



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 77/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „*Modernisierung der Ausstattung des Bildungs- und Technologiezentrums der Handwerkskammer [...]*“, Vergabenummer [..., Los [...] „[...]“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Fischer gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3, 2. Alt GWB nach Lage der Akten am 22. August 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb mit Bekanntmachung vom 9. Juni 2018 einen Lieferauftrag zur Modernisierung der Ausstattung ihres Bildungs- und Technologiezentrums in mehreren Losen aus. Streitgegenständlich ist hier das Los [...]“. In der Bekanntmachung ist unter IV.4.1. als „Zuständige Stelle für Rechtsbehelfs- / Nachprüfungsverfahren“ die Vergabekammer des Bundes benannt.

Bei der Ag handelt es sich um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 2 der Satzung der Handwerkskammer [...] – im Folgenden: Satzung der Ag). Die Satzung der Ag regelt des Weiteren die autonome Festlegung des Haushalts- bzw. Wirtschaftsplans (§ 9 Abs. 1 Nr. 4 und § 41 Abs.3) und die Festsetzung des Beitragsmaßstabes durch die Vollversammlung der Mitglieder der Ag (§ 9 Abs. 1 Nr. 5, § 4 Abs. 1). Die Ag unterliegt gem. § 115 HO sowie § 44 ihrer Satzung der Rechtsaufsicht durch die zuständige Aufsichtsbehörde.

Angebote waren elektronisch über einen von der Ag beauftragten Dienstleister ([...]) bis zum 29. Juni 2018 einzureichen.

Die Antragstellerin (ASt) lud über den durch den Dienstleister der Ag zur Verfügung gestellten sog. Angebotsassistenten innerhalb der Angebotsfrist am 20. Juni 2018 ein Angebot hoch und erteilte hierfür eine Freigabe. Diese Freigabe wurde durch eine am selben Tag durch die ASt nachträglich zum Angebot hochgeladene Eigenerklärung systembedingt wieder aufgehoben.

Dieser Status blieb bis zum Ablauf der Angebotsfrist bestehen. Dementsprechend wurde der Ag über ihren Dienstleister kein Angebot der ASt übermittelt.

Nachdem sich die ASt am 1. August 2018 bei der Ag über den aktuellen Stand ihres Angebots erkundigte, wurde der ASt mitgeteilt, dass ihr Angebot der Ag nicht vorliege. Die ASt machte daraufhin mit E-Mail vom selben Tag geltend, dass sie fristgemäß ein ordnungsgemäßes Angebot abgegeben habe und verfolgt diesen Anspruch nunmehr mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 6. August 2018 weiter. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 7. August 2018 vertieft sie ihren Vortrag hierzu.

Die Ag stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die ASt habe es selbst zu vertreten, dass ihr Angebot die Ag nicht erreicht habe. Im Übrigen hätte die ASt aufgrund der Höhe ihres Angebotspreises ohnehin keine Chance auf Erhalt des Zuschlags.

Mit Schreiben vom 10. August 2018 weist die Vergabekammer die Verfahrensbeteiligten darauf hin, dass nach erster Prüfung der Sach- und Rechtslage eine Zuständigkeit der Vergabekammer nicht gegeben sei. Die Ag wendet sich hiergegen und trägt vor, sie sei als Körperschaft des öffentlichen Rechts öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 b) GWB, der eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfülle und hierbei der Rechtsaufsicht des Landes [...] unterliege. Zudem falle sie auch qua Definition des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in [...] (VgG [...]) unter die Institutionen, die als öffentlicher Auftraggeber gelten würden. Außerdem verpflichte der der Beschaffungsmaßnahme zugrunde liegende Zuwendungsbescheid iVm den Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P) die Ag zur Anwendung von „Abschnitt 1 des Teils A der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A)“ und regele des Weiteren, dass „Verpflichtungen des Zuwendungsempfängers als Auftraggeber gemäß dem vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)“ unberührt blieben. Aufgrund einer hier vorliegenden Oberschwellenvergabe sei damit das GWB zu beachten. Würde man die Ag nicht als öffentlichen Auftraggeber einstufen, der aber dennoch das GWB zu beachten habe, würde sie gegenüber öffentlichen Auftraggebern diskriminiert, da ihr dann das schnelle und kostengünstige Nachprüfungsverfahren nicht zur Verfügung stehe. Aufgrund dieser Regelungslücke sei die Ag zumindest in analoger Anwendung als öffentlicher Auftraggeber einzustufen. Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ergebe sich aus § 159 Abs. 1 Nr. 2 GWB, wonach es darauf ankomme, dass der Bund die „Finanzierung überwiegend gewährt“. Dies sei hier der Fall, da die

für die überbetriebliche Bildungsstätte zu beschaffenden Ausstattungsgegenstände zu 55% aus Bundesmitteln finanziert würden.

Soweit die Vergabekammer des Bundes sich für unzuständig erklären sollte, stimme die Ag einer Verweisung an die Vergabekammer des Landes [...] zu.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag wird verworfen. Die Entscheidung ergeht ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach Lage der Akten (§ 166 Abs. 1 Satz 3 2. Alt. GWB).

Die Vergabekammer des Bundes ist für die Nachprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens gemäß § 159 Abs. 1 GWB nicht zuständig, weil es sich bei der Ag nicht um einen öffentlichen Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 2 GWB (siehe hierzu die Zuständigkeitszuweisung gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 2 GWB) handelt und auch § 99 Nr. 4 GWB (siehe hierzu die Zuständigkeitszuweisung gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 4 GWB) nicht einschlägig ist. Auf die Finanzierung des Auftrags aus Mitteln des Bundes kommt es somit nicht an. Eine Verweisung an die Vergabekammer des Landes [...] kommt nicht in Betracht.

1. Die Ag ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts (s. § 90 Abs. 1 HwO, § 1 Abs. 2 der Satzung der Ag), die nicht unter § 99 Nr. 2 GWB fällt. Sie wurde zwar zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, indem sie insbesondere die Interessen des Handwerks fördert und die Aus- und Fortbildung in handwerklichen Berufen regelt, fördert und durchführt (§ 91 Abs. 1 HwO, § 2 der Satzung der Ag). Jedoch wird sie nicht von Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB überwiegend finanziert i.S.d. § 99 Nr. 1 lit. a) GWB. Bei dem ihr kraft Bundesgesetzes (§ 113 HwO) eingeräumten Recht, von ihren Zwangsmitgliedern Beiträge zu erheben, verfügt eine Handwerkskammer über eine erhebliche organisatorische und haushalterische Autonomie, so dass insoweit die erforderliche „Staatsnähe“ fehlt. Denn eine Handwerkskammer darf ihren Haushalts- bzw. Wirtschaftsplan und damit das Wesen und den Umfang der von ihr zur Erfüllung ihrer Aufgaben

ausgeübten Tätigkeiten selbst festlegen (§ 106 Abs. 1 Nr. 4 HwO, § 9 Abs. 1 Nr. 4 und § 41 Abs. 3 der Satzung der Ag) und auch der Beitragsmaßstab wird nicht wie für § 99 Nr. 2 lit. a) GWB erforderlich von einer der dort genannten staatlichen Stellen festgelegt, sondern durch die mit ihren eigenen beitragspflichtigen Mitgliedern besetzte Vollversammlung (§ 106 Abs. 1 Nr. 5, § 93 Abs. 1 HwO, § 9 Abs. 1 Nr. 5, § 4 Abs. 1 der Satzung der Ag) (vgl. EuGH, Urteil vom 12. September 2013, Rs. C-526/11, Rz. 25 ff. und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2015, VII-Verg 35/14 (beide zu den deutschen Ärztekammern); VK Bund, Beschluss vom 22. Dezember 2017, VK1-141/17 und VK Sachsen, Beschluss vom 12. November 2015, 1/SVK/033-15 (zu Industrie- und Handelskammern)). Dass die zuständige Aufsichtsbehörde den Beitragsmaßstab sowie den Haushalts- bzw. Wirtschaftsplan genehmigen muss (§ 113 Abs. 1, § 106 Abs. 2 HwO, § 9 Abs. 2 bzw. § 41 Abs. 3 der Satzung der Ag) steht dem nicht entgegen, weil sich die betreffende Prüfung gemäß § 115 Abs. 1 HwO, § 44 der Satzung der Ag auf eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt (vgl. EuGH, aaO., Rz. 27; VK Bund und VK Sachsen, aaO.). Des Weiteren unterliegt die Leitung der Ag nicht der Aufsicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB i.S.d. § 99 Nr. 2 lit. b) GWB. Denn die Rechtsaufsicht, der die Ag gemäß § 115 HwO, § 44 ihrer Satzung unterliegt, findet nur nachträglich statt. Es gibt also keine Kontrolle oder sonstige staatliche Beeinflussungsmöglichkeit der laufenden Tätigkeiten der Ag, insbesondere deren konkreter Beschaffungsentscheidungen, so dass nicht die Gefahr besteht, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Ag staatlicherseits beeinflusst werden kann (vgl. zum Gesetzeszweck dieser Regelung EuGH, aaO., Rz. 20, 29; EuGH, Urteil vom 27. Februar 2003, Rs. C-373/00, Rz. 70 ff.; VK Bund und VK Sachsen, aaO., Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 99 GWB, Rz. 74, 96 m.w.N.). Schließlich sind auch die Voraussetzungen des § 99 Nr. 2 lit. c) GWB nicht erfüllt, weil die zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe der Ag nicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB bestimmt worden sind.

2. Auch § 99 Nr. 4 GWB vermag der Ag nicht die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers zu verleihen, denn die Voraussetzungen dieser Norm liegen hier nicht vor. Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich weder um eine der in dieser Norm abschließend aufgeführten Baumaßnahmen noch um eine mit einer solchen Baumaßnahme im Zusammenhang stehende Dienstleistung. Ausweislich der Bekanntmachung schreibt die Ag einen Lieferauftrag aus.
3. Ebenso kommt es nicht darauf an, dass der streitgegenständliche Auftrag zu mehr als 50% aus staatlichen Mitteln (hier des Bundes) finanziert wird. Die überwiegende Finanzierung des

Auftrags ist nur im Rahmen des § 99 Nr. 4 GWB maßgeblich, dessen Anwendungsbereich hier allerdings nicht vorliegt (siehe oben). Im Anwendungsbereich des § 99 Nr. 2 GWB und der damit korrespondierenden Zuständigkeitszuweisung des § 159 Abs. 1 Nr. 2 GWB kommt es indes nicht darauf an, wer den Auftrag finanziert, sondern darauf, wer die Finanzierung des öffentlichen Auftraggebers gewährt.

4. Soweit sich die Ag in ihrem Schriftsatz vom 9. August 2018 darauf beruft, dass sie gemäß den Regelungen des VgG [...] öffentlicher Auftraggeber sei, verweist die Vergabekammer auf § 2 Abs. 3 des vorgenannten Gesetzes, wonach höherrangiges Recht - „insbesondere das Recht der Europäischen Union sowie der Vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die darauf beruhenden weiteren vergaberechtlichen Bestimmungen“ - durch das VgG [...] unberührt bleiben. Das VgG [...] stellt seine Geltung damit unter den Vorbehalt höherrangigen Rechts, weshalb die Beurteilung der Frage, ob die Ag überhaupt öffentlicher Auftraggeber ist, sich allein nach den Vorschriften des GWB richtet.

Dieses Ergebnis fügt sich auch zwanglos in die von der Ag zitierten ANBest-P ein, wo gem. Ziff. 3.1 bei Zuwendungen über 100.000 € geregelt ist, dass bei der Vergabe von Lieferaufträgen der „Abschnitt 1 des Teils A der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A)“ anzuwenden ist, während es in Ziff. 3.2 heißt, dass „Verpflichtungen des Zuwendungsempfängers als Auftraggeber gemäß dem vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)“ unberührt bleiben. Die ANBest-P differenzieren mithin zwischen der Pflicht zur Anwendung der VOL/A einerseits (die bei Zuwendungen über 100.000 € obligatorisch ist) und der Unterwerfung unter den Geltungsbereich des GWB andererseits, die nur dann gegeben ist, wenn die Anwendungsvoraussetzungen des GWB auch tatsächlich vorliegen, was hier gerade nicht der Fall ist. Angesichts dessen wird die Ag auch nicht diskriminiert, weil sie – so aber ihr Vortrag – einerseits das GWB anzuwenden habe, andererseits aber nicht in den Genuss des schnellen und kostengünstigen Nachprüfungsverfahrens komme. Diese Auffassung trifft schon deshalb nicht zu, weil die Ag eben nicht in den Anwendungsbereich des GWB fällt; Gegenteiliges regeln auch die ANBest-P nicht.

5. Eine Verweisung an die Vergabekammer des Landes [...] scheidet ebenfalls aus. Denn die Zuständigkeit einer Vergabekammer des Landes kommt gemäß § 159 Abs. 2 Satz 2 GWB nur dann in Betracht, wenn in entsprechender Anwendung des § 159 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 GWB ein Auftraggeber einem Land zuzuordnen ist. Diese Voraussetzung ist nach der hier vertretenen

Auffassung aufgrund der im vorliegenden Fall fehlenden staatlichen Beherrschung der Ag iSd § 99 Nr. 2 GWB sowie der nicht gegebenen Voraussetzungen des § 99 Nr. 4 GWB indes nicht erfüllt; bei der Ag handelt es sich hiernach nicht um einen öffentlichen Auftraggeber.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 VwVfG.

Im vorliegenden Verfahren sind der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, weil sie durch die fehlerhafte Angabe in der Bekanntmachung den Schein gesetzt hat, das Vergabeverfahren unterliege einer Nachprüfung durch die Vergabekammer des Bundes. Dementsprechend durfte die ASt davon ausgehen, dass die von ihr geltend gemachten Rechtsverletzungen mit einem Nachprüfungsverfahren gem. §§ 155 ff. GWB verfolgt werden können. An der Geltung der § 155 ff. GWB hat die Ag auch im Nachprüfungsverfahren festgehalten und ihre Rechtsauffassung zur Zuständigkeit der Vergabekammer verteidigt. Sie hat sich damit, was die Entscheidung der hier allein maßgeblichen Frage der Zuständigkeit anbelangt, in die Rolle eines unterliegenden Verfahrensbeteiligten begeben, so dass ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sind. Gleiches gilt für die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren Rechtsfragen aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

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.

Behrens

Brune