

Leitsätze:

1. Eine falsche Angabe der Zuständigkeit der Vergabekammer in der Auftragsbekanntmachung kann keine Zuständigkeit der Vergabekammer begründen. Die Anwendbarkeit des GWB bestimmt sich objektiv nach dem Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsmerkmale zur öffentlichen Auftraggebereigenschaft und zum öffentlichen Auftrag.
2. Wie die Kirchen sind die Ordensgemeinschaften weder juristische Personen des öffentlichen Rechts im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB noch wurden sie zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen.
3. § 99 Nr. 4 GWB stellt auf Tief- und Hochbaumaßnahmen oder auf damit in Verbindung stehenden Dienstleistungen und Wettbewerbe ab. Der Begriff Bauleistung setzt eine Arbeitsleistung am Bauwerk voraus. Hierzu zählen die handwerklichen Leistungen vor Ort. Die bloße Lieferung von Baustoffen und Bauteilen ohne individuelle auf das Bauvorhaben bezogene Verarbeitung haben keinen hinreichenden engen funktionalen Zusammenhang zu der Erstellung des Bauwerks. Sie zählen nicht zu den Bau-, sondern zu den Lieferaufträgen.

**Antragstellerin:**

.....

**Bevollmächtigte:**

.....

( **Antragstellerin - ASt** )

**Vergabestellen:**

.....

**Bevollmächtigte:**

.....

( **Vergabestellen - VSt** )

**Vorhaben:**

..... – **Krankenhaus** .....

**Infusionstechnik**

**Offenes Verfahren nach VgV**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 30.01.2019 durch den Vorsitzenden ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

**B e s c h l u s s :**

1. Der Antrag wird als unzulässig verworfen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €  
Auslagen sind nicht angefallen.

### **Sachverhalt:**

#### **1.**

Die VSt hat mit EU-weiter Bekanntmachung vom xx.xx.xxxx einen Lieferauftrag „Infusionstechnik“ im Offenen Verfahren ausgeschrieben. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der xx.xx.xxxx (Ziffer IV.3.4) der Bekanntmachung).

Leistungsgegenstand ist gemäß Ziffer II.1.5) der EU-Bekanntmachung die Lieferung, betriebsfertige Installation und Inbetriebnahme folgender Komponenten der Infusionstechnik:

32 x Infusionsspritzenpumpen

80 x Dauerinfusionspumpen

36 x Dockingstation

1 x Infusionsdatenmanagement Zentrale (als Bestandserweiterung vollständig kompatibel zum im gesamten Haus vorhandenen Fabrikat F).

Nebenangebote waren nach Ziffer II.1.9) der Bekanntmachung nicht zugelassen.

In Ziffer VI.4.1) der Bekanntmachung ist die Vergabekammer Nordbayern als zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren angegeben.

Die ASt rügte mit Schreiben vom 12.11.2018 gegenüber der VSt einen Verstoß gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung. Die Festlegungen der Ausschreibung würden nur ein Angebot der Firma F zulassen.

Am 14.11.2018 hat die VSt eine Abhilfe der Rüge abgelehnt.

**2.**

Ausweislich des Eröffnungsprotokolls lag der VSt zur Submission am 29.11.2018 nur ein Angebot der Firma F vor.

**3.**

Am 30.11.2018 hat die ASt beantragt:

1. *Bezüglich des Vergabeverfahrens „... Infusionstechnik“– ABl. EU 2018/S ...-..... – wird ein Vergabenachprüfungsverfahren eingeleitet.*
2. *Es wird entschieden, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist und es werden geeignete Maßnahmen getroffen, um diese Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.*
3. *Die Vergabeakte wird beigezogen und der ASt unverzüglich Akteneinsicht nach § 165 GWB gewährt.*
4. *Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt.*
5. *Der VSt werden die Kosten der Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß §§ 182 Abs. 4 GWB, 80 VwVfG einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten auferlegt.*

Zur Begründung vertieft die ASt ihr Vorbringen aus der Rüge.

**4.**

Der Nachprüfungsantrag ist der VSt am 03.12.2018 übersandt worden mit der Aufforderung, die Vergabeunterlagen zu übersenden.

**5.**

Die VSt hat die Vergabeakte vorgelegt und lässt ihren Bevollmächtigten am 12.12.2018 beantragen:

1. *Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.*
2. *Der ASt wird die Akteneinsicht versagt.*
3. *Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung für die VSt notwendig war.*

4. *Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der VSt.*
5. *Die F... wird zum Nachprüfungsverfahren beigegeben.*

Die VSt habe nicht gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verstoßen, sondern in Einklang mit den Vorgaben des § 31 Abs. 6 VgV produktspezifisch ausgeschrieben. Ein Vergaberechtsverstoß läge nicht vor, sodass der Nachprüfungsantrag mangels Begründetheit zurückzuweisen sei.

**6.**

Die Vergabekammer hat am 13.12.2018 bei den Bevollmächtigten der VSt um Stellungnahme gebeten, inwieweit der Krankenhausträger „.....“ öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB sei, und eine Kostenschätzung für den streitgegenständlichen Lieferauftrag verlangt.

**7.**

In der Stellungnahme vom 19.12.2018 trägt die VSt vor, dass der Wert des Lieferauftrages auf 265.000,- € netto geschätzt worden sei.

Die VSt sei kein öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB, weil das Merkmal der Gewerblichkeit nicht erfüllt sei und weil sie durch die öffentliche Hand nicht überwiegend finanziert werde.

Der Nachprüfungsantrag sei daher

*als unzulässig zurückzuweisen.*

**8.**

Der Vorsitzende der Vergabekammer hat am 02.01.2019 die Frist des § 167 Absatz 1 Satz 1 GWB bis einschließlich 01.02.2019 verlängert.

**9.**

Zur öffentlichen Auftraggebereigenschaft der VSt erwidert die ASt am 10.01.2019:

Die VSt sei öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB.

In Ziffer II.1.5) der EU Bekanntmachung sei klargestellt, dass neben der reinen Lieferung die „betriebsfertige Installation und Inbetriebnahme“ wesentlicher Kern der ausgeschriebenen Leistung sei. Die ausgeschriebene Leistung sei daher nur ein Teil einer größeren Baumaßnahme der VSt. Hierzu heißt es in der EU Bekanntmachung ausdrücklich: „das Krankenhaus ..... wird in mehreren Abschnitten erweitert und umgebaut.“ Die streitgegenständlichen Leistungen betreffen die Hauptmaßnahme und seien in der Ebene E7 des Hauses zu erbringen. Es handele sich um eine Teilmaßnahme im Rahmen des Umbaus. Die

Lieferung und Installation der Infusionstechnik sei als Teil der Baumaßnahme zu qualifizieren, wofür die ausführlichen Vorgaben an die Installationsmaßnahme im Leistungsverzeichnis und der feste Einbau der Technik in dem Gebäude sprächen.

Nach Aussage der VSt vom 19.12.2019 werde der Umbau und die Erweiterung des Krankenhauses ..... mit öffentlichen Fördermitteln finanziert. Die ASt gehe davon aus, dass eine überwiegende öffentliche Finanzierung des Umbauprojekts und damit auch der streitgegenständlichen Beschaffung vorliege, weshalb die VSt als öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB einzuordnen sei.

#### **10.**

Die VSt lässt zur Frage einer öffentlichen Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 4 GWB am 16.01.2019 folgendes vortragen.

Die Voraussetzungen des § 99 Nummer 4 GWB seien vorliegend nicht gegeben:

Bei den verfahrensgegenständlichen Leistungen handele es sich um einen Lieferauftrag im Sinne von § 103 Abs. 2 GWB. Zwar umfasse die ausgeschriebene Leistung auch die betriebsfertige Installation und die Inbetriebnahme der Komponenten der Infusionstechnik. Dies sei jedoch eine bloße „Nebenleistung“ zur der Lieferung von Waren und ändere die Einstufung des Auftrags als Lieferauftrag nicht. Die verfahrensgegenständlichen Leistungen könnten auch nicht als Baumaßnahme qualifiziert werden, weil die Technik in dem Gebäude nicht fest eingebaut werde. Die Infusionstechnik werde an fest installierte Decken- oder Wandversorgungseinheiten angeklickt bzw. angehängt und die Stromversorgungstecker sowie die Datenstecker an den entsprechenden Steckdosen angebunden. Mithin handele es sich um ein loses Gerät, nicht um mit dem Bau verbundene Festeinbauten.

#### **11.**

Im Schreiben vom 23.01.2019 vertieft die ASt insbesondere ihr bisheriges Vorbringen zur öffentlicher Auftraggebereigenschaft:

Die VSt sei zumindest ein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB, weil die vorliegende ausgeschriebene Infusionstechnik funktional untrennbar mit dem zu errichtenden Krankenhaus verbunden sei. Ohne Infusionstechnik handele es sich nicht um das geförderte Krankenhaus, da insbesondere eine Intensivbettenstation nicht betrieben werden könne. Die Infusionstechnik könne auch ohne Montage nicht ordnungsgemäß betrieben werden. So sei die Infusionstechnik durch Deckenverbindungen mit dem Gebäude zu verbinden, weshalb die Maßnahme als Bauleistung einzuordnen sei. Die ausgeschriebene Infusionstechnik gehöre zur Ausstattung des Baues und sei von diesem untrennbar, da für sie ohne den Bau schon kein isolierter Bedarf bestehen würde. Im Ergebnis handele es sich bei der Beschaffung der Infusionstechnik um einen Teil des Bauprojektes.

Die VSt habe sich in Abschnitt I der Bekanntmachung als „*öffentlicher Auftraggeber*“ bezeichnet und in Abschnitt VI.4.1) die Vergabekammer Nordbayern als „*zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren*“ benannt. Erst nach Einreichung des Nachprüfungsantrags habe die VSt Zweifel an ihrer Auftraggebereigenschaft angezeigt und damit den vorvertraglichen Vertrauenspflichten widersprochen. Daher seien die Verfahrenskosten in jedem Fall der VSt aufzuerlegen.

## **12.**

Zur Kostentragung führt die VSt am 28.01.2019 folgendes aus:

Die Antragstellerin sei gemäß § 182 Abs. 3, Abs. 4 Satz 4 GWB zur Kostentragung verpflichtet, weil der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen sei. Eine Beteiligung der VSt an den Verfahrenskosten komme nicht in Betracht, da ein Verschulden der VSt im Sinne von § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB nicht vorläge. Es liege allein im Risiko- und Verantwortungsbereich der ASt, im Vorfeld der Ergreifung von Rechtsbehelfen deren Zulässigkeit zu prüfen. Die Antragstellerin habe nicht auf die Auftragsbekanntmachung vertrauen dürfen, sondern hätte vielmehr eine eigenständige Prüfung vornehmen müssen.

### **Begründung:**

#### **1.**

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, da es an der Eigenschaft der VSt als öffentlicher Auftraggeber fehlt.

- a)** Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b)** Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handelt es sich um einen Lieferauftrag im Sinne von § 103 Abs. 2 GWB.
- c)** Der Schwellenwert ist überschritten ( § 106 GWB ).
- d)** Der Nachprüfungsantrag ist nicht deshalb zulässig, weil die Bekanntmachung den Hinweis enthält, dass die Vergabekammer Nordbayern für die Überprüfung der Vergabeentscheidung zuständig sei. Eine falsche Angabe kann keine Zuständigkeit der Vergabekammer begründen. Zwar mag die europaweite Ausschreibung eine

Selbstbindung der VSt auf die Einhaltung dieser Vorschriften bewirken. Zudem kann die VSt durch haushaltsrechtliche Vorgaben des Zuwendungsgebers, der die Lieferung der Infusionstechnik finanziert, dazu verpflichtet sein, das Vergaberecht anzuwenden. Dies bewirkt jedoch nicht, dass der 4. Teil des GWB mit dem entsprechenden Rechtsschutz anwendbar ist. Die Anwendbarkeit des GWB bestimmt sich objektiv nach dem Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsmerkmale zur öffentlichen Auftraggebereigenschaft und zum öffentlichen Auftrag. Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB sowie sonstige Ansprüche können vor der Vergabekammer nur gegenüber öffentlichen Auftraggebern geltend gemacht werden (§ 156 Abs. 2 GWB).

- e) Der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen ist nicht eröffnet, weil die VSt nicht den öffentlichen Auftraggebern nach § 99 GWB zuzuordnen ist. Die Vergabe unterliegt damit nicht dem Anwendungsbereich des GWB.

**aa)** Die VSt ist kein öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB. Wie die Kirchen sind die Ordensgemeinschaften weder juristische Personen des öffentlichen Rechts im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB noch wurden sie zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen.

Die VSt ist als ..... in die „..... Orden... ..“ eingegliedert und wird von ihr finanziert und beaufsichtigt. Weder die „..... Orden... ..“ noch die darin integrierte ..... werden gemäß § 99 Nr. 2 Buchstabe a - c GWB von der öffentlichen Hand finanziert oder geleitet.

Öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB sind juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern sie überwiegend von Stellen der öffentlichen Hand beherrscht werden.

Im vorliegenden Fall hat die Qualifikation als Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht die Funktion, das ..... der Staatsverwaltung einzugliedern. Die Kirchen und Ordensgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts sind angesichts der religiösen und konfessionellen Neutralität des Staates nicht mit anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften zu vergleichen, die in den Staat organisatorisch eingegliederte Organisationen sind. Im Hinblick auf die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) und die staatskirchenrechtliche Neutralität (insbesondere Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV) darf der Staat auch keinerlei Einfluss auf die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften und ihre Einrichtungen nehmen. Daher dürfen die öffentlich-rechtlich organisierten Religionsgemeinschaften und ihre Einrichtungen nicht solchen öffentlich-rechtlichen Körperschaften gleichgestellt werden, die in den Staat organisatorisch eingegliedert sind. Kirchen bilden einen Teil der Gesell-

schaft, nicht des Staates. Sie werden nicht personell oder inhaltlich staatlich gelenkt (Zeiss in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 99 GWB, Rdnr. 100). Die Ordensgemeinschaft und die darin eingegliederte ..... unterliegen weder in finanzieller noch in personeller Hinsicht einer staatlichen Beherrschung.

Das ..... wurde nicht zu dem Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen.

Die karitative Tätigkeit der ..... hat ihren Ursprung in dem kirchlichen Auftrag, der auch seelsorgerische Aufgaben und die tätige Liebe am Nächsten umfasst. Tätige Liebe am Nächsten üben kirchliche Organisationen aus, indem sie Aufgaben im sozialen Bereich erfüllen, wie die Armenfürsorge und Wohlfahrt, Gesundheit und Erziehung – hier den Betrieb eines Krankenhauses. Die karitative Tätigkeit eines Ordens hat somit einen anderen Ursprung und eine andere Zwecksetzung als die des Staates. Diese andere Zwecksetzung hat zur Folge, dass die Ordensgemeinschaft der ..... nicht als Einrichtung qualifiziert werden kann, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen (vgl. Boesen, Vergaberecht, § 98 GWB, Rdnr. 89).

**bb)** Die VSt ist auch nicht den Auftraggebern nach § 99 Nr. 4 GWB zuzuordnen. § 99 Nr. 4 GWB stellt auf Tief- und Hochbaumaßnahmen oder auf damit in Verbindung stehenden Dienstleistungen und Wettbewerben ab.

Bei den verfahrensgegenständlichen Leistungen handelt es sich nicht um Bauleistungen oder mit Bauleistungen verbundenen Dienstleistungen, sondern um einen Lieferauftrag. Nach § 103 Abs. 2 GWB sind Lieferaufträge Verträge zur Beschaffung von Waren.

Der Begriff Bauleistung setzt eine Arbeitsleistung am Bauwerk voraus. Hierzu zählen die handwerklichen Leistungen vor Ort. Die bloße Lieferung von Baustoffen und Bauteilen ohne individuelle auf das Bauvorhaben bezogene Verarbeitung haben keinen hinreichenden engen funktionalen Zusammenhang zu der Erstellung des Bauwerks. Sie zählen nicht zu den Bau-, sondern zu den Lieferaufträgen (OLG München v. 28.09.2005 - Verg 19/05).

Nach diesen Grundsätzen sind die verfahrensgegenständlichen Leistungen nicht als Bauleistungen, sondern als Lieferleistungen einzustufen. Eine Arbeitsleistung am Bauwerk erfolgt hier nicht. Die ausgeschriebene Infusionstechnik ist nicht in das Gebäude fest eingebaut und kann ohne handwerkliche Bauleistung in Betrieb genommen, ausgetauscht oder abgebaut werden. Sie hat keinen hinreichenden engen

funktionalen Zusammenhang mit der Erstellung des Bauwerkes und ist dementsprechend als Lieferleistung einzuordnen.

## 2.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die ASt hätte grundsätzlich nach § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten des Verfahrens zu tragen, weil sie unterlegen ist. Nach § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB können Kosten, die durch „Verschulden“ eines Beteiligten entstanden sind, diesem auferlegt werden.

Die VSt hat in der Bekanntmachung vom 24.10.2018 die Vergabekammer Nordbayern ausdrücklich als Nachprüfungsinstanz angegeben. Entschließt sich eine Vergabestelle zu dem rechtlichen Hinweis auf das Nachprüfungsverfahren nach dem GWB, erweckt sie damit den Eindruck, die Voraussetzungen seien geprüft und zutreffend bejaht worden (OLG München v. 02.09.2015 - Verg 06/15). Zudem hat die VSt in ihrer Antwort auf die Rüge vom 14.11.2018 als öffentlicher Auftraggeber geantwortet. Damit hat sie einen Rechtsschein gesetzt, dass vorliegend ein Nachprüfungsverfahren zulässig sei.

Daher sind von der VSt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen.

- b) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt notwendig (§ 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 S. 3 BayVwVfG entspr.). Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der VSt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

- c) Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Da die ASt kein Angebot abgegeben hat, konnte die Vergabekammer zur Berechnung der Verfahrenskosten ein solches nicht heranziehen. Die Vergabekammer ist zur Berechnung der Verfahrenskosten daher von den durch die VSt geschätzten Kosten ausgegangen. Unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €

Da am Verfahren keine Beigeladene teilgenommen hat und die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erging, ermäßigt sich die Gebühr auf x.xxx,- €

- d)** Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,-- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die Antragstellerin zurücküberwiesen.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....

.....