausschließlich als Instrument zur Unterbindung eines initiierten – hier sogar bei gegebener Beschaffungsabsicht des Auftraggebers gebotenen (siehe sogleich unten) – Vergabewettbewerbs einzusetzen sei.

Auch wenn der Antragsbefugnis lediglich die Funktion eines groben Filters zukommt und vor dem Hintergrund der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG keine zu strengen Anforderungen für den Zugang zum Nachprüfungsverfahren aufzustellen sind (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03), so müssen doch die Tatbestandsvoraussetzungen von § 160 Abs. 2 GWB, das Vorbringen des Antragstellers als richtig unterstellt, vorliegen. Dies ist hier wie dargelegt nicht der Fall.

2. Auch wenn man die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags unterstellt, so wäre er in der Sache unbegründet. Die Ag hat nicht gegen das Verbot der missbräuchlichen Anwendung der streitgegenständlich ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung Bürostühle 2019 nach § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV verstoßen. Sie hat im Gegenteil vergaberechtskonform gehandelt und damit einer missbräuchlichen Ausdehnung der alten Vereinbarung und einer unzulässigen De-facto-Vergabe vorgebeugt.

   § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV verbietet es einem öffentlichen Auftraggeber, eine Rahmenvereinbarung missbräuchlich oder in einer Art anzuwenden, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht. Geht man mit der ASt davon aus, dass auch eine Doppelvergabe ein- und derselben Rahmenvereinbarung gegen das Missbrauchsverbot verstoßen kann, weil dadurch der in § 97 Abs. 1, 2 GWB gewährleistete Wettbewerbsgrundsatz verletzt werden kann (vgl. dazu Zeise, a.a.O., § 21 VgV Rn. 23 f.), so liegt hier aber bereits keine Doppelvergabe vor, weil die streitgegenständliche Rahmenvereinbarung Bürostühle 2019 keine parallele Beschaffung der auch von der Rahmenvereinbarung 2017 erfassten Bürostühle darstellt. Die Rahmenvereinbarung Bürostühle 2019 ist vielmehr eine sukzessive, die bisherige Vereinbarung aus dem Jahr 2017 ablösende und ihr somit nachfolgende Rahmenvereinbarung, für die ein Beschaffungsverfahren nach § 132 Abs. 1 GWB notwendig geworden ist. Würden nämlich aus der Vereinbarung aus dem Jahr 2017 weitere Einzelabrufe getätigt, so läge darin eine unzulässige wesentliche Änderung der Vereinbarung, die eine De-facto-Vergabe darstellen würde.

   a) Nach § 132 Abs. 1 Satz GWB erfordern wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren. Nach Satz 2 sind Änderungen wesentlich, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet.

      aa) Die Regelung des § 132 GWB ist grundsätzlich auf die Vergabe von Rahmenvereinbarungen, die nach § 103 Abs. 5 Satz 1 GWB zwar keine öffentliche Aufträge sind, diesen aber gleichstehen, nach § 103 Abs. 5 Satz 2 GWB anzuwenden, soweit nichts anderes bestimmt ist. Eine solchermaßen ausdrücklich gesetzlich bestimmte Ausnahme der Anwendung des § 132 GWB auf Rahmenvereinbarungen gibt es allerdings nicht.

bb) Eine solche wesentliche Änderung liegt hier vor, weil die der Rahmenvereinbarung 2017 zwischen Ag und ASt zugrunde liegende Beschaffungsmenge (vgl. Ziff. II.3 der Auftragsbekanntmachung vom […] sowie das Leistungsverzeichnis, vgl. Anlagen AST 1 und 2), die mit dieser Vereinbarung abgerufen werden sollte, bis zum 15. September 2019 sowohl in der Stückzahl als auch im Hinblick auf den geschätzten Auftragswert abgerufen werden soll und damit erschöpft ist. Die ASt geht fehl, wenn sie meint, die Rahmenvereinbarung aus dem Jahr 2017 gebe ihr bis zum vertraglich vereinbarten Ende im Januar 2021 einen Anspruch auf Einzelabrufe bzw. einen Anspruch auf Aufrechterhaltung der Abrufmöglichkeiten in mengenmäßig grundsätzlich unbegrenzter Höhe. Das folgt konkret aus § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV, worin geregelt wird, dass das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben ist, ohne dass es abschließend festgelegt werden muss, sowie des Weiteren aus allgemeinen vergaberechtlichen Prinzipien, wonach jeder Bedarf eines öffentlichen Auftraggebers einem Vergabeverfahren zuzuführen ist. Dementsprechend hat der Auftraggeber den Auftragswert zu schätzen, § 3 Abs. 4 VgV. Diese Angaben bilden demnach eine der Rahmenvereinbarung immanente Mengenbegrenzung im Sinne einer Höchstmenge, bei deren Erreichen der Beschaffungszweck der Rahmenvereinbarung erfüllt ist. Dies ist aus Sicht des für die Auslegung maßgeblichen objektiven Empfängerhorizonts für jeden verständigen Bieter eine transparente und kalkulatorisch verwertbare Begrenzung. Keinesfalls können diese so benannten Mengen somit unbegrenzt überschritten werden. Zwar regelt der zwischen Ag und ASt geschlossene Vertrag zur Rahmenvereinbarung Bürostühle 2017 (vgl. Anlage AST 3) in § 1 Abs. 3 ausdrücklich, dass die in den Vergabeunterlagen angegebenen Mengen nur eine Schätzung darstellen und keine Verpflichtung der Ag begründen, Mindestmengen oder eine Gesamtmenge abzunehmen. Daraus ist aber nur zu entnehmen, dass es keine spezifische Abnahmeverpflichtung der Ag gibt, falls kein Bedarf besteht. Eine über die in den Vergabeunterlagen enthaltenen Mengen- bzw. Auftragswertschätzungen unbegrenzt hinausgehende Abrufmöglichkeit der Ag folgt daraus nicht. Die Annahme unbegrenzter, weit über die ursprünglich avisierten Mengen hinausgehender Abrufmöglichkeiten aus einer Rahmenvereinbarung wären nicht in Einklang zu bringen mit grundlegenden vergaberechtlichen Prinzipien, wonach jeder Bedarf eines öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich

dem offenen und transparenten Wettbewerb zuzuführen ist. Werden die ursprünglichen Mengen überschritten, so dürfen nur im Rahmen des nach § 132 GWB Zulässigen ohne neues Vergabeverfahren weitere Einzelabrufe erfolgen. Allerdings besteht keine Verpflichtung, die Möglichkeiten des § 132 GWB auszuschöpfen; dies ist nur eine dem Auftraggeber eröffnete Möglichkeit. Entschließt sich der Auftraggeber stattdessen, ohne Inanspruchnahme der Möglichkeiten aus § 132 GWB ein neues Vergabeverfahren durchzuführen, so ist dies vor dem Hintergrund des Wettbewerbsgrundsatzes stets die bessere Alternative.

Das erschließt sich schon daraus, dass Rahmenvereinbarungen öffentlichen Aufträgen gleichgestellt sind und auch vergebene öffentliche Aufträge im Nachhinein mengenmäßig nicht abgeändert werden können, sondern eine derartige nachträgliche wesentliche Veränderung nur unter den Voraussetzungen des § 132 Abs. 1 GWB beschafft werden könnte.

Ein derartiges unkontrolliertes Anwenden einer Rahmenvereinbarung wäre missbräuchlich im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV, weil sie den Wettbewerb über Gebühr behindert und im Hinblick auf die Norm unerwünschten Marktabschottungen Vorschub leistet. Interessierte Wettbewerber würden im Regelfall nichts davon mitbekommen, wenn ein einmal vergebener Rahmenvertrag mengenmäßig übermäßig ausgeschöpft würde, und hätten daher keine Möglichkeit, dagegen vorzugehen. Dieses Risiko hat der EuGH mit seinem Urteil vom 19. Dezember 2018 zutreffend herausgearbeitet (EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2018, Rs. C-216/17 Rn.57 ff., 69). Ein Auftraggeber, der wie die Ag erkennt, dass sein Bedarf, den er mit seiner Rahmenvereinbarung decken wollte, vorzeitig befriedigt wird, wird also, sofern er einen weiteren Beschaffungsbedarf hat, ein neues Beschaffungsverfahren durchführen müssen. Denn würde er diesen Beschaffungsbedarf mit der erledigten Rahmenvereinbarung weiter decken wollen, liefe das darauf hinaus, das sich die Rahmenvereinbarung ganz erheblich von der ursprünglich zwischen ihr und – so hier – der ASt im Jahr 2017 geschlossenen Rahmenvereinbarung und damit wesentlich unterscheiden würde. Denn dann wären Abrufe bis zum vereinbarten Ende der Laufzeit zum 31. Januar 2021 möglich, und somit bestünde das erhebliche Risiko, weit über die der Beschaffung zugrunde gelegte Höchstmenge hinausgehen zu können. Bereits durch die so geschaffene Möglichkeit einer nur durch die Laufzeit begrenzten, aber mengenmäßig nicht weiter bergenzbaren

Rahmenvereinbarung würde ihr Umfang erheblich ausgeweitet, was nach § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GWB einen legal definierten Fall einer wesentlichen Auftragsänderung darstellte. Die Ag hat sich danach also vergaberechtlich korrekt verhalten, indem sie das Erreichen der der Rahmenvereinbarung 2017 zugrunde liegenden Stückzahlen bzw. Auftragswerte zum Anlass nahm, ein neues Vergabeverfahren nach § 132 Abs. 1 Satz 1 GWB zu veranlassen und durchzuführen. Die das ursprünglich vorgesehene Volumen überschreitenden Mengen stellen einen neuen Auftrag dar, der nicht vom Vertrag aus 2017 erfasst ist, womit eine Doppelvergabe desselben Auftrags ausscheidet.

b) Die Ag ist auch fehlerfrei davon ausgegangen, die der Rahmenvereinbarung 2017 zugrunde liegenden Mengen- und Auftragswertschätzungen seien erreicht. Der Vertreter der Ag hat in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass zum Stand des 2. Juli 2019 Stühle im Wert von rd. 7.5 Mio. Euro aus der Rahmenvereinbarung 2017 abgerufen worden sind. Dies hat die ASt im Wesentlichen bestätigt. Der der Rahmenvereinbarung zugrunde liegende Auftragswert belief sich auf rd. 7,9 Mio. Euro. Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass sie davon ausgeht, bis zum 15. September 2019 diesen Wert im Wesentlichen zu erreichen und auch die Stückzahlen der Stühle im Wesentlichen abgerufen zu haben. Die in der Vergabeakte befindliche tabellarische Aufstellung weist aus, dass bis zum 20. November 2018 bereits rd. 59.000 Stück Stühle von den insgesamt rd. 74.000 Stück, die die Ag als Mengenschätzung zugrunde gelegt hat, abgerufen worden sind. Hierzu passt auch das Vorbringen der ASt in ihrem Schriftsatz vom 19. Juli 2019, wonach lediglich bei Los 2 für drei von vier Stuhl-Typen noch Abrufmengen verfügbar sind. Soweit bei einem Stuhl-Typ bislang mehr abgenommen worden sind, als für die Rahmenvereinbarung 2017 zunächst geschätzt, widerspricht das nicht der vorstehenden Einschätzung. Gewisse Unschärfen werden sich bei einer Rahmenvereinbarung nie vermeiden lassen. Problematisch ist in diesem Fall jedenfalls, dass die von der Ag vorgelegte Hochrechnung der Abnahmemengen für die vertraglich vereinbarte Laufzeit von sechs Jahren bei über 221.000 Stühlen liegt, was in jedem Fall erheblich über den schätzweise zugrunde gelegten Mengenangaben von rd. 74.000 Stühlen liegt, die den Vergabeunterlagen der Rahmenvereinbarung 2017 zugrunde lagen. Zwar hinge diese Hochrechnung wiederum vom künftig-hypothetischen Abrufverhalten der Ag ab. Gleichwohl verdeutlicht diese

Zahl und der Umstand, dass die Mengen bereits im dritten Jahr der Rahmenvereinbarung abgerufen sein werden, dass eine erhebliche Überschreitung zu erwarten wäre. Vor diesem Hintergrund erscheint die Annahme der Ag plausibel und damit sachgemäß. Auch die ASt hat in der mündlichen Verhandlung dieser Einschätzung letztlich nicht widersprochen. Sie geht freilich davon aus, dass die Ag ihre Abrufe nicht vor dem Ende der vereinbarten Laufzeit einstellen dürfe. Wie ausgeführt, geht diese Ansicht fehl.

c) Soweit die ASt meint, solange die Ag die Rahmenvereinbarung nicht gekündigt habe, komme keine wesentliche Auftragsänderung im Sinne des § 132 GWB in Betracht, was – wie sie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat – sich ihrer Ansicht nach aus § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB ergeben soll, geht diese Annahme fehl. Welche Maßnahme die Ag ergreift, um aus einer Rahmenvereinbarung, deren Beschaffungszweck sich durch Erreichen der Höchstmenge erledigt hat, nicht weiter abzurufen, liegt in ihrem Ermessen. Ebenso liegt es in ihrem Ermessen, ob sie sich bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf für die Durchführung von Vergabeverfahren für Einzellieferaufträge oder eine neue Rahmenvereinbarung entschließt, sofern die vergaberechtlichen Voraussetzungen dafür im Übrigen gegeben sind. Die Ansicht der ASt jedoch, die Ag könne die Rahmenvereinbarung erst durch eine Kündigung nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB beenden, ist nicht haltbar. Nach dieser Vorschrift können öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag während der Vertragslaufzeit unbeschadet des § 135 GWB kündigen, wenn eine wesentliche Änderung vorgenommen *wurde*, die nach § 132 GWB ein neues Vergabeverfahren erfordert *hätte*. Dieses Sonderkündigungsrecht geht ersichtlich davon aus, dass der öffentliche Auftraggeber vergaberechtswidrig eine wesentliche Änderung vorgenommen hat, ohne diesen neuen Bedarf in einem eigenen Vergabeverfahren zu beschaffen. Die ASt verlangt damit also von der Ag, sie möge zunächst einen (erheblichen) Vergaberechtsverstoß begehen, indem sie die festgestellte wesentliche Veränderung der Rahmenvereinbarung ohne das erforderliche Vergabeverfahren durchführt und damit den entsprechenden Auftrag de-facto vergibt, mit den möglichen Folgen des § 135 GWB. Das ist der Ag schlechthin nicht zuzumuten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann Dr. Brauser-Jung