

Aktenzeichen:
15 Verg 8/21



Oberlandesgericht Karlsruhe

VERGABESENAT

Beschluss

In Sachen

...

- Antragstellerin und Beschwerdegegnerin -

Prozessbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

Prozessbevollmächtigte:

...

weitere Beteiligte:

...

- Beigeladene und Beschwerdeführerin -

Prozessbevollmächtigte:

...

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - Vergabesenat - durch Richter am Oberlandesgericht Dr. Delius, Richter am Landgericht Herrwerth und Richterin am Oberlandesgericht Dittmar aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 01.10.2021 beschlossen:

1. Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen gegen den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 31. Mai 2021 – 1 VK 11/21 – wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten der Antragstellerin, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren, haben die Beigeladene und der Antragsgegner jeweils zur Hälfte zu tragen.

Gründe

I.

Die Antragstellerin begehrt die Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrags über Dienstleistungen im Beschaffungs- und Vertragsmanagement.

Der Antragsgegner schloss am 11.11.2020 mit der Beigeladenen einen Kooperationsvertrag. Durch diesen wurde er deren assoziiertes Mitglied. Gesellschafter der Beigeladenen sind zwölf Universitätskliniken sowie die Beigeladene. Unternehmensgegenstand ist die Erbringungen von Beratungs-, Vermittlungs- und sonstigen Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Einkauf bzw. der Beschaffung von Produkten (insbesondere medizinische Gebrauchsmaterialien, Investitionsgüter, pharmazeutische Produkte und sonstiger medizinischer Bedarf für Universitätskliniken, Krankenhäuser und andere Einrichtungen im Gesundheitswesen). Durch den Kooperationsvertrag erhielt der Antragsgegner die Rechte aller Mitglieder der Beigeladenen mit Ausnahme derjenigen, die sich allein aus der Gesellschafterstellung ergeben; ebenso übernahm er die Pflichten der Mitglieder mit Ausnahme der sich aus einer Gesellschafterstellung ergebenden. Zu den Rechten zählen insbesondere der Bezug von Waren und Dienstleistungen zu den Konditionen, die die Beigeladene und ein Partner von dieser vereinbart haben, die Nutzung der sonstigen Leistungen des Partners wie beispielsweise die Nutzung von IT-Tools und die Partizipation an wirtschaftlichen Vorteilen sowie die Nutzung der Leistungen der Beigeladenen wie beispielsweise der Zugang zu Datensystemen.

Die Antragstellerin stellte Mitte März 2021 einen Nachprüfungsantrag mit dem Begehren festzustellen, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag unwirksam ist. Der Kooperationsvertrag sei ein Dienstleistungsauftrag, der europaweit hätte ausgeschrieben werden müssen. Die Beigeladene erfülle nicht die Voraussetzungen einer zentralen Beschaffungsstelle, sie sei beim Vertragsschluss keine öffentliche Auftraggeberin gewesen. Sie verfolge Wachstumsziele, trage die Risiken ihrer Tätigkeit und ziele auf die Akquise von Aufträgen aus der Privatwirtschaft. Es gebe diverse Anbieter für Dienstleistungen im Beschaffungs- und Vertragsmanagement des Krankenhausesektors. Die Beigeladene stehe mit der Antragstellerin im Wettbewerb.

Der Antragsgegner hat erwidert, die Zuständigkeit der Vergabekammer sei nicht begründet. Die Beigeladene sei öffentlicher Auftraggeber. Sie arbeite mit ihren Mitgliedern nach dem Mitmachprinzip zusammen und verfüge nicht über die personelle und technische Ausstattung, um mit der Antragstellerin zu konkurrieren. Die Antragstellerin habe ihr Recht auf Nachprüfung verwirkt. Ihr sei aus einem anderen Verfahren bekannt gewesen, dass der Antragsgegner lediglich assoziiertes Mitglied der Beigeladenen geworden sei. Darauf habe die Beigeladene in ihrem Internetauftritt hingewiesen.

Die Beigeladene hat vorgetragen, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Dienstleistungsaufträge seien außer mit den Universitätskliniken, die Gesellschafter seien, ausschließlich mit dem Antragsgegner sowie einer weiteren Universitätsklinik abgeschlossen worden. Für ihre Mitglieder bündele sie die Lieferantenbeziehungen und verschaffe auf diese Weise die Möglichkeit zum Einkauf. Sie sei zentrale Beschaffungsstelle der Universitätskliniken. Zu den Aufgaben einer zentralen Beschaffungsstelle könnten auch Nebenbeschaffungstätigkeiten gehören. Zudem könne die Antragstellerin die Unwirksamkeit nicht mehr geltend machen. Sie habe sich durch die Angebotsabgabe in dem von ihr, der Beigeladenen, ausgeschriebenem Verfahren zur Gewinnung eines Kooperationspartners mit dem Beitritt des Antragsgegners zu ihr einverstanden erklärt.

Durch den angefochtenen Beschluss hat die Vergabekammer festgestellt, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag unwirksam ist, und hat den Antragsgegner verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die verfahrensgegenständlichen Einkaufsdienstleistungen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben.

Der Nachprüfungsantrag sei statthaft. Die Beigeladene sei nicht zentrale Beschaffungsstelle. Sie sei nicht öffentliche Auftraggeberin. Unternehmensgegenstand sei die Erbringung von Dienstleistungen für Universitätskliniken, Krankenhäuser und andere Einrichtungen im Gesundheitswesen, nicht lediglich für die an ihr beteiligten Universitätskliniken. Die Erbringung von Einkaufsdienstleistungen für öffentliche Auftraggeber im Gesundheitswesen liege zwar im Allgemeininteresse. Jedoch handele die Beigeladene gewerblich. Sie sei Wettbewerberin auf dem Markt der Einkaufsdienstleistungen. Sie bezwecke nicht nur, Leistungen für ihre Gesellschafter zu erbringen, sondern werbe auch mit der Möglichkeit einer vergabefreien Inanspruchnahme ihrer Leistungen durch Beitritt als Gesellschafter oder Abschluss eines Kooperationsvertrags sowie damit, eine der führenden Einkaufsgemeinschaften im Gesundheitswesen zu sein. Die Beigeladene beabsichtige des Weiteren, Gewinn zu erzielen. Die Gewinnerzielungsabsicht sei mit dem Wesen einer GmbH verbunden und auch im Gesellschaftsvertrag festgehalten. Die Beigeladene sei zudem zur effizienten Unternehmensführung angehalten. Das mit ihrer Tätigkeit verbundene wirtschaftliche Risiko trage sie selbst. Die Beigeladene sei schließlich kein Verband von öffentlichen Auftraggebern. Sie trete nicht als beschaffende Stelle auf, sondern biete Einkaufsdienstleistungen an. Die

Voraussetzungen eines In-House-Geschäfts lägen ebenfalls nicht vor. Der Antragsgegner kontrolliere die Beigeladene weder allein noch gemeinsam mit deren Gesellschaftern.

Der Nachprüfungsantrag sei rechtzeitig gestellt worden. Eine Frist von 30 Kalendertagen hätte nicht eingehalten werden müssen, da die formalen Voraussetzungen einer Information des Antragsgegners über den Vertragsschluss nicht vorgelegen hätten. Die Antragstellerin habe ihr Recht auf Einhaltung eines Vergabenaachprüfungsverfahrens auch nicht dadurch verwirkt, dass sie Kenntnis über eine Kooperation zwischen Antragsgegner und Beigeladener erworben habe. Es sei Sache eines öffentlichen Auftraggebers, das für die Auftragsvergabe vorgeschriebene Vergabeverfahren einzuhalten.

Der Vertrag sei unwirksam. Durch die Vergabe des Auftrags ohne vorherige Veröffentlichung habe der Antragsgegner gegen Vergaberecht verstoßen. Diese Vorgehensweise sei ihm nicht gestattet gewesen, da die Beigeladene nicht zentrale Beschaffungsstelle sei und die Voraussetzungen einer In-House-Vergabe nicht vorgelegen hätten.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer hat die Beigeladene sofortige Beschwerde eingelegt.

Sie sei öffentliche Auftraggeberin. Davon sei die Antragstellerin selbst in einem Vergabenaachprüfungsverfahren bezüglich der Gewinnung eines Kooperationspartners ausgegangen. Die Antragstellerin habe sich auch um die Kooperation beworben und sich dabei auf sämtliche 14 Universitätskliniken der Beigeladenen bezogen. Entgegen der Ansicht der Vergabekammer sei sie, die Beigeladene, zentrale Beschaffungsstelle, so dass der Antragsgegner nicht verpflichtet gewesen sei, die Tätigkeiten, die Gegenstand des Auftrags seien, auszuschreiben und den Wettbewerb für private Anbieter zu eröffnen. Eine mit der Beschaffung beauftragte externe Stelle teile das rechtliche Schicksal der Stelle, für die die Beschaffung vorgenommen werde. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Einleitung der Vergabe des Kooperationsvertrags mit dem Antragsgegner seien zwölf Universitätskliniken ihre Gesellschafter gewesen und habe sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt, indem sie ihre Mitgliedshäuser bei der Deckung ihres Beschaffungsbedarfs unterstützt habe. Bei der Planung und Durchführung von Vergabeverfahren erbringe sie Beratungs- und Unterstützungsleistungen und erfülle dadurch die Voraussetzungen als zentrale Beschaffungsstelle. Sie sei keine klassische Einkaufsgemeinschaft, kein reiner Einkaufsdienstleister, sondern eher eine interne Koordinierungsstelle zur Organisation von Beschaffungen ihrer Mitglieder. Es sei möglich, die Beschaffungstätigkeit auf die Abwicklung organisatorischer Schritte zu beschränken, während die maßgeblichen und richtungsweisenden Entscheidungen im Verfahren die beschaffende Stelle selbst treffe. Die Vorschriften ließen auch Nebenbeschaffungstätigkeiten zu. Auch Leistungen des Vertragsmanagements seien von der Nebenbeschaffungstätigkeit umfasst. Soweit sie Aufgaben gewerblicher Art wahrgenommen habe, ändere dies nichts daran, dass sie wegen der Aufgaben nicht gewerblicher Art öffentlicher Auftraggeber sei. Ihre Gesellschafter hätten auf die Beschaffung maßgeblichen Einfluss. Die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber sei unteilbar. Zumindest sei sie ein Verband

öffentlicher Auftraggeber; dabei komme es nicht auf die rechtliche Konstruktion an. Sie habe zudem nicht die Absicht, Gewinne zu erzielen; dies sei nicht Hauptzweck ihrer Tätigkeit. Durch den Finanzierungsmechanismus im Umlagesystem, durch den ihre Aufwendungen gedeckt würden, sei sie auch keinem echten Insolvenzrisiko ausgesetzt. Sie stünde nicht in einem Wettbewerb mit der Antragstellerin. Sie sei lediglich für Universitätskliniken tätig und verfolge das bestehende In-House-Modell weiter. Unerheblich sei die Erweiterung des Unternehmensgegenstands auf die Erbringungen von Einkaufsdienstleistungen für weitere Gesundheitseinrichtungen. Die Aufnahme anderer Krankenhäuser oder Einrichtungen sei tatsächlich nicht beabsichtigt.

Davon abgesehen sei die Frist für den Nachprüfungsantrag bei Antragstellung schon abgelaufen gewesen. Die Antragstellerin habe seit Oktober/November 2020 aufgrund der Erwähnung in einem weiteren Nachprüfungsverfahren Kenntnis von der Mitgliedschaft des Antragsgegners. Sie, die Beigeladene, habe zudem Anfang November 2020 auf ihrer Internetseite darauf hingewiesen, dass der Antragsgegner assoziiertes Mitglied würde.

Der Antragsgegner unterstützt die Beigeladene. Der Nachprüfungsantrag sei als unzulässig zurückzuweisen. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer habe er die Beigeladene ohne formales Vergabeverfahren mit der Ausübung zentraler Beschaffungstätigkeiten beauftragen können. Ausschlaggebend zum Abschluss des Kooperationsvertrags sei der besondere Ansatz bei der Durchführung von Beschaffungen, insbesondere das Mitmachprinzip gewesen, durch das die vorhandenen Spezialisierungen in den Mitgliedshäusern genutzt würden, um sämtliches Know-how in die jeweiligen Vergabeverfahren einfließen zu lassen. Die Beigeladene sei öffentliche Auftraggeberin, erfülle die Voraussetzungen einer zentralen Beschaffungsstelle und erbringe nur zulässige Beschaffungstätigkeiten sowie dazugehörige Beratungs- und Unterstützungsleistungen. Der Kooperationsvertrag sei daher privilegiert.

Die Beigeladene und der Antragsgegner beantragen,

den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 31.5.2021, 1 VK 11/21, vollständig aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 15.3.2021 zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde der Beigeladenen zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer.

A.

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen ist zulässig.

Die Beigeladene ist zur Beschwerdeführung befugt. Entgegen ihrem Antrag vor der Vergabekammer hat diese festgestellt, dass der zwischen ihr und dem Antragsgegner geschlossene Vertrag unwirksam ist. Aufgrund der Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags ist sie auch unmittelbar betroffen; bei Unwirksamkeit des Vertrags hat sie keine vertraglichen Rechte und Pflichten.

B.

Die sofortige Beschwerde hat im Ergebnis aber keinen Erfolg.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

- a) aa) Gemäß § 155 GWB unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge der Nachprüfung. Der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen am 11.11.2020 geschlossene Kooperationsvertrag ist ein öffentlicher Auftrag gemäß § 103 Abs. 1, Abs. 4 GWB.

Der in dem Kooperationsvertrag enthaltene Beschaffungsvorgang unterfällt den Vorschriften des Kartellvergaberechts (vgl. BGH, Beschluss vom 1.2.2005 – X ZB 27/04 – juris Rn. 28; EuGH, Urteil vom 22.12.2010 – C 215/09 – Rn. 34; Röwekamp in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB–Vergaberecht, 5. Auflage, § 103 Rn. 32 ff., 49; Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Auflage, § 103 GWB Rn. 20).

Der Antragsgegner hat sich durch den Kooperationsvertrag Dienstleistungen der Beigeladenen verschafft. Zwar sind unmittelbar durch den Kooperationsvertrag im Wesentlichen die Aufnahme des Antragsgegners als assoziiertes Mitglied der Beigeladenen geregelt sowie die aufgrund der Assoziierung dem Antragsgegner eingeräumten Rechte und die diesem auferlegten Pflichten. Die Leistungen, die die Beigeladene zu erbringen hat, sind dagegen in der Dienstleistungsvereinbarung aufgelistet, die sie mit den Gesellschaftern abgeschlossen hatte. Durch die Einräumung der gleichen Rechte, die die Mitglieder haben, hat aber auch der Antragsgegner ein Recht auf deren Erbringung. Weitere Dienstleistungen, auf deren Erbringung der Antragsgegner durch den Abschluss des Kooperationsvertrags ein Recht erhalten hat, sind die im diesem Vertrag genannte Möglichkeit zur Nutzung vorhandener IT-Tools des Kooperationspartners der Beigeladenen und die Möglichkeit des Zugriffs auf deren Datensysteme.

bb) Der Vertrag ist entgeltlich. Aufgrund 2.2.1 des Kooperationsvertrags hat der Antragsgegner sich durch einen „Betrag in Höhe von 10 % der Einsparsumme der jährlichen Einsparsumme der Beschaffungen ...“, höchstens jedoch jährlich 50.000,- EUR an den Kosten der Geschäftsstelle der Beigeladenen zu beteiligen sowie jährlich 30.000,- EUR „für Nutzungen der Leistungen der Beigeladenen im Hinblick auf die Apotheke“ zu zahlen.

Zudem sieht § 3 der Dienstleistungsvereinbarung ein Honorar für die Dienstleistungen in Höhe der entstandenen Aufwendungen zzgl. einer angemessenen Marge vor.

cc) Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber, die Beigeladene Unternehmerin im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.

Die Beigeladene ist eine Einrichtung, die sich rechtlich vom Antragsgegner unterscheidet. Sie ist eine eigenständige Rechtsperson. Der Antragsgegner nimmt Leistungen der Beigeladenen aufgrund eines entgeltlichen Vertrags in Anspruch. Unerheblich ist daher in diesem Zusammenhang, ob die Beigeladene eventuell selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist oder nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 18.11.1999 – C 107/98 – juris Rn. 50; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004 – Verg 78/03 – juris Rn. 24; OLG Naumburg, Beschluss vom 3.11.2005 – 1 Verg 9/05 – juris Rn. 67; Röwekamp a.a.O. Rn. 73). Die Beigeladene ist insbesondere deswegen Unternehmerin im Rechtsverhältnis zum Antragsgegner, weil ihr nicht durch öffentliches Recht ein Aufgabenbereich zugewiesen worden ist, den sie durch den Kooperationsvertrag einhält und ausfüllt. Sie verhält sich daher funktional so wie ein Marktteilnehmer und gewerbsmäßig.

- b) Das Rechtsverhältnis zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen ist auch nicht als öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit zu sehen, die gemäß § 108 GWB von der Anwendung der Vorschriften des 4. Teils des GWB ausgenommen wäre. Die Ausnahmen § 108 Abs. 1 bzw. Abs. 4 finden keine Anwendung. Der Antragsgegner übt über die Beigeladene keine Kontrolle aus, weder allein noch zusammen mit den Gesellschaftern der Beigeladenen. Er ist lediglich eine Kooperation eingegangen, aber nicht Gesellschafter geworden. Ihm stehen daher nicht die Rechte eines Gesellschafters zu, insbesondere nicht die Kontrollrechte (vgl. 2.1 des Kooperationsvertrags).

Durch den Kooperationsvertrag wurde auch keine Zusammenarbeit zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen verabredet, die die Voraussetzungen von § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB erfüllte und dadurch die Anwendung des 4. Teils des GWB ausschließen könnte. Voraussetzung wäre, dass die Zusammenarbeit begründet oder erfüllt worden wäre, um sicherzustellen, dass die von den beteiligten öffentlichen Auftraggebern zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden. Die Zusammenarbeit müsste darauf ausgerichtet sein, die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele sicher zu stellen; öffentliche Einrichtungen müssten bei der Wahrnehmung von ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgaben zusammenarbeiten (vgl. EuGH, Urteil vom 9.6.2009 – C-480/06 - juris Rn. 37; Portz in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, a.a.O., § 108 Rn. 337; von Engelhardt/Kaelble in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, § 108 Rn. 79). Der Antragsgegner und die Beigeladene können aber keine gemeinsamen Ziele verfolgen. Die Beigeladene hat im Gegensatz zum Antragsgegner keine Gemeinwohlaufgabe und damit keine öffentlichen

Dienstleistungen zu erbringen oder sicherzustellen. Sie unterstützt den Antragsgegner lediglich bei dessen Beschaffungen, damit dieser seine ihm allein zustehende Gemeinwohlaufgabe erfüllen kann.

- c) Wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat, brauchte die Antragstellerin nicht innerhalb von einem Monat den Nachprüfungsantrag einzureichen, nachdem sie von dem Kooperationsvertrag Kenntnis erlangt hatte, um eine Nachprüfung zu erreichen. § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB stellt – im Gegensatz zur Vorgängervorschrift – nicht auf eine Kenntniserlangung ab. Vielmehr ist dafür, dass die in § 135 Abs. 2 GWB genannte Frist von 30 Tagen zur Einreichung eines Nachprüfungsantrags zu laufen beginnt, eine „Information der betroffenen Bieter und Bewerber“ durch den öffentlichen Auftraggeber erforderlich. Diese Information muss gezielt sein und insbesondere bei richtlinienkonformer Auslegung auch eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe enthalten (vgl. Senat, Beschluss vom 22.2.2019 – 15 Verg 9/19; Dreher/Hofmann in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, § 135 Rn. 61). Antragsgegner und Beigeladene haben nicht dargelegt, dass die Antragstellerin entsprechend unterrichtet wurde. Sie beziehen sich lediglich auf eine eher beiläufige Unterrichtung vom Abschluss des Kooperationsvertrags in einem anderen Vergabeverfahren und ihren Internetauftritt.

Die Antragstellerin hat ihr Recht, einen Nachprüfungsantrag einzureichen, nicht verwirkt. Angesichts der eindeutigen Bestimmung relativ kurzer Fristen durch das Gesetz kann ein Zeitablauf vor gesetzlichem Fristende eine Verwirkung kaum begründen. Insbesondere hat die Antragstellerin keinen Anlass gegeben, dass der Antragsgegner darauf hätte vertrauen dürfen, sie werde keinen Nachprüfungsantrag stellen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Zu Recht hat die Vergabekammer festgestellt, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladene geschlossene Kooperationsvertrag vom 11.11.2020 gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam ist. Der Antragsgegner vergab den Auftrag für die Leistungen, die er sich durch den Kooperationsvertrag verschafft hat, ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union, ohne dass ihm dies aufgrund Gesetzes gestattet war.

- a) Wie oben unter 1. a) ausgeführt worden ist, vergab der Antragsgegner durch den Kooperationsvertrag einen öffentlichen Auftrag.
- b) Dem Antragsgegner war nicht aufgrund von gesetzlichen Vorschriften gestattet, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der europäischen Union zu vergeben. Mit den Leistungen, zu deren Erbringung die Beigeladene sich durch den Kooperationsvertrag verpflichtete, durfte der Antragsgegner diese nicht § 120 Abs. 4 GWB ohne Ausschreibung beauftragen.

aa) Gemäß § 120 Abs. 4 Satz 3 GWB kann ein öffentlicher Auftraggeber an eine zentrale Beschaffungsstelle öffentliche Aufträge zur Ausübung zentraler Beschaffungstätigkeit vergeben, ohne ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften des 4. Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durchzuführen. Zentrale Beschaffungstätigkeit ist die Vergabe öffentlicher Aufträge oder der Abschluss von Rahmenvereinbarungen durch einen öffentlichen Auftraggeber, der für andere öffentliche Auftraggeber dauerhaft Liefer- und Dienstleistungen beschafft.

bb) Die Beigeladene hat sich durch den Kooperationsvertrag nicht lediglich verpflichtet, für den Antragsgegner dauerhaft Liefer- und Dienstleistungen zu beschaffen. Der Umfang der Verpflichtungen, die sie eingegangen ist, geht vielmehr in nicht unerheblichem Umfang über den nach § 120 Abs. 4 GWB zugelassenen Bereich an Beschaffungstätigkeiten, die ohne Vergabeverfahren vergeben werden können, hinaus.

Dienstleistungsaufträge, die einer zentralen Beschaffungsstelle erteilt werden, können zwar gemäß § 120 Abs. 4 Satz 4 GWB auch Beratungs- und Unterstützungsleistungen bei der Vorbereitung oder Durchführung von Vergabeverfahren umfassen. Zur näheren Bestimmung der zulässigen Beratungs- und Unterstützungsleistungen ist auf Art. 2 Nr. 15 der Richtlinie 2014/24/EU zurückzugreifen. § 120 GWB setzt Art. 37 der Richtlinie um, dessen Abs. 4 Satz 2 bestimmt, dass die öffentlichen Dienstleistungen auch die Ausübung von Nebenbeschaffungstätigkeiten umfassen können. Die Nebenbeschaffungstätigkeiten werden durch Art. 2 Nr. 15 der Richtlinie als Tätigkeiten zur Unterstützung von Beschaffungstätigkeiten, insbesondere in Form der Bereitstellung technischer Infrastruktur, die es öffentlichen Auftraggebern ermöglicht, öffentliche Aufträge zu vergeben oder Rahmenvereinbarungen über Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen abzuschließen, der Beratung zur Ausführung oder Planung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge sowie der Vorbereitung und Verwaltung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge im Namen und für Rechnung des betreffenden öffentlichen Auftraggebers definiert (vgl. auch Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drs.18/6281 S. 99). Demnach sind Unterstützungstätigkeit angesprochen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge stehen.

Es lässt sich nicht feststellen, dass alle Leistungen, mit denen der Antragsgegner die Beigeladene durch den Kooperationsvertrag beauftragt hat, sich im gesetzlich zulässigen Rahmen einer Vergabe ohne Ausschreibung halten, sie in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang mit Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge stehen.

cc) Eine Beauftragung der Beigeladenen mit der Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen im eigenen Namen oder dem ihrer Mitglieder sowie die Unterstützung von Beschaffungstätigkeiten wird im Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen und im

Kooperationsvertrag mit dem Antragsgegner oder der Dienstleistungsvereinbarung lediglich ansatzweise bzw. als eine von vielen Aufgaben genannt. Aus den vorgelegten Verträgen sowie aus dem Vortrag der Beigeladenen, den der Antragsgegner nicht konkretisiert oder erweitert hat, geht auch nicht klar und eindeutig hervor, dass sie dauerhaft lediglich damit betraut ist, die Beschaffungen der Mitglieder, insbesondere auch die des Antragsgegners durchzuführen und Beschaffungstätigkeiten der Mitglieder zu unterstützen. Unter die Dienstleistungen, die der Antragsgegner aufgrund der Dienstleistungsvereinbarung beanspruchen kann, befinden sich jedenfalls in nicht unerheblichem Umfang Aufgaben, die nicht mit einer Beschaffung und der Durchführung eines Vergabeverfahrens verbunden sein müssen und nicht erkennbar verbunden sind.

In der Dienstleistungsvereinbarung, die die Beigeladene mit ihren Gesellschaftern abgeschlossen hat und die durch die Bezugnahme des Kooperationsvertrags auch gegenüber dem Antragsgegner Wirkung entfaltet, beschränkt sich die Aufzählung der von der Beigeladenen zu erbringenden Leistungen nicht erkennbar auf Beschaffungstätigkeiten oder Tätigkeiten zur Unterstützung der Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch die Mitglieder. Die Führung zentraler Verhandlungen mit Lieferanten bzw. externen Dienstleistern soll lediglich zum Zwecke der Durchführung von Beschaffungen für die Auftraggeber erfolgen. Die Implementierung und Umsetzung einer gemeinsamen Datenbasis, die Etablierung eines Berichtswesens betreffend Einkaufs-/Produkt- und Lieferantanalyse, die Durchführung von Bedarfsprüfungen, Mengenkonsolidierungen und Standardisierungen der Beschaffungsbereiche der Auftraggeber, die Durchführung von Standardisierungs- und Optimierungsprojekten im Beschaffungsbereich, die Gestaltung und der Abschluss von Verträgen mit Lieferanten und externen Dienstleistern sowie das Monitoring und die Archivierung bzw. Vertragsmanagement derartiger Verträge, auch im Hinblick auf die Entstehung von Boniansprüchen, die kontinuierliche Marktbeobachtung und Durchführung eines Benchmarking sowie die Förderung des eBusiness und seine verstärkte Nutzung können allenfalls teilweise der Planung, Vorbereitung und Verwaltung von Auftragsvergaben zugerechnet werden. Teilweise können unter den Begriffen Beratungs- und andere Dienstleistungen solche aus dem Bereich einer wirtschaftlichen Unternehmensführung unabhängig von Beschaffungstätigkeiten verstanden werden.

Dem Vortrag der Beigeladenen im Nachprüfungsverfahren lässt sich ebenso wenig mit Bestimmtheit entnehmen, dass die ihr obliegenden Aufgaben sich darauf beschränken, Beschaffungen für den Antragsgegner vorzunehmen oder diesen bei seinen Beschaffungstätigkeiten zu unterstützen. Sie hat zwar dargelegt, dass sie bei der gemeinsamen Beschaffung immer als Stellvertreterin der Mitgliedshäuser auftritt. Auch hat sie den Abschluss von Rahmenverträgen erwähnt. Die Beigeladene hat aber außerdem vorgetragen, dass sie nach dem Mitmachprinzip organisiert sei, sie selbst über vergleichsweise wenige Mitarbeiter in ihrer Geschäftsstelle verfüge, über Projektmanager, nicht über Einkäufer. Sie bündele den Bedarf der an einer konkreten

Beschaffungsmaßnahme beteiligten Häuser und stelle einen Projektmanager zur Verfügung, der sich um die Zusammenstellung der voraussichtlichen Bedarfszahlen und um organisatorische Belange kümmere. Sie habe die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass die Mitgliedshäuser ihrer Abnahmeverpflichtungen aus den geschlossenen Rahmenverträgen nachkommen. Zudem organisiere sie für die gemeinsame Akademie Fortbildungsveranstaltungen und beauftrage hierfür externe Referenten. Die Beigeladene versteht sich, wie sich ausdrückt, in erster Linie als interne Koordinierungsstelle.

Der in § 2 des Gesellschaftervertrags beschriebene Unternehmensgegenstand der Beigeladenen bietet auch keine sichere Begrenzung auf Beschaffungs- und diesbezügliche Unterstützungsleistungen. Angeführt wird die Erbringung von Beratungs-, Vermittlungs- und sonstige Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Einkauf bzw. der Beschaffung von Produkten. In § 2 Abs. 1 Satz 2 des Gesellschaftervertrags wird ausgeführt, dass die Beigeladene berechtigt – nicht darauf beschränkt - ist, auch als zentrale Beschaffungsstelle zur Realisierung von Einkaufsvorteilen durch Nachfragebündelung tätig zu werden. Im gleichen Satz wird das Geschäftsgebiet zudem wiederum ausgeweitet auf die Berechtigung, sonstige Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Vermittlung von Einkaufsmöglichkeiten und –konditionen zu erbringen, unter anderem mit dem Ziel der Optimierung von Beschaffungs- und Prozesskosten, der Standardisierung der Produkte und der Bedarfsplanung, der Entwicklung des eBusiness und seiner extensiven Nutzung sowie der Personalentwicklung.

dd) Durch die Verträge ist die Beigeladene somit Verpflichtungen eingegangen, die nicht den in Art. 2 Nr. 15 der Richtlinie 2014/24/EU beispielhaft genannten Formen einer Unterstützungstätigkeit entsprechen oder mit ihnen vergleichbar sind. Sie sind somit keine Nebenbeschaffungstätigkeiten, deren Beauftragung gemäß § 120 Abs. 4 Satz 3 GWB ohne Vergabeverfahren erfolgen kann.

- c) Offenbleiben kann nach alledem, ob die Beigeladene als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 120 Abs. 4 Satz 1 GWB zu qualifizieren wäre.

III.

Da die sofortige Beschwerde der Beigeladenen keinen Erfolg hat und der Antragsgegner die Beigeladene im Beschwerdeverfahren unterstützt, eigene Anträge gestellt und begründet sowie sich aktiv an der mündlichen Verhandlung beteiligt hat, haben Beigeladene und Antragsgegner gemäß §§ 175 Abs. 2, 71 GWB die Kosten des Beschwerdeverfahrens jeweils hälftig zu tragen. Angemessen ist es auch, dass sie jeweils die Hälfte der Kosten der Antragstellerin übernehmen, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren.

Dr. Delius
Richter
am Oberlandesgericht

Herrwerth
Richter
am Landgericht

Dittmar
Richterin
am Oberlandesgericht
ist aufgrund Urlaubs
verhindert zu unterschreiben.

Dr. Delius