



SACHSEN-ANHALT  
LANDESVERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

**dazu OLG-Entscheidung 1 Verg 5/08 vom 23.04.2009**

**AZ: 1 VK LVwA 06/08**

**Halle, 18.06.2008**

§ 99 Abs. 1 GWB, § 2 Abs. 1 RettDG LSA, § 11 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 RettDG LSA, § 12 Abs. 4  
RettDG LSA, Art. 45 EGV  
- Rettungsdienstleistungen sind keine öffentlichen Aufträge im Sinne des 4. Teils des GWB  
- Rettungsdienstleistungen fallen unter Bereichsausnahme des Art. 45 EGV

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....e.V.

.....

Verfahrensbevollmächtigte

.....

Antragstellerin

gegen

den .....

.....

Antragsgegner

wegen

der gerügten Vergabeverstöße im Offenen Verfahren bezüglich der Vergabe von Rettungsdienstleistungen (Notfallrettung und qualifizierter Krankentransport) im Landkreis ..... hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Die im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens gestellten Anträge der Antragstellerin werden verworfen.
2. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) trägt die Antragstellerin.
3. Die Verfahrenskosten beziffern sich auf insgesamt ..... Euro.

## Gründe

### I.

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am ..... schrieb der Antragsgegner im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) die Vergabe von Rettungsdienstleistungen für den Landkreis ..... für den Zeitraum vom ..... bis zum ..... aus.

Mit Schreiben vom 05.12.2007 rügte die Antragstellerin erstmalig verschiedene Aspekte der Verdingungsunterlagen. Sie vertrat rügeseitig die Auffassung, dass die Nichtaufteilung der Leistung in Lose vergaberechtswidrig sei. Darüber hinaus bemängelte sie die Bewertung der Kriterien zur Leistungserbringung, die Klausel im Leistungsverzeichnis hinsichtlich der Änderung des Einsatzgeschehens, die Aussagen bezüglich des Betriebsüberganges, den Abschluss einer Opt-out-Regelung sowie die Angaben zur Kalkulation der Übernahme nicht abgeschriebener Fahrzeuge.

Zum Abgabetermin am 16.01.2008 lagen dem Antragsgegner 4 Angebote vor. Ausweislich des übergebenen Vergabevermerkes erfüllte nur das Angebot der Bietergemeinschaft ..... und ..... die formalen Anforderungen.

Unter Bezugnahme auf § 13 der Vergabeverordnung (VgV) informierte der Antragsgegner mittels Fax-Schreiben vom 28.03.2008 die Bieter über das Auswertungsergebnis. Gegenüber der Antragstellerin legte er dar, dass ihr Angebot gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A aufgrund der fehlenden Liste über die wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen unter Angabe des Rechnungswertes und des Leistungszeitraumes für öffentliche Auftraggeber, ausgestellt von der zuständigen Behörde/Auftraggeber, auszuschließen sei. Zudem sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Bietergemeinschaft ..... und ..... zu erteilen.

Daraufhin ließ die Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner mittels anwaltlichem Fax-Schreiben vom 03.04.2008 die beabsichtigte Vergabeentscheidung sowie die offensichtlich rechtswidrige Entscheidung des Kreistages des Landkreises ..... aufgrund der Befangenheit mindestens eines Mitgliedes des ..... rügen. Die Antragstellerin sei in den letzten Jahren beim Rechtsvorgänger des jetzigen Landkreises tätig gewesen und verfüge damit über die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A. Rechnungswert und Leistungszeit seien daher dem Antragsgegner bekannt. Darüber hinaus gab sie dem Antragsgegner letztendlich bis zum 08.04.2008 Gelegenheit, von der beabsichtigten Entscheidung Abstand zu nehmen. Diesem Begehren kam der Antragsgegner ausweislich seines per Fax zugegangenen Schreibens vom 07.04.2008 nicht nach.

In Folge dessen hat die Antragstellerin mittels eines am selben Tag bei der erkennenden Kammer per Fax eingegangenen anwaltlichen Schriftsatzes vom 08.04.2008 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Dieser ist dem Antragsgegner noch am 08.04.2008 mit Verfügung der Vergabekammer unter Aussetzung des Vergabeverfahrens und Aufforderung zur Stellungnahme zugestellt worden.

Die Antragstellerin lässt anwaltlich vortragen, dass der Nachprüfungsantrag entgegen der durch die Kammer im Vorfeld der Beschlussfassung schriftlich dargelegten Rechtsauffassung zulässig sei. Gegen das Vorliegen einer offensichtlichen Unzulässigkeit oder Unbegründetheit spreche bereits, dass die Kammer aufgrund der Komplexität der Sach- und Rechtslage die Frist verlängern musste.

Darüber hinaus habe der Antragsgegner bereits mit der Bekanntmachung dieses Dienstleistungsauftrages dokumentiert, dass er sich einer Kontrolle nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB unterziehe. Hieran müsse er sich nunmehr auch festhalten lassen.

Dafür spreche auch die europaweite Ausschreibung der Leistung nach den Vorschriften der VOL/A sowie die Nichtweiterberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin unter Bezugnahme auf § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A. Eine ebensolche Wirkung komme auch dem Schreiben vom 28.03.2008 zu, in dem sich die Auftraggeberseite auf die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie auf § 13 VgV stützt. Im Übrigen habe bisher selbst der Antragsgegner nicht an der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages gezweifelt. Es gehe hier nicht um den Rechtscharakter des Rettungsdienstes, sondern um seine Vergabe.

Selbst wenn es zuträfe, dass es sich bei Rettungsdienstleistungen um eine hoheitliche Aufgabe handele, ändere dies nichts daran, dass der Antragsgegner bei der Vergabe privatrechtlich gehandelt habe. Da materiell-öffentliche Funktionen in privatrechtlicher Handlungsform wahrgenommen worden seien, handele es sich hier um Verwaltungsprivatrecht. Dies ergebe sich unmissverständlich aus der Vergabebekanntmachung und aus der Durchführung des Verfahrens mit der erklärten Zielrichtung auf § 97 GWB, § 13 VgV sowie auf die komplette VOL/A. Der Auftraggeber habe sich hier für ein Verfahren entschieden, welches den Nachprüfungsregeln des vierten Teils des GWB und dem Verwaltungsprivatrecht und seiner Freiheit der Formenwahl unterliege. Hier komme es nicht drauf an, ob Rettungsdienstleistungen als öffentlich-rechtliche Aufgabe zu qualifizieren sei, sondern darauf, ob die Vergabe derartiger Leistungen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei. Vorliegend habe der Antragsgegner dies selbst beantwortet, indem er mit privatrechtlichen Handlungsformen eine materiell-öffentliche Funktion erfüllen wolle. Der Landkreis habe sein Bestimmungsrecht über die Wahl des Privatrechts als Rechtsform getroffen. Es treffe eben nicht zu, dass die Charakterisierung von Rettungsdienstleistungen als hoheitliche Aufgabe mit der Rechtsnatur eines klassischen Auftragsverhältnisses gemäß § 99 Abs. 1 GWB unvereinbar sei, vielmehr könne der Antragsgegner wählen. Er habe sich hier für die Durchführung eines vergaberechtlichen Verfahrens mit der Option eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens entschieden.

Auch wenn man der Auffassung folgen würde, bei dem ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag handele es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, so führe auch dies zur unmittelbaren Geltung des vierten Teils des GWB. Nach der Rechtsprechung des EuGH komme es für die Anwendung von §§ 97 ff. GWB gar nicht darauf an, ob es sich um einen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag handelt. Öffentlich-rechtliche Verträge fallen unter die vergaberechtlichen Anforderungen. Europarechtlich spiele die nationale Zuordnung zu öffentlichem Recht oder Privatrecht für den Anwendungsbereich der europarechtlich geprägten Vergaberichtlinien keine Rolle und dürfe dies auch nicht. Der EuGH gehe unmissverständlich davon aus, dass selbst auf einen verwaltungsrechtlichen Vertrag das Vergaberecht anwendbar sei. Dies sei auf sämtliche öffentlich-rechtliche Verträge übertragbar. Die Nichtanwendung des vierten Teils des GWB wäre daher nicht nur ein Verstoß gegen innerstaatliches Recht, sondern auch ein klarer Europarechtsverstoß. Überdies würde es eine Verkürzung des Rechtsweges bedeuten, was bereits in sich ebenfalls ein Verstoß gegen nationales Recht darstelle und europarechtswidrig sei. Ausweislich der europarechtlichen Vergaberichtlinien komme es darauf an, vor der Zuschlagserteilung effektiven Rechtsschutz erlangen zu können. Dem sei der nationale Gesetzgeber mit dem grundsätzlichen Suspensiveffekt des § 115 Abs. 1 GWB nachgekommen. Wäre ein derartiger Suspensiveffekt bei der Auftragsvergabe nicht gegeben, weil -nach vorläufiger Auffassung der Vergabekammer- bei angeblich hoheitlicher Auftragsvergabe die §§ 97 ff. GWB keine Anwendung fänden, bedeute dies

eine Verkürzung und Erschwernis des Rechtsweges gegenüber dem Nachprüfungsverfahren der §§ 97 ff. GWB. Eine einstweilige Anordnung gemäß § 123 Verwaltungsgerichtsordnung, die erst noch erstritten werden müsse, sei etwas völlig anderes, als der grundsätzlich automatisch eintretende Suspensiveffekt. Für eine derartige Ungleichbehandlung sei kein sachlicher Grund ersichtlich. Diese Kontrollüberlegung zeige, dass es im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, auf eine Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen nicht ankomme, da alle Verträge gleich zu behandeln seien. Darüber hinaus habe sich im vorliegenden Fall der Antragsgegner im Rahmen der Freiheit der Formenwahl entschieden, dass GWB anzuwenden. Der Gesetzgeber sei nicht befugt, ein vom GWB im Rahmen des Rettungsdienstes abweichendes Ausschreibungsverfahren zu entwerfen. Vielmehr knüpfe er lediglich an die Möglichkeit der Freiheit der Formenwahl an.

Darüber hinaus stünde der Zulässigkeit des Antrages auch nicht der Wortlaut des § 11 Abs. 2 Rettungsdienstgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (RettDG LSA) entgegen. Denn die Vorschriften der §§ 97 ff. GWB würden erst Recht gelten, da der § 11 Abs. 2 RettDG LSA explizit auf diese Vorschriften verweist und darin festlegt, dass im Angebotsverfahren die Vorschriften des vierten Teils entsprechend angewendet werden könnten. Eine Freiheit der Formenwahl auch für den Rettungsdienstbereich sei dadurch geradezu bestätigt worden. Auch liege keine Besonderheit in der Regelung des § 11 Abs. 1 RettDG LSA, ausweislich dessen der Träger des Rettungsdienstes dem Leistungserbringer die Genehmigung erteilen solle, wenn dieser in einem Wettbewerb das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Die Frage der näheren Ausgestaltung unterliege der Freiheit der Formenwahl durch die öffentliche Hand.

Die Vorschrift sei vielmehr verfassungskonform und europarechtskonform dahingehend zu interpretieren, dass in Freiheit der Formenwahl nach allgemeinen Grundsätzen Ermessen bestünde und für die Geltung und Anwendung der §§ 97 ff. GWB das in § 11 Abs. 2 RettDG LSA eingeräumte Ermessen auf Null reduziert sei. Die Vergabestelle habe sich ohnehin für die Anwendung von Verwaltungsprivatrecht entschieden, so dass letzteres unproblematisch sei. Der öffentlich-rechtliche Charakter der Genehmigung stehe dem nicht entgegen. Anders könne es auch nicht sein, weil jedes andere Ergebnis gegen Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz und damit gegen nationales Verfassungsrecht und Europarecht verstoßen würde. Die Zulässigkeit des Antrages sei somit bei Prüfung sämtlicher Gesichtspunkte gegeben.

Auch habe die Antragstellerin die von ihr erkannten vermeintlichen Vergabeverstöße unverzüglich gegenüber dem Antragsgegner gerügt. Die Antragstellerin habe vor dem 28.03.2008 keinerlei Kenntnis von der Mitwirkung des Herrn ..... an der Kreistagssitzung gehabt. Gemäß § 13 VgV beginnt die Frist einen Tag nach Abgabe der Erklärung, also am Samstag, den 29.03.2008. Somit habe die Antragstellerin am darauffolgenden Montag Kenntnis von der beabsichtigten Entscheidung erlangt. Aber erst am 03.04.2008 habe sie die Information erhalten, dass Herr ..... beratend und beschließend an der Sitzung des Kreistages teilgenommen habe. Somit sei die am selben Tage erhobene Rüge unverzüglich erfolgt.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Bereits die fehlende Loseinteilung der Leistung stelle einen Pflichtverstoß dar, der unmittelbar im Rahmen des § 97 Abs. 7 GWB überprüfbar sei. Bereits gerügte diverse Mängel bzw. Unklarheiten der Ausschreibungsunterlagen stünden einer Zuschlagserteilung unter dem Aspekt der Transparenz- und Wettbewerbsgleichheit entgegen. Darüber hinaus sei die Mitwirkung des Kreistagsmitgliedes Herrn ..... bei der Beschlussfassung entsprechend

§ 31 Abs. 1 Satz 1 der Gemeindeordnung des Landes Sachsen-Anhalt i. V. m. § 31 Abs. 5 der Landkreisordnung des Landes Sachsen-Anhalt offensichtlich rechtswidrig. Zudem habe der Antragsgegner das Angebot der Antragstellerin unrechtmäßig vom Verfahren ausgeschlossen, denn sie verfüge als teilweise Rechtsvorgänger des Antragsgegners sehr wohl über das Wissen hinsichtlich des Vorliegens der erforderlichen Fachkunde. Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung verstoße der Antragsgegner daher gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot und Transparenzgebot.

Auch gebe es keinerlei Grund die Akteneinsicht zu verweigern. Soweit die Akten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten würden, sei es Sache der Beigeladenen gewesen, gegebenenfalls nach Hinweis durch den Antragsgegner, dies entsprechend zu kennzeichnen und getrennt vorzulegen. Die Antragstellerin habe einen grundrechtlich geschützten Anspruch auf rechtliches Gehör wegen des Gebotes effektiven Rechtsschutzes. Aufgrund der durchgeführten europaweiten Ausschreibung wäre eine Verweigerung des Akteneinsichtsrechtes nicht europarechtskonform, da nach den einschlägigen EU-Regelungen sicher zu stellen sei, dass die Vergabe den Grundsätzen der Transparenz und Nachprüfbarkeit genüge.

Sie beantragt daher,

1. die Überprüfung der Entscheidung des Antragsgegners vom 28.03.2008 derart, dass die Antragstellerin am Vergabeverfahren weiter teilnimmt und dem Antragsgegner untersagt wird, den Zuschlag der Bietergemeinschaft ..... und ..... zu erteilen,
2. vollständige Akteneinsicht in die vollständig beizufügenden Verwaltungsvorgänge zu gewähren,
3. hilfsweise, das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren bis zu einer Entscheidung der Oberen Kommunalaufsicht und die Wirksamkeit der Beschlussfassung des Kreistages in der Sitzung am 27.03.2008 auszusetzen und
4. den Antragsgegner zu verpflichten gemäß § 421 Zivilprozessordnung, das Anwesenheitsprotokoll vorzulegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen,
2. den Antrag auf vollständige Einsicht in die Akten zurückzuweisen,
3. den Antrag auf Vorlage des Anwesenheitsprotokolls der Sitzung des Kreistages des Landkreises ..... am 27.03.2008 zurückzuweisen und
4. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Der Antragsgegner vertritt die Auffassung,

dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig, im Übrigen auch unbegründet sei.

Die Antragstellerin habe die vermeintlichen Vergabeverstöße nicht rechtzeitig im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB i. V. m. § 121 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch gerügt. Bereits am 19.03.2008 hätte die Antragstellerin offensichtlich Kenntnisse hinsichtlich der beabsichtigten Zuschlagserteilung gehabt, was das Rügeerfordernis ausgelöst habe. Spätestens mit Zugang des Informationsschreibens am 28.03.2008 habe die Antragstellerin aufgrund einfacher vergaberechtlicher Aspekte innerhalb ein bis drei Tagen die Vergabeverstöße gegenüber dem Antragsgegner rügen müssen. Das am 03.04.2008, um 20.12 Uhr gefaxte Rügeschreiben sei erst am 04.04.2008 in den Bereich des Empfängers gelangt, da die Geschäftszeit des Antragsgegners um 18.00 Uhr geendet habe. Somit sei die Rüge nicht rechtzeitig erhoben worden und der Nachprüfungsantrag daher präkludiert.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet. Das Angebot sei zu Recht ausgeschlossen worden, da die geforderten Eignungsnachweise nicht beilagen. Der Bieter sei grundsätzlich gehalten, die verlangten Erklärungen einzureichen, auch wenn der Auftraggeber weiß, welchen Inhalt diese voraussichtlich haben werden. Denn der Auftraggeber müsse sich insbesondere nicht darauf verweisen lassen, den Inhalt vom Bieter als bekannt

vorausgesetzter Angaben im Wege eigener Nachforschungen auf sein Vorliegen und seine Aktualität zu überprüfen. Im Übrigen enthalte das Angebot ebenso nicht die Bescheinigungen der öffentlichen Auftraggeber mit Angabe des Rechnungswertes betreffend der Referenzen der Stadt ..... und des Landkreises .....

Des Weiteren sei der vermeintliche Verstoß gegen ein absolutes Mitwirkungsverbot des Herrn ..... für dieses Verfahren aus kommunalrechtlicher und vergaberechtlicher Sicht ohne Bedeutung. Herr ..... sei zwar Mitglied des Kreistages des ..... sowie des ..... aber weder Vorstandsmitglied des ..... noch Mitglied des Vorstandes i. S. d. Satzung des ..... und erhalte kein Entgelt des ..... Daher werde davon ausgegangen, dass dessen Mitgliedschaft sich auf die Entscheidung im Vergabeverfahren nicht auswirke.

Zudem verstoße die Nichteinteilung der Leistung in Lose nicht gegen vergaberechtliche Mittelstandsschutzregeln und gegen das Gleichbehandlungsgebot. Eine Pflicht der Losvergabe könne nur dann abgeleitet werden, wenn die Vergabe des Gesamtauftrages andere mittelständische Bieter ausschließen würde, was im vorliegenden Fall unzutreffend sei. Im Vergabevermerk seien die Gründe nachvollziehbar dargelegt worden. Auch hinsichtlich der vermeintlichen Mängel bzw. Unklarheiten der Ausschreibungsunterlagen könne der Antragsgegner keine rechtswidrigen Verstöße gegen Vergabebestimmungen feststellen.

Abschließend wird auftraggeberseitig eine vollumfängliche Akteneinsicht aufgrund der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der konkurrierenden Mitbieter abgelehnt. Die Akteneinsicht dürfe insbesondere nicht in die Angebote der Mitbieter, in die Auswertungsunterlagen die Angebotsinhalte betreffend sowie in die Niederschrift der Eröffnungsverhandlung gewährt werden.

Seitens der erkennenden Kammer sind alle Beteiligten mit Schreiben vom 19.05.2008 darüber informiert worden, dass im schriftlichen Verfahren entschieden werden solle. Mittels Schreiben vom 02.06.2008 hat die Kammer den Beteiligten gegenüber dargelegt, dass beabsichtigt sei, den Nachprüfungsantrag nach derzeitiger Sach- und Rechtslage als unzulässig zu verwerfen. Gleichzeitig haben die Beteiligten die Gelegenheit zur abschließenden Stellungnahme erhalten.

Aufgrund des seitens des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin geäußerten Hinweises im Schriftsatz vom 09.06.2008 hat die Kammer mit Schreiben vom 17.06.2008 mitgeteilt, dass sie an ihrer Rechtsauffassung festhält und ihm die Möglichkeit eingeräumt, bis zum 18.06.2008, 15.00 Uhr, die angekündigten Hilfsanträge zu stellen. Mit anwaltlichen Fax-Schreiben vom 18.06.2008, um 11.33 Uhr, hat der Verfahrensbevollmächtigte aufgrund eines vorgetragenen besonderen Abstimmungserfordernisses mit der Mandantschaft um eine Fristverlängerung bis zum 20.06.2008 nachgesucht. Diesem Begehren hat die erkennende Kammer unter Bezugnahme auf den Beschleunigungsgrundsatz und die bereits mit Verfügung vom 02.06.2008 bekannt gegebene Rechtsauffassung nicht nachkommen können. Eine Reaktion der Antragstellerseite erfolgte nicht.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig. Es fehlt hier bereits an der Zuständigkeit der erkennenden Kammer, da der vierte Teil des GWB keine Anwendung findet.

Die Anwendbarkeit des vierten Teiles des GWB scheidet hier nicht an einer Qualifizierung der „vertraglichen Regelung“ zwischen dem Träger des Rettungsdienstes und einem durch diesen beauftragten Dritten als öffentlich-rechtlicher Vertrag. Der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin weist zu Recht darauf hin, dass das Vergaberecht grundsätzlich rechtsformunabhängig Anwendung findet. Prinzipiell unterliegen auch sog. verwaltungsrechtliche Verträge dem Vergaberegime, so der EuGH, Urt. v. 12.07.2001 – Rs. C-3998/399.

Gegen eine Verpflichtung zur Anwendung der §§ 97 ff. GWB spricht vielmehr die öffentlich-rechtliche Organisation des Rettungsdienstes in Sachsen-Anhalt. Diese hat auch die Neufassung des Rettungsdienstgesetzes zum 01.01.2007 unverändert gelassen. § 2 Abs. 1 RettDG LSA definiert den Rettungsdienst ausdrücklich als eine öffentlich-rechtliche Aufgabe im Rahmen der Daseinsvorsorge. Ebenso ist die Organisation des Rettungsdienstes im Ge-

setz eingehend geregelt. So sind nach § 6 Abs. 1 RettDG LSA Einsatzleitstellen zu errichten und zu unterhalten. Ausweislich § 6 RettDG LSA ist ein Rettungsdienstbereichsplan aufzustellen, der u. a. auch Festlegungen zu den Standorten, den Einsatzbereichen und den Bereitschaftszeiten der Fahrzeuge umfasst. Weiterhin existieren Festlegungen über die Qualitätsanforderungen des ärztlichen und nichtärztlichen Personals (§§ 8, 9 RettDG LSA). Die Aufgaben des Rettungsdienstes können durch die Landkreise und kreisfreien Städte als Träger der Rettungsdienstes im Weg der Genehmigung auf Dritte übertragen werden, (§ 11 RettDG LSA). Diese Genehmigung kann auch nachträglich noch mit Nebenbestimmungen versehen werden, die u. a. auch die Art und Weise der Zusammenarbeit mit den Einsatzleitstellen, anderer Leistungserbringer und den im Rettungsdienst tätigen Ärzten regeln. Die Wahrung rettungsdienstlicher Aufgaben ist daher auch in dieser konkreten gesetzlichen Ausgestaltung einheitlich und unmittelbar der hoheitlichen Betätigung des Staates zuzurechnen. Die Entscheidung eines Trägers von Rettungsdienstleistungen, welchen Dritten er sich zur Erfüllung seiner Aufgaben bedienen möchte, betrifft deshalb im Rechtssinne keine nach Marktgesetzen, d.h. in einem im Wettbewerb nach §§ 97 ff. GWB zu beschaffende Leistung, so wohl auch OLG Naumburg, 1 Verg 02/06 im Vorgriff auf das Inkrafttreten des RettDG LSA zum 01.01.2007.

Gegen diese Sichtweise spricht weder der Umstand, dass der Antragsgegner ein europaweites Vergabeverfahren durchgeführt hat, noch dass § 11 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 RettDG LSA als ein Kriterium der Genehmigung im Zusammenhang mit der Ermittlung des wirtschaftlichen Angebotes auf die Möglichkeit der Durchführung eines Angebotsverfahrens in entsprechender Anwendung der Regelungen des vierten Teils des GWB hinweist.

Zum einen ist die Durchführung einer europaweiten Ausschreibung nicht mit der Verpflichtung zur europaweiten Ausschreibung gleichzusetzen und nur Letztere vermag die Zuständigkeit der erkennenden Kammer zu begründen. Der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin irrt daher, wenn er eine Rechtswegeröffnung in Folge einer freiwilligen Unterwerfung der Auftraggeberseite unter den vierten Teil des GWB andeutet. Zum anderen stellt § 11 Abs. 2 RettDG LSA, ungeachtet aller Überlegung zur Zuständigkeit bzw. Unzuständigkeit des Landesgesetzgebers gerade keinen zwingenden Bezug zwischen der Genehmigung der Übertragung von Rettungsdienstleistungen und einem Angebotsverfahren nach den Regelungen des vierten Teils des GWB her. § 11 Abs. 2 RettDG LSA kommt nach Auffassung der erkennenden Kammer lediglich ein empfehlender Charakter zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung zu, nicht mehr. Es dürfte darüber Einigkeit bestehen, dass eine derartige Regelung bereits inhaltlich nicht in der Lage ist, eine Rechtswegzuständigkeit zu bewirken. Der bloße landesgesetzgeberische Hinweis auf die Möglichkeit der analogen Anwendung der Regelungen des vierten Teils des GWB macht deutlich, dass der Landesgesetzgeber offenbar ebenso nicht von einer bereits verpflichtenden Anwendbarkeit des § 99 Abs. 1 GWB ausgeht.

Die Kammer steht mit ihrer Haltung auch nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, der in seiner Entscheidung v. 24.09.1998 (Rs. C-76/97) über die Übertragung von nicht-hoheitlichen Rettungsdienstleistungen befunden hat. Nach der derzeit in Sachsen-Anhalt geltenden Rechtslage ist der Rettungsdienst jedoch als eine hoheitliche Aufgabe ausgestaltet.

Die Kammerentscheidung korrespondiert ebenso mit den Bestimmungen des EG-Vertrages (EGV).

Ausweislich Art. 45 EGV finden die Regelungen im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit (Kapitel 2, Art. 43-48 EGV) auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung. Diese primärrechtliche Bestimmung überlagert die antragstellerseitig angeführten nachrangigen EG-Vergaberichtlinien im Sinne einer Bereichsausnahme, da Letztere wesentlich auf der Grundfreiheit des ungehinderten Dienstleistungsverkehrs sowie auf dem Bestreben einer Öffnung der Märkte beruhen. In der Rechtsprechung des EuGH ist dies stets dahin ausgelegt worden, dass vom gemeinschaftsrechtlichen Begriff der (dauernden oder zeitweisen) Ausübung öffentlicher Gewalt diejenigen Tätigkeiten erfasst sind, die „für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung

öffentlicher Gewalt mit einschließen“ (vgl. EuGH, Urt. v. 21.6.1974 – Rs. C-2/74, Slg. 1974, 631, Tz. 44/45; Urt. v. 5.12.1989 – Rs. C-3/88, NVwZ 1991, 356, Tz. 13). Der Begriff der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ ist in den Entscheidungen des EuGH nicht im Sinn einer Befugnis zum Einsatz von staatlichen Zwangsmitteln zu verstehen und hierauf begrenzt, sondern umfasst allgemein die Berechtigung, hoheitliche (dem Staat zustehende) Befugnisse auszuüben.

Die Wahrnehmung von Rettungsdienstaufgaben durch Hilfsorganisationen und/oder private Auftragnehmer schließt im vorstehend dargestellten Sinn eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Gewalt ein. Als gewissermaßen verlängerter Arm der behördlichen Träger des Rettungsdienstes sind beauftragte Hilfsorganisationen und private Auftragnehmer (jedenfalls zeitweise) bei der Wahrnehmung von Aufgaben des Rettungsdienstes mit denselben hoheitlichen Befugnissen ausgestattet, die dem öffentlich-rechtlichen Träger des Rettungsdienstes zukommen, sofern er diese Aufgaben selbst durchführte.

Diesbezüglich ist zunächst auf die Sonderrechte hinzuweisen, die Fahrzeuge des Rettungsdienstes nach der Straßenverkehrsordnung haben. Die Ausübung von Sonderrechten durch beauftragte Dritte ist dem Träger des Rettungsdienstes als Behörde im Sinne des § 1 Abs. 4 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) zuzurechnen. Zur Rettung von Menschenleben sowie zur Abwendung schwerer gesundheitlicher Schäden sind Fahrzeuge des Rettungsdienstes gemäß § 35 Abs. 5a Straßenverkehrsordnung (StVO) von den Vorschriften der Straßenverkehrsordnung befreit. Gemäß § 38 Abs. 1 StVO haben sie dazu blaues Blinklicht zusammen mit dem Einsatzhorn zu verwenden, wodurch unmittelbar angeordnet wird, dass alle übrigen Verkehrsteilnehmer sofort freie Bahn zu schaffen haben. Bei den durch Blaulicht und Einsatzhorn gekennzeichneten Einsätzen üben die Rettungsdienstleister gegenüber den Bürgern spezifisch staatliche Hoheitsprivilegien, d.h. hoheitliche Eingriffsbefugnisse, aus, die ansonsten den staatlichen Einrichtungen (wie Polizei, Feuerwehr, Katastrophenschutz und Zolldienst) vorbehalten sind (vgl. § 35 Abs. 1 StVO).

Darüber hinaus sind Rettungsdienstleister bei Verletzungen oder Krankheit kraft des RettDG LSA befugt, Notfallrettungsmaßnahmen unabhängig von einer vorher einzuholenden Einwilligung des betroffenen Patienten durchzuführen, um Lebensgefahr oder schwere gesundheitliche Schäden abzuwenden. Das ergibt sich aus der in den § 2 Abs. 2 RettDG LSA normierten Aufgabenstellung der Notfallrettung, die und zwar aus Gründen der Gesundheitsvorsorge und Gefahrenabwehr sowie unter dem Gebot raschen Handelns darin besteht, lebensrettende Maßnahmen am Notfallort durchzuführen, die Transportfähigkeit des Patienten herzustellen und sie unter Aufrechterhaltung der Transportfähigkeit und Vermeidung weiterer Schäden in ein für die weitere Versorgung geeignetes Krankenhaus zu befördern. Zwar richtet sich die Aufgabe der Notfallrettung an die Träger des Rettungsdienstes, jedoch können sich diese laut § 3 Abs. 2 RettDG LSA geeigneter Leistungserbringer bedienen. Findet dies statt, so stehen dem Rettungsdienstleister dieselben Sonderbefugnisse wie dem Träger rettungsdienstlicher Aufgaben zu. Sein Tätigwerden ist dem Träger des Rettungsdienstes wie eigenes zuzurechnen (§ 1 Abs. 4 VwVfG).

In diesem Zusammenhang vermögen auch die Erwägungen der Vergabekammer Sachsen in ihrem Beschluss vom 26.03.2008 - I/SVK/005-08 – zu der Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zu keinem anderen Ergebnis führen. Denn im Gegensatz zum Sächsischen Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz v. 24.07.2004 räumt das RettDG LSA dem jeweiligen Leistungserbringer eine gewisse Selbstständigkeit ein. Diese zeigt sich neben der gleichberechtigten Beteiligung dieser Leistungserbringer am Kostenermittlungsverfahren auch an deren Befugnis, mit den Trägern der Sozialversicherungen Benutzungsentgelte zu vereinbaren. Gegenüber nicht bei einem Kostenträger versicherten Personen können die Leistungserbringer ausweislich § 12 Abs. 4 RettDG LSA selbständig Benutzungsentgelte erheben. Der Gesetzgeber hat dem Leistungserbringer hier also genau die Selbstständigkeit gegeben, die nach Auffassung des EuGH den bloßen Verwaltungshelfer vom eigenverantwortlich handelnden und mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Dritten unterscheidet.

Die Ausübung der hoheitlichen Befugnisse des Rettungsdienstes ist mit dem Beruf des Rettungsdienstleiters eng verknüpft (vgl. EuGH, Urt. v. 21.6.1974, a.a.O., Tz. 46/47). Sie bildet einen nicht abtrennbaren Teil der Berufstätigkeit des Rettungsdienstleiters. Denn die Aufgabe der Notfallrettung ist typischerweise mit einer zeitweisen Ausübung von Sonderbefugnissen verbunden und praktisch gar nicht anders wahrnehmbar. Infolgedessen unterliegt die Vergabe von Rettungsdienstleistungen einer im EG-Vertrag konstituierten Bereichsausnahme vom Vergaberecht, die darauf gründet, dass die Mitgliedsstaaten ausländischen Staatsangehörigen den Zugang zu dem mit einer Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Rettungsdienst verwehren dürfen. § 99 GWB ist mit diesem Inhalt europarechtskonform ausulegen, was hier zur Unanwendbarkeit dieser Regelung und somit zur Unzuständigkeit der erkennenden Kammer führt.

Abschließend sei noch darauf verwiesen, dass eine Verlängerung der Bearbeitungsfrist in keinem Widerspruch zur Feststellung der Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrages steht. § 112 Abs. 1 Satz 2 GWB sieht einen kammerseitigen Verzicht auf eine mündliche Verhandlung im Falle der Unzulässigkeit bzw. einer offensichtlichen Unbegründetheit vor. Soweit durch den Anwalt der Antragstellerin das Vorliegen einer offensichtlichen Unzulässigkeit aufgrund der kammerseitig benötigten Zeit zur Entscheidung angezweifelt wird, sind diese Erwägungen bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes heraus unbeachtlich. Denn vom Erfordernis einer offensichtlichen Unzulässigkeit als Grundvoraussetzung für einen gesetzlich legitimierten Verzicht auf eine mündliche Verhandlung kann keine Rede sein.

Dem Antrag auf Akteneinsicht konnte aus den obigen Darlegungen heraus ebenso nicht entsprochen werden.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang des Verfahrens im Verhältnis zu dem von ihm gestellten Antrag in diesem Verfahren maßgeblich. Im streitbefangenen Verfahren wird der Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen, den Anträgen der Antragstellerin demnach nicht entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen derselben, so dass sie die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Die Höhe der Kosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welchen der Antrag bei der Kammer verursacht hat, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Verfahrens.

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB) basierend auf der Vertragslaufzeit vom 01.01.2009 bis zum 31.12.2014 aufgrund der Bruttoangebotssumme der Antragstellerin für die Jahre 2009/2010 in Zusammenhang mit einer kammerseitig vorgenommenen Hochrechnung für die 6-jährige Vertragslaufzeit ..... Euro.

Zu der fälligen Gebühr addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt) in Höhe von ..... Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf

..... **Euro,**

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Unter Abzug des bereits durch die Antragstellerin eingezahlten Kostenvorschusses von 2.500,- Euro hat sie nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses unter Verwendung des Kassenzzeichens 3300-..... den Betrag in Höhe von ..... **Euro** auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 einzuzahlen.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen bei einem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez.Thomas

gez.Pönitz

gez.Foerster