



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

**dazu Entscheidung des Oberlandesgerichtes Naumburg 2 Verg 4/11
vom 25.08.2011**

AZ: 1 VK LVwA 18/09

Halle, 11.04.2011

§ 18 a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A, § 18 a Nr. 1 VOL/A, § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A, § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A

1. Es ist ein unzulässiges ungewöhnliches Risiko, wenn bei einer Vertragslaufzeit von sechs Jahren nur für die ersten zwei Jahre Kosten- und Leistungsverzeichnisse vorgesehen sind.

2. Es kann im Einzelfall unzulässig sein und bestimmte Bieter benachteiligen, das Vorhalten von Kapazitäten zu verlangen, soweit hierfür keine Kosten erstattet werden sollen.

3. Die Regelungen zu Angebotsfristen sind bieterschützend.

In den Feststellungsverfahren der

..... GmbH
.....

Antragstellerin zu 1)

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte
.....

sowie der

.....gGmbH
.....

Antragstellerin zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte
.....

gegen

die
.....

Antragsgegnerin

wegen

der gerügten Vergabeverstöße zur Vergabe von Dienstleistungen im Bereich der Notfallrettung und Krankentransport, Lose 1 bis 4 [Lose 1-4: Antragstellerin zu 1) und Los 1: Antragstellerin zu 2)] für die Stadt hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ohne mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Regierungsamtsrätin Katzsch und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Foerster beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin zu 1) sowie die Antragstellerin zu 2) durch die Antragsgegnerin In ihren Rechten verletzt wurden.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten der Verfahren einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin zu 1) sowie der Antragstellerin zu 2).
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt Euro.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin zu 1) sowie der Antragstellerin zu 2) wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im Januar 2009 Leistungen der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes für den Zeitraum vom 01. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2015 in vier Losen europaweit aus. Der Gesamtauftrag hat einen Umfang von ca. 40 Millionen Euro.

In der Bekanntmachung vom 14.01.2009 findet sich der Hinweis, dass Kriterien für die Bewertung der zweiten Phase Bestandteil der Leistungsbeschreibung sind. Diese wurde den Bietern mit dem Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Konzeptes am 16.02.2009 übersandt. Die Wertung der Angebote sollte nach den Kriterien Kosten, Beschreibung der Rettungswache (Lage der Rettungswache, Stellplatz Rettungsmittel, Ausstattung Rettungswache), Personal der Rettungswache (Qualifikation, Erfahrung im ausgeschriebenen RD-Bereich, Ausbildungskonzept), Erfahrung und Qualitätssicherung im Unternehmen sowie Massenanfall von Verletzten und Erkrankten (losbezogene Bereitstellung von eigenem Personal und Mitteln) erfolgen. Kosten für die Leistungserbringung waren für zwei Jahre einzureichen. Auch bei den mit Aufforderungsschreiben zur Abgabe eines Angebotes vom 24.08.2009 herausgegebenen geänderten Unterlagen finden sich wiederum die gleichen Wertungskriterien wie bereits in den zuerst herausgegebenen Unterlagen, jedoch mit einer geänderter Punkteverteilung. Ausgereicht wurden die Unterlagen mit Aufforderungsschreiben vom 24.08.2009 und Ende der Angebotsfrist war der 21.09.2009.

Die Antragstellerin zu 1) sowie die Antragstellerin zu 2) beteiligten sich an der Ausschreibung. Mit Schreiben vom 16. Februar 2009 wurden u. a. auch sie aufgefordert ein Konzept im Sinne des Rettungsdienstgesetzes abzugeben. Nach Durchsicht der übermittelten Vergabeunterlagen durch die Antragstellerin zu 1) rügte diese erstmalig mit Schreiben vom 05. März 2009 das Vorliegen mehrerer Vergabeverstöße. Da die Antragsgegnerin nur teilweise abhalf, folgten weitere Rügen. Unter anderem monierte die Antragstellerin zu 1) materiellrechtliche Vorgaben, wie konkrete Angaben zu Immobilien, Angaben zur Ortskunde im ausgeschriebenen RD-Bereich sowie Erfahrungen im Rettungsdienstbereich. Dies sei ein Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A und würde den Bietern ein ungewöhnliches Wagnis auf-

bürden. Zudem liege in der Beschränkung auf ortsansässige Bieter ein Verstoß gegen § 7 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe könne vom Bieter nur die Darlegung verlangt werden, dass er sich für den Fall der Beauftragung die nötigen Mittel beschaffen kann (z.B. durch Übernahme ortskundiger Mitarbeiter). Ferner würden in der Bewertungsmatrix Eignungskriterien und Bewertungskriterien vermischt werden. Weiterhin werde die Kostenkalkulation nur für 2 Jahre verlangt, der Leistungszeitraum erstrecke sich aber über 6 Jahre. Dies stelle einen Verstoß gegen das Verhandlungsverbot (§ 24 Nr. 1 u. 2 Abs. 1 VOL/A) dar. Unverhältnismäßig sei auch die hohe Bewertung der Vorkehrungen für einen Massenansturm von Verletzten. Als rechtswidrig müsse in diesem Zusammenhang auch das Verlangen nach Bereitstellung von Fahrzeugen bei Massenansturm von Verletzten innerhalb von 30 Minuten ohne Vergütung gelten.

Nachdem die Antragstellerin zu 2) die mit Schreiben vom 24.08.2009 übersandten geänderten Verdingungsunterlagen durchgesehen hatte, rügte sie mit Telefax-Schreiben vom 27.08.2009 die nunmehr eingeräumte Bearbeitungsfrist von lediglich drei Wochen, den zu kurz bemessenen Auftragsbeginn, die Vermischung von Eignungs- und Wertungskriterien und die nicht transparente Darlegung der Anwendung dieser Kriterien wie z.B. Lage bzw. Ausstattung der Rettungswache sowie der Ortskunde. Im Einzelnen stellte die Antragstellerin zu 2) fest, dass die Antragsgegnerin kein faires und diskriminierungsfreies Verfahren durchführe, da die Angebotsfrist von drei Wochen erheblich zu kurz bemessen sei. Nach § 18 a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A betrage die Angebotsfrist mindestens 52 Tage. Ferner stelle es einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar, dass die Vergabestelle die Frist zwischen der Zuschlagserteilung und dem Ausführungsbeginn so knapp bemessen habe, dass es allen Bietern mit Ausnahme des derzeitigen Leistungserbringers nicht möglich sei, die für die Auftragsdurchführung benötigten Rettungswachen zu beschaffen, umzubauen und einzurichten.

Eine weitere Vergaberüge bezüglich des Kriteriums „Massenansturm von Verletzten“ erfolgte mit Schreiben vom 14.09.2009.

Da die Antragsgegnerin dem Begehren der Antragstellerin zu 1) und zu 2) nicht vollumfänglich bzw. gar nicht abhalf, beantragten diese mittels per Fax eingegangenen anwaltlichen Schriftsatzes vom 31.03.2009 bzw. 15.09.2009 die Einleitung von Nachprüfungsverfahren bezüglich der Lose 1 bis 4 bzw. des Loses 1. Die Nachprüfungsanträge sind der Antragsgegnerin am 31.03.2009 bzw. 15.09.2009 mit Verfügung der Vergabekammer unter Aussetzung der Verfahren und Aufforderung zur Stellungnahme zugestellt worden.

Mit Schreiben vom 23.07.2009 hat die Antragsgegnerin den hier streitgegenständlichen Rügen der Antragstellerin zu 1) in der Gestalt der anhängigen Nachprüfungsverfahren abgeholfen, in dem sie die zweite Phase der streitgegenständlichen Verfahren aufhob und eine Wiederholung mit Abänderung der Bewertungsmatrix unter Ausschluss einer Vermengung von Zuschlags- und Eignungskriterien, ankündigte. Die Antragstellerin zu 1) hat im Hinblick hierauf ihre Sachanträge mit Schriftsatz vom 31.07.2009 umgestellt.

Im Fortgang des Verfahrens teilte die Antragsgegnerin mit Fax-Schreiben vom 25.11.2009 der Antragstellerin zu 1) mit, dass kein Angebot den formellen Anforderungen genüge und die Ausschreibung gemäß § 26 Nr. 1a i. V. m. § 25 Abs. 1 und 2 i. V. m. § 21 Abs. 1 VOL/A aufzuheben ist. Sie wies gleichzeitig darauf hin, dass sie beabsichtige, im nächsten Jahr eine neue Ausschreibung durchzuführen. Ihr Feststellungsinteresse vertiefte die Antragstellerin zu 1) im Schriftsatz vom 08.12.2010. Auf den Inhalt dieses Schriftsatzes wird Bezug genommen.

Die Antragstellerin zu 2) wurde mit Schreiben vom 26.11.2009 der erkennenden Kammer darüber in Kenntnis gesetzt, dass die Antragsgegnerin das streitbefangene Vergabeverfahren aufhebt. Gleichzeitig wurde sie aufgefordert, zu überprüfen, inwieweit das Nachprüfungsbegehren angesichts der neuen Sachlage noch Bestand haben kann. Daraufhin erklärte die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin zu 2) mit Schriftsatz vom 01.12.2009, dass sie den Rechtsstreit hinsichtlich der in dem Nachprüfungsverfahren gestellten Hauptanträge als erledigt ansieht. Der hilfsweise gestellte Antrag auf Feststellung, dass die Antragstellerin zu 2) in eigenen Rechten verletzt ist sowie die Feststellung, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig erklärt wird, werde weiter verfolgt.

Die Antragstellerin zu 1) vertritt die Auffassung, dass die Nachprüfungsanträge zulässig seien. Der Rechtsweg zur Vergabekammer sei gemäß den §§ 107 ff. GWB eröffnet. Der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts erschließe sich aus den Vorschriften der §§ 99 und 100 GWB. Unbeachtlich sei aus vergaberichtlicher Sicht, dass der Vertrag öffentlich-rechtliche Komponenten enthalte. Qualifiziere man einen Teil des abzuschließenden Vertrages als ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB, so sei der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB grundsätzlich eröffnet. Anderenfalls könne der öffentliche Auftraggeber ausschreibungspflichtige Leistungen dem Anwendungsbereich des Vergaberechts dadurch entziehen, dass er sie in einem Gesamtauftrag gemeinsam mit nicht dem Vergaberecht unterfallenden Leistungen vergibt.

Die Rechtsverstöße habe sie auch unverzüglich gerügt. Die Rügefrist habe sie mit ihrem Schriftsatz vom 05.03.2009 gewahrt, weil sie erst am 04.03.2009 Kenntnis davon hatte, dass die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen Vergaberechtsverstöße enthalten. Das sie die Unterlagen bereits zuvor übermittelt bekommen habe, sei zur Bestimmung der Frist hingegen unerheblich. Die Möglichkeit, Vergabeverstöße zu rügen, die sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben, habe der Bieter regelmäßig erst, wenn er sich tatsächlich mit den Unterlagen befasse.

Gemessen an den Vorgaben des § 108 Abs. 2 GWB habe sie auch das Nachprüfungsbegehren hinreichend begründet und erfülle damit die Sachentscheidungsvoraussetzungen. Der Antragschriftsatz lasse unter Einbeziehung der beigefügten Anlagen (hier: Rügen) die geltend gemachten Tatsachen und Rechtsverletzungen deutlich erkennen. Insoweit sei zu erwarten, dass auch bei einem zukünftigen, dann den vergabeverfahrensrechtlichen Anforderungen genügenden Verfahren inhaltlich der benannte Verstoß sich wiederhole.

Die Antragstellerin zu 1) beantragt zuletzt,

1. festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat,
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin zu 1) für notwendig zu erklären und
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin zu 1) aufzuerlegen.

Die Antragstellerin zu 2) legt dar,

dass durch die Bekundung der Antragsgegnerin, ein Beschaffungsinteresse bestehe fort, ein rechtlich schützenswertes Interesse der Antragstellerin zu 2) vorliege. Dies richte sich darauf, dass die gerügten Vergaberechtsverstöße, die Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens waren, sich in dem neuen Vergabeverfahren tatsächlich nicht wiederholen. Dies gelte in Bezug auf die von ihr gerügten und von der Antragsgegnerin aber bis zuletzt als angemessen verteidigten Fristen für die Angebotsbearbeitung sowie für den Beginn der Ausführungsfrist. Beide seien nicht annähernd ausreichend bemessen, um die von den Bietern zu beschaffenden Rettungswachen anzumieten, umzubauen und entsprechend den Vorgaben der Antragsgegnerin einzurichten.

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse folge zudem daraus, dass die Antragstellerin zu 2) gegenüber der Antragsgegnerin Schadensersatzansprüche geltend machen wolle. Sie habe im Zuge der Vorbereitung der Angebotserarbeitung Zeit und Kosten – neben eigenen Kosten auch solche für die Hinzuziehung von Beratern – in nicht unerheblichem Maße in der Erwartung aufgewandt, dass die Antragsgegnerin ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren durchführe. Bei Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens hätte sie eine Chance gehabt, ein Angebot zu kalkulieren und einen Zuschlag zu erhalten.

Rechtswidrig sei zudem, dass die Antragsgegnerin Eignungs- und Wertungskriterien miteinander vermische. Diesen Vorwurf habe sie zwar zurückgewiesen. Das OLG Naumburg (vgl. Beschl. v. 03.09.2009 – 1 Verg 4/09) habe aber bereits entschieden, dass Kriterien wie „Qualitätssicherung“ und Qualifikation des Personals“ nicht Gegenstand der Bewertung der Angebote sein können, weil sie bieterbezogen und damit Eignungskriterien sind. Auch das Kriterium „Ortskunde“ betreffe die Eignung der Bieter und habe nichts mit dem zu erbringenden Auftrag zu tun. Rechtswidrig sei ferner das Vergabekriterium „Massenanfall von Verletz-

ten und Erkrankten“. Dies habe das OLG in dem vorgenannten Beschluss aktuell entschieden.

Bis zuletzt unklar geblieben sei darüber hinaus die Art und Weise der Auswertung der Angebote der Bieter anhand der von der Antragsgegnerin benannten Zuschlagskriterien. Sie seien sämtlich unklar und unpräzise formuliert. Zudem seien keine Unterkriterien benannt worden, anhand derer die Vergabestelle die Punkteverteilung vorzunehmen gedenke.

Die Antragstellerin zu 2) beantragt nunmehr,

1. festzustellen, dass die Antragstellerin zu 2) in eigenen Rechten verletzt ist und
2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zu 2) zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung,

dass die Vergabekammer unzuständig sei. Das Rettungsdienstgesetz LSA gehöre dem öffentlichen Recht an. Gemäß § 40 Abs. 1 VwGO seien damit die Verwaltungsgerichte zuständig. Etwas Anderes gelte nur, soweit durch Gesetz etwas Anderes bestimmt sei. Dies sei hier ausdrücklich nicht der Fall.

Sollte die Vergabekammer ihre Zuständigkeit bejahen, so habe die Antragstellerin zu 1) nicht angegeben, welcher Schaden ihr gem. § 107 Abs. 2 GWB drohe. Ein Schaden könne nur dann entstehen, wenn sie vom Verfahren ausgeschlossen werden würde. Dies sei jedoch nicht erfolgt. Im Übrigen habe sie die Verstöße nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gerügt. Die Unterlagen seien ihr am 16.02.2009 übermittelt worden. Mit Schreiben vom 05.03.2009 habe sie erstmalig gerügt. Daraufhin sei ihr mit Schreiben vom 16.03.2009 mitgeteilt worden, dass der Auftraggeber an seinem Verfahren festhalte. Spätestens zu diesem Zeitpunkt habe sie gewusst, dass man ihrer Rüge nicht abhelfe. Damit sei die Rüge nicht unverzüglich im Sinne der Vorschrift. Spätestens nach Eingang des Schreibens vom 16.03.2009 hätte die Antragstellerin zu 1) innerhalb von 3 Tagen der Vergabekammer den Vortrag vorlegen müssen. Stattdessen habe sie mit Schreiben vom 22.03.2009 angegeben, dass sie zwar einerseits an ihren Rügen festhalte, andererseits jedoch ein Angebot abgeben werde. Erst als ihr mit Schreiben vom 24.03.2009 mitgeteilt wurde, dass möglicherweise ein Ausschlussgrund wegen eines fehlenden Versicherungsnachweises vorliege, habe sie wiederum mit Schreiben vom 26.03.2009 erneut gerügt.

Bezüglich der Antragstellerin zu 2) liege kein Feststellungsinteresse vor. Bisher habe diese nicht angekündigt, einen Schadensersatzprozess gegen die Stadt anzustrengen bzw. auch nur einen Schaden beziffert. Dies wäre jedoch Voraussetzung für ihr Feststellungsinteresse, da sie auf einfacherem Weg – nämlich durch Antrag bei der Stadt – ihr Ziel erreichen könne. Die Antragsgegnerin beziehe sich auf die Schriftsätze der Antragstellerin zu 2) vom 14.09., 25.09. und den 01.12.2009, woraus sich nichts anderes ergebe. Im Übrigen habe sich die Antragstellerin zu 2) überhaupt nicht an der Ausschreibung beteiligt. Insofern sei es nicht nachvollziehbar, wenn nunmehr davon gesprochen werde, dass im Zuge der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen Kosten entstanden sein sollen. Auch aus diesem Grunde sei das Feststellungsinteresse – da kein Schadensersatzprozess geführt wird – zu verneinen. Das Verfahren sei mit Aufhebung der Ausschreibung erledigt.

Mit Beschluss der erkennenden Kammer vom 21.09.2010 sind die Verfahren 1 VK LVwA 18/09 und 1 VK LVwA 22/09 bis 1 VK LVwA 24/09 verbunden und nunmehr zur gemeinsamen Entscheidung unter dem Aktenzeichen 1 VK LSA 18/09 weitergeführt worden.

Die Feststellungsverfahren 1 VK LVwA 18/09 und 1 VK LVwA 53/09 sind dann mit Beschluss vom 24.03.2011 zur gemeinsamen Entscheidung verbunden und nunmehr unter dem Aktenzeichen 1 VK LVwA 18/09 weitergeführt worden.

Sowohl die Antragstellerin zu 1) und zu 2) als auch die Antragsgegnerin haben mit Schreiben vom 24.11.2010 / 16.03.2011 bzw. 29.11.2010 / 22.03.2011 ihr Einverständnis zur Entscheidung im schriftlichen Verfahren gegeben.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

II.

Die Fortsetzung der vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren ist mit den zuletzt gestellten Feststellungsanträgen zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999, Az.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Az.: 42-32570/03.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist hier entgegen der Auffassung des Antragsgegners eröffnet.

Nach der dieser Entscheidung zugrunde liegenden Gesetzeslage hat die Übertragung der Durchführung der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes nach dem RettDG LSA zwingend im Wege eines Vergabeverfahrens nach den §§ 97 ff. GWB stattzufinden. Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW v. 05.08.2009, MBl. LSA Nr. 33/2009) zuständig.

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB.

Die Antragstellerin zu 1) sowie die Antragstellerin zu 2) sind nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, dass ein Interesse an einem Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerin zu 1) trägt vor, durch die Abgabe eines Angebotes ihr Interesse am Auftrag ausreichend bekundet zu haben. Durch vielfache Verstöße gegen die Grundsätze des Vergaberechtes verletze die Antragsgegnerin sie in ihren subjektiven Rechten auf freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt. Die Antragstellerin zu 2) macht darüber hinaus geltend, bereits durch das auftraggeberseitige Fehlverhalten mit eben diesen Folgen an einer Angebotserstellung gehindert worden zu sein. Durch die Bekundung der Antragsgegnerin, dass ihrerseits weiterhin ein Beschaffungsinteresse bestehe, liege in beiden Fällen ein antragstellerseitig rechtlich schützenswertes Interesse auf Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit des Auftraggeberhandelns vor. Denn es sei davon auszugehen, dass die gerügten Vergaberechtsverstöße, die Gegenstand der Nachprüfungsverfahren waren, sich in dem neuen Vergabeverfahren tatsächlich wiederholten. Dieses Vorbringen reicht für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis in beiden Fällen aus. Ein Feststellungsinteresse wird jeweils kammerseitig auch als gegeben angesehen, da die Feststellungsanträge der Prüfung ihrer Erfolgsaussichten und damit der Vorbereitung von Schadensersatzforderungen gegen die Antragsgegnerin dienen sollen. Dass gegenüber der Antragsgegnerseite bisher keine Schadensersatzforderungen aufgemacht worden sind, ist ohne rechtliche Relevanz.

Das Erfordernis einer rechtzeitigen Rüge gegenüber dem Antragsgegner nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist ebenso seitens der Antragstellerin zu 1) wie zu 2) erfüllt.

Die Antragstellerin zu 1) hat erstmals mit Schreiben vom 05.03.2009 sowohl Vergabefehler, die aufgrund der Bekanntmachung als auch solche, die sich aus den Vergabeunterlagen ergaben, gerügt. Letztere sind nunmehr Gegenstand des hier zu entscheidenden Feststel-

lungsverfahrens. Die Antragstellerin zu 1) trägt vor, sich erst am 03.03.2009 mit den bereits am 16.02.2009 zugesandten Unterlagen befasst zu haben. Diese Behauptung ist nicht widerlegbar und muss zur Grundlage der kammerseitigen rechtlichen Betrachtungen gemacht werden. Die am 05.03.2009 per Fax übermittelte Rüge war demnach als unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB zu bewerten. Denn ein Bieter hat Vergabeverstöße, die sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben, erst dann zu rügen, wenn er sich tatsächlich mit den Unterlagen befasst hat. Soweit die Antragsgegnerin vorträgt, die Antragstellerin zu 1) hätte darüber hinaus einen Antrag auf Nachprüfung innerhalb von 3 Tagen stellen müssen, entbehrt dieser Vortrag jeder rechtlichen Grundlage. Eine Frist zum Stellen eines Nachprüfungsantrages ist dem hier einschlägigen GWB in der Fassung vor der Novelierung vom 23.04.2009 fremd.

Hinsichtlich der Antragstellerin zu 2) ist zwischen den Beteiligten zu Recht unstreitig, dass eine rechtzeitige Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB vorliegt.

Da die Feststellungsanträge der Antragstellerin zu 1) und zu 2) zumindest hinsichtlich der nachfolgend ausgewählten Rügegesichtspunkte begründet sind, ist eine rechtliche Betrachtung der übrigen Aspekte entbehrlich.

Hier hat die Antragsgegnerin im streitbefangenen Vergabeverfahren verabsäumt, die erforderliche strikte Trennung zwischen Eignungs- und Wirtschaftlichkeitskriterien einzuhalten und somit gegen Grundfesten des Wettbewerbs verstoßen. Während sich Eignungskriterien nur auf die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters beziehen, wird bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung der eigentliche Inhalt des Angebotes beurteilt. Die Antragsgegnerin bewertet hier die Kalkulation der Kosten (Personalkosten, Sachkosten) gemeinsam mit den Eignungskriterien (Personalprofil, Qualitätssicherung). Aus Gründen des fairen Wettbewerbes, dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot muss aber grundsätzlich ausgeschlossen sein, dass ein „Weniger“ an Wirtschaftlichkeit eines Angebotes durch ein „Mehr“ an Eignung eines Bieters ausgeglichen wird und zu einer Veränderung der Bieterreihenfolge führt. Diesem Erfordernis hat die Antragsgegnerin jedoch nicht entsprochen und damit in Rechtspositionen der Antragstellerin zu 1) wie der Antragstellerin zu 2) eingegriffen.

Fehlerhaft ist in diesem Zusammenhang aber bereits der Umstand, dass die Antragsgegnerin die Eignungskriterien überhaupt einem Punktesystem unterworfen hat. Dies wäre nur dann gerechtfertigt, wenn Bieter überhaupt ein Mehr an Eignung aufweisen könnten. Dies ist jedoch nicht der Fall. Im Übrigen ist die Eignungsprüfung mit dem Teilnahmewettbewerb abzuschließen.

Die Antragsgegnerin hat weiterhin gegen drittschützende vergaberechtliche Vorschriften verstoßen, indem sie keine preisliche Wertung über den gesamten Vertragszeitraum von sechs Jahren vorgesehen hat. Sie hat vielmehr von den Bietern lediglich einen Kosten- und Leistungsnachweis für die ersten beiden Budgetjahre verlangt. Dies ist für die Bieter mit einem ungewöhnlichen Wagnis gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A verbunden. Die Bieter können nicht abschätzen, wie sich das Entgelt für die erbrachten Leistungen in den Folgejahren entwickelt. Dies soll vielmehr erst Gegenstand von Verhandlungen mit der Gesamtheit der zuständigen Träger der Sozialversicherungen (Kostenträger) sein. Die Antragsgegnerin war darüber hinaus auch gehalten nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A den Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Hierbei hat der Auftraggeber die Kosten für den gesamten Vertragszeitraum zu bewerten. Dies ist ihm jedoch nicht möglich, wenn ihm nur Angaben zu den ersten beiden Jahren zur Verfügung stehen.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass § 12 Abs. 2 RettDG LSA einer Kostenkalkulation über den gesamten Vertragszeitraum von sechs Jahren nicht entgegensteht. Nach dieser Vorschrift kann Gegenstand der Vereinbarung zu den Entgelten ein ein- oder mehrjähriges Budget sein (damit auch ein Budget über sechs Jahre). Gegebenfalls wäre es der Antragsgegnerin auch möglich gewesen, die Leistungen für einen kürzeren Zeitraum auszu-schreiben. Nach § 11 Abs. 3 des RettDG LSA beträgt die Genehmigungsdauer höchstens sechs Jahre. Des Weiteren hat die Antragsgegnerin in Abschnitt VII, Punkt 1 des Leistungsverzeichnisses widersprüchlich dargelegt, dass die Kostenkalkulation für den ausgeschrie-

benen Genehmigungszeitraum erfolgen solle. In Anlage 6c ist jedoch ausgeführt, dass sich der Budgetzeitraum lediglich auf die Jahre 2010 und 2011 beziehe.

Die Antragstellerin zu 1) hatte mit ihrer Bewerbung eine „Erklärung der Bereitschaft zur Mitwirkung des Treffens von Vorkehrungen für einen „Massenanfall von Verletzten oder Erkrankten“ abgegeben. Dies tat sie ohne Einschränkungen.

In ihrem Leistungsverzeichnis Pkt. 5 hat die Antragsgegnerin formuliert, dass die Erbringer diese Leistungen „zusätzlich zum Tagesgeschäft“ bewältigen müssen. Die Planung der Kräfte habe unter Berücksichtigung der Bewerbung zu erfolgen. Die Vorhaltungskosten dafür seien nicht im Kosten- und Leistungsnachweis als Rettungsdienstkosten kalkulierbar. Die Antragsgegnerin ist grundsätzlich nicht daran gehindert, solche Leistungen von den Bietern zu verlangen, da diese in engem Zusammenhang mit der Hauptleistung stehen. Die konkreten Vorgaben erscheinen hier jedoch als Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A. Von den Bietern wurde verlangt, dass sie ständig Kapazitäten in erheblichem Umfang dafür vorhalten. Dies bezieht sich auf entsprechende Fahrzeuge, den Behandlungsplatz für bis zu 50 Verletzte oder Erkrankte, technische Ausrüstung und Personal im Umfang von ca. 125 Personen. Diese Vorgaben erscheinen unverhältnismäßig, soweit hierfür keine Kosten erstattet werden sollen. Auch die hohe Bewertung mit 70 von 300 Punkten ist vor diesem Hintergrund nicht angemessen. Die Kammer sieht hier eine Benachteiligung für die Bieter, die vertragliche Vereinbarungen mit Dritten, wie z.B. Hilfsdiensten, eingehen müssen.

Die Antragsgegnerin hat ebenfalls gegen drittschützende vergaberechtliche Vorschriften verstoßen, indem sie die Angebotsfrist auf vier Wochen verkürzte. Nach § 18 a Nr. 1 bzw. Nr. 2 Abs. 1 VOL/A beträgt die Angebotsfrist im Offenen Verfahren mindestens 52 Tage und im Nichtoffenen Verfahren mindestens 40 Tage, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Bekanntmachung bzw. der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Im vorliegenden Fall wurde die Antragstellerin zu 2) mit Schreiben vom 24.08.2009 aufgefordert, ein Angebot bis zum 21.09.2009 einzureichen. Damit hatte sie 29 Tage zur Angebotserstellung. Eine Begründung zur Kürzung ist in den übergebenen Unterlagen nicht enthalten. Die Regelungen des § 18 a) VOL/A dienen der Einhaltung des vergaberechtlichen Gleichbehandlungs- und Transparenzgebotes gem. § 97 GWB. Sie entfalten drittschützenden Charakter zugunsten der Bieter und Bewerber in einem Vergabeverfahren. Denn nur bei Gewährleistung ausreichender Fristen haben die Bieter die Möglichkeit, ein ordnungsgemäßes und wettbewerbsfähiges Angebot zu erstellen. Da die Antragsgegnerin keine Gründe für das Vorliegen einer besonderen Dringlichkeit, die eine Reduzierung rechtfertigen könnten, vorgetragen hat und auch in der Bekanntmachung sich kein Hinweis darauf findet, war die Angebotsfrist von 29 Tagen unangemessen und stellt eine nicht hinnehmbare Beeinträchtigung der Antragstellerin zu 2) dar.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragsgegnerin hat die Kosten der Verfahren zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zu 1) sowie der Antragstellerin zu 2) war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 GWB i. V. m. § 80 VwVfG.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten der Feststellungsanträge 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 der Verfahren im Verhältnis zu dem von ihm gestellten Anträgen in diesen Verfahren maßgeblich. Vorliegend wird den Anträgen der Antragstellerin zu 1) sowie der Antragstellerin zu 2) auf Feststellung von Rechtsverletzungen entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen der Antragsgegnerin, so dass diese die Kosten der Verfahren zu tragen hat.

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB) unter Zugrundelegung der geschätzten Gesamtkosten der Antragsgegnerin Euro.

Zu den fälligen Gebühren 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.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **Euro** hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Antragsgegnerin unter Verwendung des Kassenzeichens **3300-.....** auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Die Antragstellerin zu 1) und zu 2) erhalten den geleisteten Vorschuss nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet.

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 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. Katzsch

gez. Foerster