



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

**1. Vergabekammer
beim Landesverwaltungsamt**

Beschluss

AZ: 1 VK LVwA 32/09

Halle, 30.10.2009

- § 613a BGB, § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A
- Feststellung einer Rechtsverletzung
 - Verwirkungstatbestände
 - keine Frist für Stellung eines Nachprüfungsantrages
 - ungebührliches Wagnis
 - Vermischung von Eignungs- und Wirtschaftlichkeitskriterien
- Für die vor dem 24.04.2009 begonnenen Vergabeverfahren gibt es keine festgelegte Frist für die Stellung eines Nachprüfungsantrages.
- Die Angebotsabgabe ist isoliert nicht geeignet, bei der Auftraggeberseite ein schutzwürdiges Vertrauen auf bieterseitigen Verzicht auf Rechtsschutz zu begründen.
Darüber hinaus ist es so, dass weiterhin auch ein zeitliches Moment gegeben sein muss, um ein derartiges schutzwürdiges Vertrauen entstehen zu lassen.
- Wenn die Gefahr eines Betriebsüberganges mangels Überganges sämtlicher Betriebsmittel von vorne herein ausgeschlossen ist, so erfolgte der Hinweis auf § 613a BGB ohne sachlichen Grund und damit ohne rechtliche Rechtfertigung. Sämtliche zum alten Leistungserbringer in Konkurrenz stehenden Bieter wird ein unnützes und daher ungebührliches Wagnis im Sinne von § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A auferlegt.
- Unabhängig von der Vergabeart ist im Vergabeverfahren stets eine strikte Trennung zwischen Eignungs- und Wirtschaftlichkeitskriterien einzuhalten.

In den Nachprüfungsverfahren der

.....
..... gGmbH

und

.....GmbH
.....

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte

.....

Antragstellerin

gegen

den
.....

Antragsgegner

unter Beiladung der

.....
.....gGmbH

.....gGmbH
.....

..... e.V.
.....

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....

Beigeladene

wegen

der gerügten Vergabeverstöße in Offenen Verfahren bezüglich der Vergabe von Rettungsdienstleistungen (Notfallrettung und qualifiziertem Krankentransport), Los A, Los C und Los D im hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 22.10.2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und der ehrenamtlichen Beisitzerin Frau Gremmer beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
2. Dem Antragsgegner sowie der Beigeladenen werden die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) jeweils in Höhe von Euro auferlegt.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner beabsichtigt im Wege Offener Verfahren auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) die Durchführung des Rettungsdienstes (Notfallrettung und qualifizierter Krankentransport) im für das Los A (Rettungswache), das Los C (Rettungswache) sowie das Los D (Rettungswache) für den Zeitraum vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2015 zu vergeben. Die gemeinsame Bekanntmachung erfolgte am 17.12.2008. In dieser wurden unter Abschnitt IV, Punkt 2.1 als Zuschlagskriterien der Preis mit der Gewichtung von 60 %, die Mitarbeit bei Großschadenslagen und Massenanfällen von Verletzten mit einer Gewichtung von 27 %, die Erfahrungen im Rettungsdienst mit der Gewichtung von 7 % sowie das Qualitätsmanagement und die Qualifikation des Personals jeweils mit einer Gewichtung von 3 % benannt.

Die Bewerber hatten die Möglichkeit, für ein Los oder mehrere Lose ein Angebot abzugeben.

Dem Punkt 3.1 des Leistungsverzeichnisses ist zu entnehmen, dass die Bieter bei ihrer Kalkulation einen möglichen Betriebsübergang nach dem § 613a des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) eventuell zu berücksichtigen haben.

Im Vorfeld zur Angebotsabgabe erklärte die gGmbH nach Eingang der Verdingungsunterlagen am 15.01.2009 mittels Faxschreibens vom 19.01.2009 gegenüber dem Antragsgegner, dass sie beabsichtige sich gemeinsam mit der GmbH in Form einer Bietergemeinschaft um die ausgeschriebenen Leistungen zu bewerben. Verschiedene Sachverhalte rüge die gGmbH daher auch im Namen der Rettungsdienste GmbH bzw. bittet um Aufklärung. So seien die Angaben in den Verdingungsunterlagen hinsichtlich eines möglichen Betriebsüberganges i. S. des § 613a BGB unvollständig, so dass mit Ausnahme des jetzigen Betreibers alle anderen Bieter nicht ordnungsgemäß kalkulieren könnten. Es fehle an näheren Angaben zu den von dem jetzigen Betreiber zu übernehmenden Mitarbeitern. Zur Kalkulation dieser Personalkosten benötige man die üblichen Personaldaten aller möglicherweise zu übernehmenden Mitarbeiter, die geltenden tariflichen Bestimmungen einschließlich ggf. fortgeltender Regelungen aus Überleitungstarifverträgen o. ä., Entgelt- und/oder Arbeitszeitbestimmungen, Angaben zu der tatsächlichen Eingruppierung der Mitarbeiter, durchschnittliche Inanspruchnahme durch Einsatzzeiten in den einzelnen Stundenintervallen während der täglichen Vorhaltezeit für jedes einzelne Fahrzeug, bestehende Pausenregelungen, bestehende Zuordnung der Vorhaltezeiten zu Vollarbeit/Arbeitsbereitschaft/Bereitschaftsdienst, Zeitpunkte für Beginn und Ende der Vorhaltezeit für Fahrzeuge, die weniger als 24 Stunden vorzuhalten sind sowie die Umstände, die zu einer Einschränkung der Arbeitsleistung führen bzw. führen können. Weiterhin seien zahlreiche kalkulationsrelevanten Aspekte der Leistungsbeschreibung aufklärungsbedürftig, wie z. B. die Berücksichtigung eines eventuellen Mehrbedarfes, eine Anpassung der Vergütung, Einzelheiten zu den von den Bietern zu stellenden Rettungswachenstandorten, die Kosten der Leistungserbringung, die tatsächliche Einsatzauslastung und -verteilung sowie die durchschnittliche Einsatzdauer je Rettungsmittel/Schicht/Rettungswache, die fehlenden Angaben für die einzelnen Lose zu der Anzahl der Fahrten und der gefahrenen Kilometer sowie Regelungen hinsichtlich der Vertragsbeziehungen.

Im Übrigen habe der Antragsgegner die Eignungs- und Zuschlagskriterien vergaberechtswidrig vermischt. Die durch den Antragsgegner bekannt gegebenen Kriterien bezüglich der Qualifikation des Personals, des Qualitätsmanagements sowie der Erfahrungen im Rettungsdienst seien keine Zuschlags-, sondern Eignungskriterien. Somit sei nicht erkennbar, wie die Auswertung der Angebote auf der Grundlage der Zuschlagskriterien erfolgen solle. Ebenso habe der Antragsgegner unzulässige Forderungen in Bezug auf Angaben des Personals und der Technik bei Großschadenslagen und beim Massenanfall formuliert.

Die auftraggeberseitige Reaktion erreichte die Antragstellerin am 12.02.2009. Hinsichtlich der hier in Streit stehenden Informationspflichten des Antragsgegners im Zusammenhang mit einem möglichen Betriebsübergang nahm der Antragsgegner Bezug auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf, AZ: VII-Verg 50/08, vom 10.09.2008. Danach genüge der allgemeine Hinweis der ihr obliegenden Informationspflicht, dass im Falle eines Betreiberwechsels ein Betriebsübergang i. S. des § 613a BGB möglicherweise stattfinden könne, um eine Kalkulation durchzuführen. Neben Ausführungen zur Vergabeart teilte der Antragsgegner zu den weiteren Anfragen lediglich mit, dass die Antworten entweder im Rahmen der Bieterinformationen bereits erteilt worden seien bzw. deren Beantwortung das Ziel des Offenen Verfahrens darstelle. Im Übrigen seien die in den Unterlagen enthaltenen Angaben ausreichend für die Erstellung eines Angebotes.

In Folge dessen beauftragte die Antragstellerin einen Verfahrensbevollmächtigten, der mittels Fax-Schreiben vom 19.02.2009 die bereits erhobene Verfahrensrüge wegen der fehlenden Bekanntgabe von möglichen Kostenfolgen bei einem Betriebsübergang ausdrücklich aufrecht erhielt. Der Beschluss des OLG Düsseldorf sei weder einschlägig noch vereinbar mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes. Zumindest die Anzahl der Mitarbeiter, die auf den neuen Auftragnehmer übergehen und deren durchschnittlichen Personalkosten müssten mitgeteilt werden.

Zum Abgabetermin am 03.03.2009, 10:00 Uhr lagen dem Antragsgegner für das Los A drei Angebote, für das Los C fünf Angebote sowie für das Los D zwei Angebote vor. Ausweislich der eingereichten Vergabeunterlagen wurden die Angebote einer Bieterin zu den Losen A und C aus formellen Gründen ausgeschlossen, da sie nicht alle in den Verdingungsunterlagen geforderten Bedingungen erfüllten.

Mit Schreiben vom 28.04.2009, Eingang bei der Antragstellerin per Fax am 29.04.2009, teilte der Antragsgegner gemäß § 13 der Vergabeverordnung (VgV) hinsichtlich der Lose A, C und D seine Absicht mit, am 13.05.2009 die Angebote der Bietergemeinschaft Rettungsdienstzu bezuschlagen. Gegenüber der Antragstellerin legte er dar, dass ihre Angebote nicht die wirtschaftlichsten gewesen seien.

Darauf folgend hat der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin mittels Fax-Schriftsatz vom 13.05.2009 die Einleitung von Nachprüfungsverfahren beantragt. Durch Verfügung der Vergabekammer gleichen Tages sind die Anträge auf Nachprüfung dem Antragsgegner unter Hinweis auf die Aussetzung der Vergabeverfahren und der Aufforderung zur Stellungnahme zugestellt worden.

Die Antragstellerin stützt sich in ihren Nachprüfungsanträgen inhaltlich auf Teile ihres Vorbringens aus den Schreiben vom 19.01. bzw. 19.02.2009. Dazu führt sie weiterhin aus, dass durch die in rechtswidriger Weise nicht angegebenen Informationen seitens des Antragsgegners eine Kalkulation der Personal- und Fahrzeugkosten unmöglich sei und somit kein tragfähiges Angebot abgegeben werden könne. Durch die Vorenthaltung dieser Informationen benachteilige die Vergabestelle die Antragstellerin sowie die übrigen potentiellen Mitbieter gegenüber dem jetzigen Betreiber, da er allein über die relevanten Daten verfüge. Dadurch werde den Bietern ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne des § 8 VOL/A aufgebürdet. Nach dieser Bestimmung müsse die Vergabestelle alle für eine einwandfreie Preisermittlung durch die Bieter erforderlichen Umstände feststellen und in den Verdingungsunterlagen angeben. Das von der Vergabestelle durchgeführte Verfahren genüge damit keinesfalls den Anforderungen, die an ein geordnetes, transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren gemäß § 97 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu stellen seien. Zudem habe der Antragsgegner die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

Die Antragstellerin beantragt,

1. durch geeignete Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass die Leistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes für den Zeitraum vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2015 bezüglich der Lose A,C und D nur unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer nur im Wege eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens vergeben werden,

hilfsweise,

festzustellen, dass die Antragstellerin in eigenen Rechten verletzt ist und

2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Der Antragsgegner beantragt,

die Anträge der Antragstellerin abzuweisen.

Zur Begründung legt er dar,

dass die Antragstellerin die Nachprüfungsanträge am 13.05.2009 verspätet eingereicht habe. Denn die gesetzliche Not- bzw. Höchstfrist zum Stellen eines Nachprüfungsantrages, die nicht einseitig durch die Bieter verlängert werden dürfe, sei bereits aufgrund des per Fax versendeten Schreibens entsprechend § 13 VgV am 12.05.2009 abgelaufen.

Ungeachtet dessen seien alle Anfragen der Antragstellerin zum Leistungsverzeichnis durch die Vergabestelle beantwortet worden. Dabei könne dahingestellt bleiben, ob diese überhaupt den Anforderungen an eine Rüge entsprächen. Wenn die Inhalte der Erwiderungen für die Antragstellerin nicht ausreichend gewesen sein sollten, hätte sie spätestens zu diesem Zeitpunkt Nachprüfungsanträge stellen müssen. Anstelle dessen habe sie fristgerecht Angebote abgegeben. Da die Anfragen der Antragstellerin bereits im Januar und der Submissionstermin am 03.03.2009 stattfanden, sei der Antragsgegner nach Treu und Glauben davon ausgegangen, alles verständlich und ausführlich dargelegt zu haben und sich die Antragstellerin damit einverstanden erklärt habe. Unter diesem Gesichtspunkt halte der Antragsgegner die Nachprüfungsbegehren nicht zuletzt auch aufgrund der Verwirkung für unzulässig.

Hinsichtlich der Begründetheit sei festzuhalten, dass sämtliche Bieter einen Zuschlag für den Betriebsübergang mit einkalkuliert hätten. Das Fehlen weiterer Detailangaben über die derzeit Beschäftigten stelle für die Bieter, insbesondere auch für die Antragstellerin, kein ungewöhnliches Wagnis dar, da ihnen die Personal- und Besoldungsstrukturen als „seit Jahrzehnten auf dem Markt der Versorgung der Kreise und der kreisfreien Städte mit Rettungsdienstleistungen wirtschaftlich Tätigen“ hinreichend bekannt seien und über entsprechende Erfahrungswerte verfügten. Im Übrigen würden vollständige Kenntnisse über Gehaltsstrukturen der derzeit Beschäftigten der Offenbarung schutzwürdiger Geschäftsgeheimnisse gleichkommen. Zudem habe die Antragstellerin entgegen den Forderungen im Leistungsverzeichnis auf Seite 4 ihrer Konzeption unter dem Punkt „Kalkulation der Personalkosten“ darauf hingewiesen, dass die Kalkulation keine Steigerung der vorhandenen Personalkosten durch Tarifierhöhungen und keine aus dem Dienstbetrieb heraus anfallenden Überstunden mangels Bekanntgabe vor dem Abgabetermin beinhalte. Denn entsprechend des Leistungsverzeichnisses habe der Antragsgegner in Bezug auf die Kostenermittlung ausdrücklich dargelegt, dass die von den Bietern eingereichten Angebotsunterlagen für die Vertragslaufzeit als verbindlich anzusehen seien. Änderungen könnten im Nachhinein nur dann akzeptiert werden, wenn rechtliche bzw. tarifvertragliche Bestimmungen sowie inflationsbedingte Veränderungen nach Abgabe des Angebotes neu zu berücksichtigen seien. Betriebsvereinbarungen würden analog zu den einschlägigen Tarifverträgen bewertet. Nach den Ausschreibungsun-

terlagen sei die Basis für die Preiskalkulation der in Sachsen-Anhalt geltende Kostenleistungsnachweis. Der Bieter müsse aufgrund seiner bisherigen Erfahrung als Leistungserbringer von rettungsdienstlichen Leistungen mitunter damit rechnen, dass im täglichen Dienstbetrieb aus der Natur der Sache heraus Überstunden anfallen. Lasse er diese unberücksichtigt, liege der Verdacht nahe nicht auskömmlich kalkuliert zu haben.

Die Beigeladene beantragt,

1. alle Anträge zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen und
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Sie schließt sich entsprechend ihren Ausführungen in der mündlichen Verhandlung im Ergebnis der Auffassung des Antragsgegners an und hält den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig, aber auf jeden Fall für unbegründet.

Mit Beschluss der erkennenden Kammer vom 14.09.2009 sind die Verfahren 1 VK LVwA 32/09, 1 VK LVwA 33/09 und 1 VK LVwA 34/09 zur gemeinsamen mündlichen Verhandlung und Entscheidung verbunden und danach unter dem Aktenzeichen 1 VK LVwA 32/09 zur gemeinsamen Entscheidung weitergeführt worden.

Durch Beschluss vom 29.09.2009 ist die Bietergemeinschaft Rettungsdienst zum Verfahren beigeladen worden.

Der Antragstellerin und der Beigeladenen sind mittels Beschlüssen vom 16.09.2009 bzw. vom 15.10.2009 Einsicht in die Akten gewährt worden, soweit diese nicht die Unterlagen der Mitbieter bzw. Informationen über diese enthalten.

Den Beteiligten wurde in der mündlichen Verhandlung die Gelegenheit gegeben, ihren Vortrag zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung zu vertiefen bzw. zu ergänzen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird neben den ausgetauschten Schriftsätzen auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung, die Verfahrensakten der Vergabekammer sowie die Vergabeakten ergänzend Bezug genommen.

Mit Faxschreiben vom 27.10.2009 hat der Antragsgegner die streitbefangenen Vergabeverfahren gegenüber den beteiligten Bietern aufgehoben.

II.

Die Feststellungsanträge der Antragstellerin sind zulässig und begründet.

Gemäß § 104 Abs. 1 GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl I S. 2140 ff.), geändert durch Artikel 2 Abs. 18 des Gesetzes vom 12. August 2005 (BGBl I S. 2354), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 01. September 2005 (BGBl I S. 2676), i.V.m. der Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt (RdErl. des MW LSA vom 04.03.1999 – 63 - 32570/03, veröffentlicht im MBL. LSA Nr. 13/1999 S. 441 ff., geändert durch RdErl. des MW vom 08.12.2003 – 42 – 32570/03, veröffentlicht im MBL LSA Nr. 57/2003, zuletzt geändert im MBL. LSA Nr. 26/2007 S. 568 ff) ist die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Feststellung von

Rechtsverletzungen hinsichtlich der vorliegenden Vergabeverfahren sachlich und örtlich zuständig.

Der maßgebliche Schwellenwert von 206.000 Euro für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gemäß des zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 VgV in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl I S. 169 ff.), geändert durch Artikel 3 Abs. 37 des Gesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl I S. 1970), geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 1. September 2005 (BGBl I S. 2676), geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 23.10.2006 (BGBl S. 2334), zuletzt geändert durch Artikel 1 u. 2 v. 04.12.2007 (Verordnung (EG) Nr. 1422/2007), ist unter Einbeziehung des gesamten Vertragszeitraumes vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2015 in den Vergabeverfahren bei Weitem überschritten.

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

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das 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 trägt vor, durch das auftraggeberseitige Verhalten ihre Chancen auf einen Zuschlag verloren zu haben. Hätte die Vergabestelle zum Beispiel den Rügen hinsichtlich der fehlerhaften Leistungsbeschreibung abgeholfen, wäre die Antragstellerin in der Lage gewesen, ihre Angebote anders zu kalkulieren. Dies verletze sie in ihren Rechten. Dieser Vortrag ist für die Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis in diesem Kammerverfahren ausreichend.

Das Erfordernis einer rechtzeitigen Rüge gegenüber dem Antragsgegner ist ebenso erfüllt. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Bestimmung des § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB als auch hinsichtlich der ebenso einschlägigen Regelung des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB.

Ausweislich des Schreibens der gGmbH vom 19.01.2009 hat diese auch im Namen des zukünftigen Bietergemeinschaftspartners gegenüber dem Antragsgegner alle Aspekte des anhängigen Kammerverfahrens gerügt. Es trifft zwar zu, dass dieses Schreiben antragstellerseitig auch dazu genutzt wurde, an den Antragsgegner einige Anfragen zu richten. Dies steht jedoch der Qualifizierung von zumindest Teilbereichen dieses Schreibens als Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB nicht entgegen. So wird unter Ziffer 3 des Schreibens ausdrücklich das Fehlen von aus Sicht der Antragstellerin zur ordnungsgemäßen Angebotserstellung notwendigen Informationen im Zusammenhang mit einem möglichen Betriebsübergang nach § 613a BGB beanstandet. Zusätzlich wird ein detaillierter Forderungskatalog noch benötigter Angaben aufgestellt. Darin liegt unzweifelhaft sowohl eine Missbilligung des Auftraggeberhandelns als auch eine Forderung nach Abhilfe.

Zudem hat die Antragstellerin der Voraussetzungen des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB auch in zeitlicher Hinsicht genügt. Am 15.01.2009 gingen die Verdingungsunterlagen mit dem darin enthaltenden Hinweis auf die Möglichkeit eines Betriebsüberganges bei der Antragstellerin ein. Selbst unterstellt, man hätte sich unverzüglich mit dem Inhalt derselben beschäftigt und weiterhin unterstellt noch am 15.01.2009 den Rückschluss einer vermeintlichen Vergaberechtswidrigkeit gezogen, so wäre das per Fax am 19.01.2009 an den Antragsgegner übermittelte Schreiben dennoch als unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB einzuordnen. Der Beigeladenenvertreter vermochte in diesem Zusammenhang mit seinem Hinweis nicht durchzudringen, dass die erkennende Kammer bereits durchaus auch kürzere Rügefristen für angezeigt erachtet habe, da sich dies auf Rügeerfordernisse im Nachgang des Zugangs eines Informationsschreibens nach § 13 VgV bezog und insoweit kein vergleichbarer Sachverhalt vorliegt. In diesem Fall billigt die erkennende Kammer der Antragstellerin hinsichtlich ihres Vortrages eine Frist bis einschließlich 19.01.2009 ausdrücklich als angemessen zu.

Als ebenso eindeutig stuft die erkennende Kammer aus dem Blickwinkel eines billig und gerecht denkenden Dritten den Vortrag der Antragstellerin unter Ziffer 8 u. a. als eine Rüge hinsichtlich einer vermeintlich vergaberechtswidrigen Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ein. Dort hat sich die Antragstellerin dahingehend positioniert, dass es sich bei den unter dem Begriff der Zuschlagskriterien aufgeführten Merkmalen in der Bekanntmachung teilweise um Eignungskriterien handle, deren eventuelle Verwendung als Zuschlagskriterien man vorsorglich rüge. Auch diese Formulierung reicht aus, um mit der antragstellerseitigen rechtlichen Bewertung gleichsam eine Abhilfeforderung - auch ohne deren ausdrücklichen Ausspruch - zu verbinden. Bei einer anderen Sichtweise würde man der Antragstellerseite formelhafte Pflichten auferlegen, die letztendlich beim Auftraggeber keinen Erkenntniszugewinn über die Haltung des Rügenden bringen würden. Dies kann nicht Sinn und Zweck eines Rügeerfordernisses sein. Es reicht daher aus, wenn die Auftraggeberseite unter dem oben bereits zitierten Blickwinkel des billig und gerecht denkenden Dritten aufgrund der antragstellerseitig gewählten Formulierung von einer Forderung nach Abhilfe ausgehen musste. Dies war hier der Fall.

Hinsichtlich der Rechtzeitigkeit dieses Rügevorbringens bestehen hier ebenfalls keine Bedenken. Zum einen hat die Antragstellerin diesen bereits aus der Bekanntmachung ersichtlichen Gesichtspunkt vor dem zur Angebotsabgabe vorgesehenen Zeitpunkt im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB gerügt. Zum anderen genügt das Verhalten der Antragstellerin auch den zeitlichen Anforderungen des diesbezüglich ebenso einschlägigen § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB. Auf Nachfrage des Vorsitzenden erklärte die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, dass der Entschluss, die Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien zu rügen, erst im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung mit den Verdingungsunterlagen gereift sei. Dabei laufe das übliche Prozedere so ab, dass das Sekretariat aufgrund der Bekanntmachung völlig selbständig die Unterlagen abfordere und die Bekanntmachung samt der eingegangenen Verdingungsunterlagen dann dem Geschäftsführer vorgelegt würden. Dem Vertreter der Beigeladenen ist es nicht gelungen, die Kammer davon zu überzeugen, dass sich aus der Einlassung der Antragstellerseite nicht entnehmen lasse, wann die Erkenntnis der vermeintlichen Vergaberechtswidrigkeit in ihr gereift sei. Vielmehr macht die inhaltlich unwiderlegt gebliebene Äußerung der Antragstellerin sehr wohl deutlich, dass eine inhaltliche Auseinandersetzung auch mit dem Text der Bekanntmachung sowohl grundsätzlich als auch in diesem Falle erst nach dem Eintreffen der Verdingungsunterlagen erfolgte, somit frühestens zum 15.01.2009. Entsprechend den obigen Darlegungen gesteht die erkennende Kammer der Antragstellerin hier eine Frist zur Rüge bis zum 19.01.2009 als unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB zu.

Der Zulässigkeit der Anträge steht auch nicht der Vortrag des Antragsgegners entgegen, die am 13.05.2009 bei der Vergabekammer eingegangenen Nachprüfungsanträge seien verspätet eingereicht worden. Soweit sich der Antragsgegner in diesem Zusammenhang auf eine gesetzliche Not- bzw. Höchstfrist beruft, die in Bezug auf das Informationsschreiben nach § 13 VgV am 12.05.2009 abgelaufen sein solle, konnte die erkennende Kammer trotz eines Aufklärungsversuches in der mündlichen Verhandlung letztlich keine absolute Klarheit darüber gewinnen, welche Frist auf der Grundlage welcher rechtlichen Regelung der Rechtzeitigkeit der Antragstellung hier entgegenstehen solle. Fest steht allerdings, dass die hier einschlägige Fassung des GWB vom 15.07.2005, zuletzt geändert am 15.12.2008, keine Fristenregelung im Zusammenhang mit dem Stellen eines Antrages gegenüber einer Vergabekammer vorsieht. Sollte der Antragsgegner in seinem Vortrag von der Regelung des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB in der Fassung vom 15.07.2009 beeinflusst worden sein, so sei darauf verwiesen, dass diese gemäß § 131 Abs. 8 GWB gleicher Fassung für diejenigen Kammerverfahren keine Geltung entfaltet, die die Überprüfung von Vergabeverfahren zum Inhalt haben, die - wie hier - vor dem 24.04.2009 begonnen haben. Angesichts des Datums der Bekanntmachung der streitbefangenen Ausschreibungen vom 17.12.2008 ist daher ein weiterer Zweifel an der Zulässigkeit der Anträge nicht gerechtfertigt.

Die Feststellungsanträge sind auch begründet.

Die Antragstellerin wurde durch den Inhalt der Bekanntmachung sowie der Verdingungsunterlagen in ihren Rechten im Sinne des § 97 Abs. 7, 2 GWB verletzt.

Der Antragsgegner vermag hier mit der Einrede der Verwirkung nicht durchzudringen. Soweit er sich hinsichtlich des tatsächlichen Momentes des Verwirkungstatbestandes auf die Angebotsabgabe bezieht, sei darauf hingewiesen, dass es mittlerweile zur gefestigten und von der erkennenden Kammer ausdrücklich geteilten Rechtsprechung im Vergaberecht gehört, dass die Angebotsabgabe isoliert nicht geeignet ist, bei der Auftraggeberseite ein schutzwürdiges Vertrauen auf bieterseitigen Verzicht auf Rechtsschutz in dem betreffenden Vergabeverfahren zu begründen. Darüber hinaus sei angemerkt, dass weiterhin auch ein zeitliches Moment gegeben sein muss, um ein derartiges schutzwürdiges Vertrauen entstehen zu lassen. Hinsichtlich Letzterem finden sich hier keinerlei Ansatzpunkte, so dass ein Berufen auf die Einrede der Verwirkung nur scheitern konnte.

In Betracht hätte aus Kammersicht im Gegensatz dazu allerdings ein Rückgriff auf das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens entsprechend § 242 BGB kommen können. Grundlage derartiger Überlegungen könnte der Inhalt des Schreibens des anwaltlichen Vertreters der Antragstellerin vom 19.02.2009 gegenüber dem Antragsgegner sein, ausweislich dessen die Antragstellerin unter Bezugnahme auf ein Schreiben der Gegenseite vom 10.02.2009 ausdrücklich betonen lässt, dass diese ihre erhobene Verfahrensrüge wegen der fehlenden Bekanntgabe von möglichen Kostenfolgen bei einem Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB aufrecht erhalte. Inwieweit das Bezugsschreiben der Auftraggeberseite über den Aspekt des § 613a BGB hinaus noch weitere Gesichtspunkte beleuchtet und somit dem anwaltlichen Schreiben vom 19.02.2009 einen besonderen Erklärungsinhalt verleiht, kann hier jedoch dahingestellt bleiben. Denn der anwaltliche Schriftsatz hat beim Antragsgegner eben nicht die Schlussfolgerung ausgelöst, die Antragstellerin werde allenfalls noch Nachprüfungsverfahren im Hinblick auf die Problematik des § 613a BGB erwägen. Auf Nachfrage des Vorsitzenden, worauf man antragsgegnerseitig einen wie auch immer gearteten Vertrauensstatbestand begründe, erfolgte auch auf nochmaliges Nachfassen stets nur die Bezugnahme auf den Umstand der Angebotsabgabe, nicht jedoch auf den Inhalt des anwaltlichen Schreibens vom 19.02.2009. Eine Reduzierung der Rechtmäßigkeitsprüfung des Vergabeverfahrens auf Gesichtspunkte im Zusammenhang mit den Erwägungen zu § 613a BGB scheidet demnach aus.

Der Antragstellerin wurde durch die Bezugnahme in den Verdingungsunterlagen auf die Möglichkeit eines eventuellen Betriebsüberganges nach § 613a BGB ein ungebührliches Wagnis entsprechend § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A auferlegt, aufgrund dessen es im Rahmen der Angebotskalkulationen zu Nachteilen kommen musste, so dass in Folge ein fairer und diskriminierungsfreier Wettbewerb nicht mehr gewährleistet ist.

In diesem Zusammenhang räumt die erkennende Kammer ein, dass sie sich mit dem zu diesem Rechtsproblem unter dem Aktenzeichen VII-Verg 50/08 ergangenen Beschluss des OLG Düsseldorf durchaus schwer tut. Für den zu entscheidenden Fall erübrigt sich jedoch eine abschließende inhaltliche Positionierung, da hier der besondere Fall vorliegt, dass für die Auftraggeberseite klar erkennbar war, dass die Möglichkeit eines Betriebsüberganges nach § 613a BGB ausgeschlossen werden konnte. Das OLG Düsseldorf nimmt in der für das Verhalten des Antragsgegners im Zusammenhang mit dem Abfassen der Verdingungsunterlagen maßgeblichen Entscheidung Bezug auf die sehr weitgehende und nicht unwidersprochen gebliebene Rechtsprechung des LAG Köln -11 Sa 698/07- vom 19.10.2007 zu einem möglichen Betriebsübergang im Zusammenhang mit der Vergabe von Rettungsdienstleistungen. Danach kann die Neuvergabe von Rettungsdienstleistungen an einen neuen Auftragnehmer auch ohne Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des vom bisherigen Auftragnehmer eingesetzten Personals als Betriebsübergang im Sinne von § 613a BGB anzusehen sein, wenn der Auftraggeber für die Durchführung der Dienste sämtliche materiellen Betriebsmittel (wie Wachgebäude, Fahrzeuge und Ausrüstungsgegenstände) zur Verfügung stellt. Kennzeichnend für die streitbefangene Vergabe ist hier aber gerade, dass eben nicht sämtliche Betriebsmittel vom Auftraggeber gestellt werden. Stattdessen hat

der neue Leistungserbringer wie sein Vorgänger die materiellen Betriebsmittel grundsätzlich selbst bereitzuhalten. Daran ändert auch die Einschränkung nichts, dass ausweislich Ziffer 3 1. der Leistungsbeschreibung für den Notarztstandort sowie die Standorte, und keine Miet- und Mietnebenkosten zu kalkulieren sind, da der Notarztstandort durch den Träger selbst und die übrigen Räumlichkeiten durch die Krankenhäuser zur Verfügung gestellt werden. War die Gefahr eines Betriebsüberganges mangels Überganges sämtlicher Betriebsmittel von vorne herein ausgeschlossen, so erfolgte der Hinweis auf § 613a BGB ohne tatsächlichen Grund und damit ohne rechtliche Rechtfertigung. Es handelt sich demnach dabei um einen Hinweis, der keinem der an den Vergabeverfahren Beteiligten ein Mehr an Rechtssicherheit bietet, stattdessen aber sämtlichen zum alten Leistungserbringer (Beigeladene) in Konkurrenz stehenden Bietern ein unnützes und daher ungebührliches Wagnis im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A auferlegt.

Ein Verstoß gegen das Erfordernis des fairen und diskriminierungsfreien Wettbewerbs liegt zudem in den unter Punkt IV.2.1 der Bekanntmachung aufgelisteten Zuschlagskriterien. Dort wurden seitens des Antragsgegners Eignungs- und Wirtschaftlichkeitskriterien in unzulässiger Weise miteinander vermischt. Zumindest die Kriterien der Mitarbeit an Großschadenslagen und Massenanfall von Verletzten mit einer ausgewiesenen Gewichtung von 27%, der Erfahrungen im Rettungsdienst mit einer ausgewiesenen Gewichtung von 7% sowie der Qualifikation des Personals mit einer ausgewiesenen Gewichtung von 3% sind als Bieter bezogen unzweifelhaft als Eignungskriterien einzustufen. Im Vergabeverfahren ist unabhängig von der Vergabeart stets eine strikte Trennung zwischen Eignungs- und Wirtschaftlichkeitskriterien einzuhalten. Grundsätzlich sollen die Eignungskriterien dabei lediglich Mindestanforderungen vorsehen, um einen breiten Wettbewerb um den konkreten Auftrag nach allein leistungsbezogenen, objektiv prüfbareren Auswahlkriterien nicht zu gefährden. Soweit ein Auftraggeber eine Auftragsvergabe nur unter besonders gut geeigneten Bewerbern abzuschließen sucht, steht diesem die Möglichkeit der Durchführung eines vorangegangenen öffentlichen Teilnahmewettbewerbes offen. Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbewertung ist neben der nochmaligen auch die erstmalige Berücksichtigung Bieter bezogener Kriterien unzulässig. Aus Gründen des fairen Wettbewerbs, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz muss abstrakt ausgeschlossen sein, dass ein „Weniger“ an Wirtschaftlichkeit eines Angebotes durch ein „Mehr“ an Eignung ausgeglichen wird und zu einer Veränderung der Bieterreihenfolge führen kann. Diesem Anforderungsprofil wird die Bekanntmachung in dem oben zitierten Punkt aber gerade nicht gerecht. Auch dies stellt eine Verletzung Bieter schützender Vergaberechtsnormen dar.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Der Antragsgegner und die Beigeladene haben die Kosten des Verfahrens je zu gleichen Teilen zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten der Feststellungsverfahren 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 Feststellungsverfahren im Verhältnis zu dem von ihm gestellten Antrag in diesem Verfahren maßgeblich. In den hier streitbefangenen Vergabeverfahren wird dem Hilfsantrag der Antragstellerin entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen des Antragsgegners und der Beigeladenen, so dass diese die Kosten des Kammerverfahrens zu tragen haben. Die Höhe der Kosten bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand, welche die Anträge bei der Kammer verursacht haben, und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes der Verfahren.

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 den Vertragszeiträumen vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2015 unter Zugrundelegung der Bruttoangebotssummen der Antragstellerin in den Losen A, C und D für die Jahre 2010/2011 in Zusammenhang mit einer kammerseitig vorzunehmenden Hochrechnung für die 6-jährige Vertragslaufzeit Euro.

Aufgrund der durch den Antragsgegner durchgeführten Aufhebung der streitbefangenen Vergabeverfahren und der Besonderheiten des Einzelfalles, wird die Gebühr auf Euro reduziert.

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

..... **EUR,**

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **EUR** hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch den Antragsgegner 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.

Da es bei einer Bietergemeinschaft aus kassentechnischen Gründen nicht möglich ist, nur ein Kassenzeichen zu vergeben, wird mitgeteilt, dass

die
..... gGmbH

unter dem Kassenzeichen: **3300-.....**

oder

die
.....gGmbH

unter dem Kassenzeichen: **3300-.....**

oder

der
Kreisverband

unter dem Kassenzeichen: **3300-.....**

den Betrag nach den Grundsätzen der gesamtschuldnerischen Haftung zu zahlen haben.

Sobald der Gesamtbetrag in Höhe von EUR unter einem von den drei Kassenzeichen eingegangen ist, werden die anderen gelöscht.

Der Einzahlungsbetrag darf aus besagten kassentechnischen Gründen nicht geteilt und nur einmal unter Verwendung des jeweiligen Kassenzeichens auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 eingezahlt werden.

Die Antragstellerin erhält den geleisteten Vorschuss nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet.

Gemäß Abschnitt IV, § 8 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern des Landes Sachsen-Anhalt, Bek. des MW vom 05.08.2009 (MBI. LSA Nr. 33/2009 vom 28.09.2009) weist die Kammer darauf hin, dass es der Unterschrift der ehrenamtlichen Beisitzerin nicht bedarf.

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 Beschwerdebegründung 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. Pönitz