



SACHSEN-ANHALT

LANDESV ERWALTUNGSAMT

1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt

Beschluss

dazu OLG-Entscheidung 1 Verg 10/10 vom 14.10.2010

AZ: 1 VK LVwA 69/09

Halle, 23.06.2010

§ 101 Abs. 2 GWB
§ 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB
§ 11 RettDG LSA
§ 97 Abs. 1 GWB
§§ 2, 3, 3a VOL/A

Der Rügeinhalt folgt aus dem Gesamtzusammenhang. Er kann inhaltlich begrenzt werden, dies muss jedoch ausdrücklich erfolgen. Eine de-facto Vergabe liegt trotz der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens vor, wenn der Vertragsinhalt von den wesentlichen Parametern des Verhandlungsverfahrens abweicht. Darunter fällt z.B. der Leistungszeitraum.

In den Nachprüfungsverfahren der

Bietergemeinschaft

..... gGmbH
Geschäftsstelle

..... GmbH
.....

Verfahrensbevollmächtigte
Rechtsanwälte
.....

Antragstellerin

gegen

den Landkreis

Antragsgegner

Verfahrensbevollmächtigter
Rechtsanwalt
.....

unter Beiladung der

Bietergemeinschaft

.....

.....

.....gGmbH

..... e.V.

.....

Beigeladene

Verfahrensbevollmächtigter

.....

Rechtsanwälte

.....

wegen

der gerügten Vergabeverstöße bezüglich der Vergabe von Rettungsdienstleistungen (Notfallrettung und qualifizierter Krankentransport) für den Landkreis, Rettungswachen,, und hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 09.06.2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Hoppe beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Vergabe von Leistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes für den Zeitraum ab den 01.01.2010 im Gebiet des Antragsgegners unwirksam ist.
2. Der Antragsgegner wird im Falle der zukünftigen Rettungsdienstleistungserbringung durch Dritte verpflichtet, diesen Dritten im Wege eines Offenen Verfahrens zu ermitteln.
3. Die Kosten des Verfahrens vor der erkennenden Kammer sowie der Rechtsverteidigung der Antragstellerin tragen der Antragsgegner sowie die Beigeladene jeweils zur Hälfte.
4. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt Euro
5. Die Hinzuziehung des anwaltlichen Vertreters der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb die Durchführung des Rettungsdienstes (Notfallrettung und qualifizierten Krankentransport) im Wege eines Offenen Verfahrens auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) erstmalig mit Bekanntmachung vom2008

(Vergabe Nr.) europaweit im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften (EG) aus. Die Leistungserbringung sollte vom 01.01.2009 bis zum 31.12.2014 durchgeführt werden und bezog sich auf den gesamten Rettungsdienstbereich des Antragsgegners ohne territoriale Aufteilung der dazugehörigen Rettungswachen,, und

Insgesamt forderten 10 Bewerber, darunter auch die Antragstellerin in Form von Einzelbewerbungen sowie die Beigeladene, die Unterlagen ab. Lediglich die Beigeladene reichte jedoch fristgerecht ein Angebot bis zum 06.03.2008 ein. Der Antragsgegner schloss das Angebot wegen einer abgelaufenen Versicherungsbescheinigung aus und hob anschließend mit Schreiben vom 20.03.2008 das Vergabeverfahren gemäß § 26 Nr. 1 a VOL/A auf. Die Einstellung des Verfahrens wurde im Supplement der EG am2008 bekannt gegeben.

Daraufhin wurde ausschließlich die Beigeladene im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne öffentliche Bekanntmachung mit Schreiben vom 07.04.2008 zur Abgabe eines Angebotes bis zum 24.04.2008 für einen mit dem vorherigen Offenen Verfahren identischen Vertragszeitraum aufgefordert. Der Antragsgegner begründete in seiner Beratungsvorlage 08/0198 die Zulässigkeit der Wahl der Vergabeart dahingehend, dass er das Angebot der Beigeladenen nicht nach § 23 Nr. 1 VOL/A ausgeschlossen habe. Auch erfolge keine grundlegende Änderung der ursprünglichen Bedingungen des Auftrages und die Beigeladene erfülle die Voraussetzungen des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A. Das auf den 14.04.2008 datierte und mit den auftraggeberseitigen Festlegungen zum Leistungszeitraum vom 01.01.2009 bis zum 31.12.2014 übereinstimmende Angebot der Beigeladenen wurde fristgemäß am 23.04.2008 eingereicht.

Mit Schreiben vom 23.07.2008 bat der Antragsgegner die Beigeladene aufgrund eines noch nicht geklärten Sachverhaltes um eine Bindefristverlängerung bis zum 15.09.2008. Eine darüber hinausgehende Bindefristverlängerung erfolgte ebenso wenig, wie ein ausdrücklicher Verzicht des Antragsgegners auf die Vergabe in diesem Verhandlungsverfahren.

Auf der Grundlage einer durch ein hier nicht beteiligtes Konkurrenzunternehmen erwirkten einstweiligen Anordnung des Verwaltungsgerichtes vom 25.09.2008 leitete der Antragsgegner mit Bekanntmachung im Supplement vom 17.12.2008 erneut ein Offenes Verfahren über die Durchführung des Rettungsdienstes (Notfallrettung und qualifizierten Krankentransport) auf der Grundlage der VOL/A ein. Die Leistung teilte sich nunmehr territorial in die Rettungswache (Los A), Rettungswache (Los B), Rettungswache (Los C) und Rettungswache (Los D) auf. Für die Leistungserbringung war ein von den vorhergehenden Ausschreibungsverfahren abweichender Leistungszeitraum vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2015 ausgeschrieben.

Insgesamt reichten fünf Bieter, darunter auch die Antragstellerin und die Beigeladene, auf verschiedene Lose ihre Angebote ein. Im Verlaufe der Vergabeverfahren leitete die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 13.05.2009 bei der zuständigen Vergabekammer Nachprüfungsverfahren zu drei der vier ausgeschrieben Losvergaben ein. Der Antragsgegner hob im Ergebnis der am 22.10.2009 stattgefundenen mündlichen Verhandlung mit Faxschreiben vom 27.10.2009 gegenüber den Bietern die drei damals streitbefangenen Vergabeverfahren auf und begründete dies dahingehend, dass sich die Grundlagen der Ausschreibung in Folge von Mängeln in der Leistungsbeschreibung wesentlich geändert hätten.

Mittels Schreiben der Antragstellerin vom 01.11.2009 und 18.11.2009 äußerte diese gegenüber dem Antragsgegner weiterhin ihr Interesse am Erhalt der Aufträge. Gleiches gelte auch für den Zeitraum bis zur Neuausschreibung der Leistung. Weiterhin bat die Antragstellerin um Auskunft, wann mit einer Neuausschreibung zu rechnen sei.

Im Vorfeld der letzten antragstellerseitigen Interessenbekundung wurde durch den Antragsgegner mit Schreiben vom 10.11.2009 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das zum Eröffnungstermin des vorangegangenen Verhandlungsverfahrens am 24.04.2008 vorliegende Angebot der Beigeladenen nunmehr für einen Ausführungszeitraum vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2015 der Zuschlag erteilt. Dies erfolgte unter ausdrücklichem Hinweis auf die bereits oben zitierte Sitzungsvorlage zur Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens. Eine Benachrichtigung entsprechend § 13 Vergabeverordnung (VgV) über die Zuschlagserteilung gegen-

über den erfolglosen Bietern der mit Faxschreiben vom 27.10.2009 auftraggeberseitig aufgehobenen späteren Offenen Verfahren (3. Vergabeversuch) fand zu keinem Zeitpunkt statt.

In Beantwortung der Schreiben der Antragstellerin vom 01.11.2009 und 18.11.2009 erklärte der Antragsgegner mit Schreiben vom 19.11.2009, dass mit dem Auslaufen der gegenwärtigen Verträge mit einem neuen Vergabeverfahren über die Durchführung des Rettungsdienstes im zu rechnen sei. Er sicherte weiterhin zu, die Antragstellerin rechtzeitig hierüber in Kenntnis zu setzen. Zudem sei das auftraggeberseitig durchgeführte Verhandlungsverfahren zu keinem Zeitpunkt durch Aufhebung beendet worden, so dass die Auftragsvergabe auf dieser Grundlage durch die zwischenzeitliche Aufhebung der einstweiligen Anordnung des Verwaltungsgerichtes durch das Obergerverwaltungsgericht ermöglicht wurde.

Mit Schriftsatz selben Datums rügte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin unter Bezugnahme auf eine Mitteilung der Tagespresse gegenüber dem Antragsgegner die vermeintliche Verlängerung des Vertrages über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen mit dem jetzigen Leistungserbringer um ein weiteres Jahr. Diese Vertragsverlängerung sei vergaberechtswidrig und kraft Gesetzes nichtig. Da der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin sich mit dem auftraggeberseitigen Hinweis auf sein Schreiben vom 19.11.2008 nicht zufrieden geben wollte, vertiefte Ersterer sein bisheriges Vorbringen mit Faxschreiben vom 23.11.2009. Unter anderem, wurde nochmals ausgeführt, dass eine in der Presse angegedeutete Interimsverlängerung vergaberechtswidrig sei. Zudem wurde ausdrücklich betont, dass man nicht wisse, ob die angegriffene vertragliche Regelung lediglich bis zum Abschluss eines neuen Vergabeverfahrens wirken solle.

Darauf folgend informierte der Antragsgegner mittels Schreiben vom 24.11.2009 darüber, dass die jetzige Leistungsbeauftragung nicht auf der Grundlage einer Vertragsverlängerung basiere. Zwar habe ein Bieter erfolgreich eine einstweilige Anordnung zu den vorangegangenen Vergabeverfahren beim Verwaltungsgericht erwirkt und der Antragsgegner daraufhin ein neues Offenes Verfahren mit einer losweisen Vergabe am 17.12.2008 eingeleitet. Dieses Vergabeverfahren sei jedoch bei der Vergabekammer anhängig gewesen und im Ergebnis der mündlichen Verhandlung mit Schreiben vom 27.10.2009 aufgehoben worden. Diese Aufhebung habe nunmehr für den Antragsgegner die Konsequenz, dass das Angebot des Beigeladenen aus dem nicht aufgehobenen vorangegangenen Verhandlungsverfahren habe bezuschlagt werden können. Zudem hätten sich keine weiteren Bieter bzw. Bewerber gegen das Verhandlungsverfahren gewandt. Es wären daher sämtliche Fristen hierzu abgelaufen.

Am 09.12.2009 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin die nunmehr zu entscheidenden Nachprüfungsanträge bei der zuständigen Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt des Landes Sachsen-Anhalt gestellt. Diese wurden am selben Tage dem Antragsgegner zugestellt.

Es wird die Auffassung vertreten, dass die Erteilung der Zuschläge nicht vergaberechtskonform erfolgt sei. Der Antragsgegner habe die Zuschläge gegenüber dem jetzigen Leistungserbringer erteilt, ohne vorher ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen. Rechtlich unerheblich sei hierbei, dass der Leistungserbringer bereits 2007/2008 ein Angebot eingereicht habe und das Verwaltungsverfahren ausdrücklich noch nicht beendet worden sei. Im Sinne des § 99 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sei jeder Beschaffungsvorgang, der mit dem Abschluss eines entgeltlichen Vertrages ende, dem Vergaberecht unterworfen. Ein Vertragsschluss nach Aufhebung des zuletzt eingeleiteten Offenen Verfahrens könne nicht ohne erneute Durchführung eines weiteren förmlichen Vergabeverfahrens vorgenommen werden.

Im Übrigen würde ein etwaig vormals eingeleitetes Verwaltungsverfahren durch die erfolgte Neuausschreibung der Leistung Ende 2008 hinfällig und obsolet. Denn der Antragsgegner habe damit dokumentiert, dass er aufgrund der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Rettungsdienstleistungen ein förmliches Vergabeverfahren durchführen wolle. Der

Rückgriff auf das vorangegangene rechtswidrige Verhandlungsverfahren verstoße daher wegen widersprüchlichen Verhaltens gegen die Grundsätze von Treu und Glauben.

Dies müsse umso mehr gelten, als die Antragstellerin mehrfach dem Antragsgegner ihr Interesse am Auftrag schriftlich angezeigt habe. An der hier in rechtswidriger Art und Weise durchgeführten de-facto Vergabe sei sie daher zu Unrecht nicht beteiligt worden, so dass ihr durch die erfolgten Vertragsschlüsse ein Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe.

Zudem verstoße der Antragsgegner durch sein Verhalten gegen das Transparenzgebot sowie das Diskriminierungsverbot. Die Antragstellerin habe nach § 97 GWB in Verbindung mit § 4 Abs. 1 VgV sowie § 3a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A ein Recht darauf, dass die zu beschaffende Leistung im Wege eines geregelten Vergabeverfahrens vergeben werde. Der Antragsgegner habe durch den Rückgriff auf ein den Vergabevorschriften der VOL/A nicht genügenden Verwaltungsverfahren bieterschützende Vorschriften in deutlichem Umfang verletzt.

Soweit der Beigeladenenvertreter in seinem Schriftsatz vom 08.06.2010 von einer Beschränkung der Nachprüfungsanträge auf einen sog. Interimsvertrag ausgehe, entspreche dies nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Aus der Antragstellung folge vielmehr eindeutig und für alle Beteiligten erkennbar, dass man sich gegen eine vertragliche Regelung zur Erbringung von Rettungsdienstleistungen wende, die nach dem Willen des Antragsgegners und der Beigeladenen ab dem 01.01.2010 wirken solle. Den Zeitpunkt der Endlichkeit dieses Vertrages habe man mangels Kenntnis bewusst nicht benannt. Die in der Rüge vom 19.11.2009 erfolgte Bezugnahme auf einen möglichen Interimsvertrag sei vielmehr das Ergebnis der Verlautbarungen des Antragsgegners in der Presse und könnten der Antragstellerin nicht zum Schaden gereichen.

Ebenso könne von einem Wegfall des Rechtsschutzinteresses durch Nichtanfechtung der Genehmigungserteilung zu Gunsten der Beigeladenen nach § 11 Rettungsdienstgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (RettDG LSA) keine Rede sein. Ziel der Antragstellerin sei die Möglichkeit zur Erbringung von Rettungsdienstleistungen auf dem Gebiet des Antragsgegners. Dazu benötige sie zwar neben der vergaberechtlichen Zuschlagserteilung tatsächlich eine Genehmigung nach § 11 RettDG LSA. Einer Stattgabe eines Antrages auf Erteilung der Genehmigung stehe die bereits erteilte Genehmigung zu Gunsten der Beigeladenen jedoch nicht entgegen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn mit dieser Genehmigungserteilung ein Ausschluss weiterer Genehmigungen verbunden wäre. Dies ergebe sich aus dem Rettungsdienstgesetz aber gerade nicht.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die Vergabe von Leistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes für den Zeitraum vom 01.01.2010 im Gebiet des Antragsgegners unwirksam ist,

hilfsweise,

durch geeignete Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass die Vergabe von Leistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes für den Zeitraum ab dem 01.01.2010 im Gebiet des Antragsgegners nur unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer im Wege eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens vergeben werden sowie

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

Der Antragsgegner beantragt,

1. sämtliche Anträge zurückzuweisen und
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Er vertritt die Auffassung, die Auftragserteilung sei auf der Grundlage des durchgeführten Verhandlungsverfahrens rechtmäßig erfolgt. Die Auftragsvergabe habe demnach gerade nicht auf der Grundlage eines bloßen Verwaltungsverfahrens ohne Ausschreibung stattgefunden. Vielmehr entfalte das Verhandlungsverfahren aufgrund nicht erfolgter Aufhebung weiterhin seine Rechtswirkung. Dies müsse umso mehr gelten, als die Antragstellerin dieses Vergabeverfahren zu keinem Zeitpunkt angegriffen habe.

Hintergrund der Vorgehensweise des Antragsgegners sei die einstweilige Anordnung des Verwaltungsgerichtes mit Beschluss vom 25.09.2008 gewesen. Das daraufhin neu eingeleitete Offene Verfahren habe durch Aufhebung sein Ende gefunden. Das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt habe dann aber aufgrund der Beschwerde der Beigeladenen die einstweilige Anordnung auf Einstellung des ursprünglichen Vergabeverfahrens mit Beschluss vom 31.07.2009 aufgehoben. Aufgrund der Gesamtumstände habe der Antragsgegner darauf vertrauen dürfen, dass das frühere Verhandlungsverfahren nicht nur noch fortbestehe, sondern auch nicht mehr wirksam angegriffen werden könne.

Die Beigeladene beantragt,

1. alle Anträge zurückzuweisen,
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Sie vertritt die Ansicht,

dass die vor der Vergabekammer anhängigen Verfahren unzulässig seien. Zum einen scheitere die Zulässigkeit an § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB in Verbindung mit § 101b Abs. 2, 2. Alt. GWB, da sich die zur Entscheidung anstehenden Nachprüfungsanträge inhaltlich auf einen sog. Interimsvertrag beschränkten. Ein solcher Vertrag sei aber gerade nicht abgeschlossen worden. Vielmehr handle es sich hier um eine reguläre Zuschlagserteilung auf der Grundlage eines ordnungsgemäß durchgeführten Verhandlungsverfahrens. Die Beschränkung der Nachprüfungsanträge folge aus den Formulierungen der beiden Rügen vom 19.11. bzw. 23.11.2009 gegenüber dem Antragsgegner. Durch die Bezugnahme der Nachprüfungsverfahren auf den Rügeinhalt setzt sich diese inhaltliche Beschränkung fort. Der tatsächlich geschlossene Vertrag sei demnach nicht streitbefangen.

Die Zulässigkeit entfalle zum anderen mangels Rechtsschutzinteresses der Antragstellerin. Diese habe sich ausschließlich gegen die Zuschlagserteilung gewandt, nicht jedoch gegen die auf der Grundlage des § 11 RettDG LSA erteilten Genehmigung zur Erbringung von Rettungsdienstleistungen. Diese Genehmigung berechne die Beigeladene aber erst zur eigentlichen Leistungserbringung und hätte auf dem Verwaltungsgerichtsweg angegriffen werden müssen. Da der Antragstellerin die Genehmigungserteilung gegenüber der Beigeladenen vom 10.11.2009 seit dem 19.11.2009 bekannt gewesen sei, sei Ersterer nunmehr durch Zeitablauf die Möglichkeit einer Anfechtungsklage genommen. Die Antragstellerin könne ihr angestrebtes Antragsziel somit durch die Nachprüfungsanträge aufgrund ihrer verwaltungsprozessualen Versäumnisse nicht erreichen, so dass von der erkennenden Kammer das Rechtsschutzinteresse verneint werden müsse.

Mit Beschluss der erkennenden Kammer vom 30.04.2010 sind die Verfahren 1 VK LVwA 69/09 bis 1 VK LVwA 72/09 zur gemeinsamen mündlichen Verhandlung und Entscheidung verbunden und danach unter dem Aktenzeichen 1 VK LVwA 69/09 weitergeführt worden.

Durch Beschluss vom 03.05.2010 ist die Bietergemeinschaft zum Verfahren beigeladen worden.

Der Antragstellerin ist mittels Beschluss vom 10.05.2010 Einsicht in die Akten des streitbefangenen Vergabeverfahrens – Vergabe-Nr. (L) sowie in die Akten des diesem vorausgehenden Offenen Verfahrens – Vergabe-Nr. (L) gewährt worden, soweit diese nicht die Unterlagen des Beigeladenen bzw. Informationen über diesen 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.

II.

Die Nachprüfungsanträge sind zulässig und begründet.

Die Vorschriften des § 97 ff. GWB sind anwendbar, da der maßgebliche Schwellenwert (Verordnung EG Nr. 1422/2007 vom 05.12.2007) in Höhe von 206.000 Euro gemäß des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 der Vergabeverordnung (VgV) aufgrund der mit Zuschlagsschreiben vom 10.11.2009 erteilten Aufträge bei Weitem überschritten ist.

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, Aktz.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Aktz.: 42-32570/03 i. V. m. d. Gemeinsamen Geschäftsordnung d. VgK, Bek. des MW v. 29.06.2007 (MBI. LSA Nr. 26/2007).

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

Der Zulässigkeit der Nachprüfungsanträge steht auch keine wirksame Zuschlagserteilung gemäß § 114 Abs. 2 GWB entgegen. Vorliegend hat der Antragsgegner mit der Beigeladenen zwar über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen mehrere Verträge abgeschlossen, diese entfalten allesamt jedoch keine rechtliche Bindungswirkung. Die Unwirksamkeit der vertraglichen Regelungen folgt aus § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB, da die Verträge zwischen den Vertragspartnern ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens und somit außerhalb des Wettbewerbs geschlossen wurden.

Soweit der Antragsgegner die Vertragsschlüsse mit dem seinerseits durchgeführten Verhandlungsverfahren zu begründen sucht, erspart sich die erkennende Kammer hier mangels Relevanz jedwede Äußerung zur Zulässigkeit oder vielmehr zur Unzulässigkeit dieser Vergabeart. Denn von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang nur die Feststellung, dass zwischen dem Verhandlungsverfahren und den hier in Streit stehenden vertraglichen Regelungen keinerlei rechtliche Beziehung besteht. In diesem Zusammenhang ist bereits durchaus fraglich, ob das Verhandlungsverfahren nicht schon durch den Antragsgegner selbst im Vorfeld der streitbefangenen Vertragsschlüsse beendet wurde. Zu denken wäre hier an eine Aufhebung des Verhandlungsverfahrens durch konkludentes Handeln kraft Durchführung des später eingeleiteten und auftraggeberseitig dann aufgehobenen Offenen Verfahrens (drittes Vergabeverfahren). Mangels rechtlicher Erforderlichkeit erspart sich die erkennende Kammer hier weitere Ausführungen zur ausreichenden Transparenz und zum Erklärungsinhalt des benannten Auftraggeberhandelns.

Stattdessen reicht es zur Beurteilung der rechtlich relevanten Aspekte aus, sich auf die Grundsätze des Vertragsrechtes zu besinnen. Diese Grundsätze besagen, dass eine An-

nahmeerklärung nur dann einen Vertrag begründet, wenn diese mit dem abgegebenen Angebot inhaltsgleich ist. Ist dies nicht der Fall, so wandelt sich die vermeintliche Annahmeerklärung auf der abgeänderten Grundlage in ein Angebot zum Vertragsschluss nunmehr von Auftraggeberseite um, welches dann in einer Umkehr der Rollen durch den eigentlichen Leistungserbringer erst noch angenommen werden muss. Vorliegend sind in diesem Zusammenhang zwei Gesichtspunkte zu erwähnen. Zunächst einmal hat der Antragsgegner der Bindefristverlängerung der Angebote im Verhandlungsverfahren bis zum 15.09.2008 durch die Beigeladene zustimmen lassen. Eine weitere Verlängerung ist aus der Vergabeakte jedoch nicht erkennbar, so dass im Zugang der streitbefangenen Zuschlagsschreiben bei der Beigeladenen aufgrund der Überschreitung der zeitlichen Befristung der abgegebenen Angebote noch keine Vertragsschlüsse liegen können. Deren Vorliegen ist aus Kammersicht allerdings spätestens mit dem Beginn der Leistungserbringung durch die Beigeladene zu bejahen. Denn in der Leistungserbringung liegt konkludent die Annahme der Angebote der Antragsgegnerseite durch die Beigeladene. Es kam demnach hier durchaus zu Vertragsschlüssen, diese basieren allerdings inhaltlich nicht auf der mittels des Verhandlungsverfahrens ausgeschriebenen Leistungserbringung. Denn Letztere umfasst einen Leistungszeitraum vom 01.01.2009 bis zum 31.12.2014. Bezuschlagt wurden hingegen Leistungen für einen Zeitraum vom 01.01.2010 bis zum 31.12.2015. Die Leistungszeiträume sind demnach nicht identisch. Dies bringt die erkennende Kammer zu der Feststellung, dass das Verhandlungsverfahren mangels inhaltlicher Identität mit den vergebenen Leistungen nicht Grundlage der Vertragsschlüsse sein kann, sondern in diesen vielmehr mehrere davon losgelöste unwirksame de-facto Vergaben zu sehen sind.

Die Antragstellerin hat die Feststellung der Unwirksamkeit schließlich auch rechtzeitig im Sinne des § 101 b Abs. 2 GWB geltend gemacht. Dies trifft sowohl für die einzuhaltende 30-Tagefrist ab Kenntnis von den Vertragsschlüssen als auch für die von subjektiven Einflüssen unabhängige absolute 6-Monatsfrist zu.

Von den Vertragsschlüssen erlangte die Antragstellerin hier mittels Schreiben des Antragsgegners vom 19.11.2009 Kenntnis. Mit dem Eingang der Nachprüfungsanträge am 09.12.2009 bei der erkennenden Kammer ist die 30-Tagefrist demnach gewahrt.

Auch wurden die Vergabeverstöße deutlich vor Ablauf von sechs Monaten nach den Vertragsschlüssen in geeigneter Form und auch in geeignetem Umfang geltend gemacht. In diesem Zusammenhang vermag sich die Beigeladene daher auch mit ihrer Auffassung einer bestenfalls partiellen Identität zwischen den tatsächlich geschlossenen und den mittels der Nachprüfungsverfahren angegriffenen Verträge nicht durchzusetzen. Für den Antragsgegner sowie die Beigeladene war spätestens mit Kenntnis des Inhaltes der Nachprüfungsanträge ersichtlich bzw. hätte ersichtlich sein müssen, dass sich die Antragstellerin gegen jedwede Form der Leistungserbringung außerhalb eines geordneten Vergabeverfahrens wendet. Dies erfolgte unabhängig von der Dauer der erstrebten Leistungserbringung als auch unabhängig von dem durch den Antragsgegner gewählten vertraglichen Konstrukt. Dabei verkennt die Vergabekammer nicht, dass es sehr wohl möglich ist, seine Nachprüfungsanträge auf die bloße Überprüfung sog. Interimsverträge zu beschränken. Dies war hier seitens der Antragstellerin jedoch gerade nicht gewollt und wurde von dieser auch ausreichend deutlich zum Ausdruck gebracht.

Soweit die Beigeladene hier anders vortragen lässt, ist von Bedeutung, dass die Antragstellerin nicht zuletzt aufgrund des Verhaltens des Antragsgegners keine genauen Kenntnisse von der konkreten vertraglichen Gestaltung der neu geschaffenen Leistungsbeziehungen zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen hatte. Spätestens durch die zweite Rüge vom 23.11.2009 wird für den objektiven Betrachter zudem deutlich, dass die Antragstellerin die neu geschaffenen Leistungsbeziehungen rügt, ohne sich hinsichtlich deren rechtlicher Qualifikation oder gar deren zeitlicher Ausdehnung festlegen zu wollen. Stattdessen weist sie ausdrücklich darauf hin, dass sie diesbezüglich über keinerlei gesicherten Informationen verfügt. Die nochmalige Verwendung des Begriffs des Interimsvertrages ist in diesem Zusammenhang daher unschädlich.

In den Nachprüfungsanträgen selbst ist dann folgerichtig auch nur noch von Leistungsbeziehungen zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen die Rede, die ohne Durchführung von geordneten Vergabeverfahren zustande gekommen sein sollen und daher fortan der vergaberechtlichen Überprüfung durch die erkennende Kammer unterliegen sind. Des

Weiteren umfasst der Tatsachenvortrag im Rahmen der Antragstellung auch die Nichtabhilfebegründung des Antragsgegners, ausweislich derer die getroffenen vertraglichen Regelungen ausdrücklich nicht als Vertragsverlängerungen, sondern als die Beendigung eines vorausgegangenen Verhandlungsverfahrens bezeichnet werden. Es besteht daher nicht der kleinste Zweifel daran, dass die Antragstellerin gerade diese vertraglichen Regelungen zum Gegenstand ihrer Nachprüfungsanträge gemacht hat. Die erkennende Kammer bewertet den entsprechenden Beigeladenenvortrag folglich als rechtsfehlerhaft.

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB auch 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 hat mit der Abgabe eines Angebotes im zweiten förmlichen Offenen Verfahren dokumentiert, zum Kreis potentieller Bieter zu gehören. Sie erfüllt daher die Voraussetzung der vorgenannten Norm. Bei der vorliegenden Sachlage ist die Darlegung ausreichend, dass der Antragstellerin nach Aufhebung des zweiten förmlichen Verfahrens die Möglichkeit genommen wurde, ein Angebot abzugeben, da der Antragsgegner kein erneutes Vergabeverfahren eingeleitet hat.

Soweit die Beigeladene die Auffassung vertritt, der Antragstellerin fehle es am notwendigen Rechtsschutzinteresse, da diese gegen die Erteilung der öffentlich-rechtlichen Genehmigung nach § 11 RettDG LSA kein Rechtsmittel auf dem Verwaltungsgerichtsweg eingelegt habe, kann die erkennende Kammer diesem rechtlichen Vortrag nicht folgen. Grundsätzlich unterscheidet sich die Erteilung einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung zur Erbringung von Rettungsdienstleistungen gemäß § 11 RettDG LSA von der Erteilung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Sinne von § 99 Abs. 1 und 4 GWB. Die Genehmigung beinhaltet lediglich die Erlaubnis zum Betreiben des Rettungsdienstes. Sie wird durch den Träger des Rettungsdienstes erteilt. Die konkreten Leistungsbeziehungen werden dann aber erst durch den Vertrag geregelt, so dass eine Genehmigung allein ohne wirtschaftliche Bedeutung ist. Es ist sogar denkbar, dass eine Genehmigung an mehrere Leistungserbringer erteilt wird. Es handelt sich insoweit auch nicht um ein Ausschließlichkeitsrecht.

Gleichwohl wird die Antragsgegnerin unabhängig von diesem Verfahren zu prüfen haben, ob sie die an die Beigeladene erteilte Genehmigung gemäß § 48, 49 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) aufhebt.

Da es sich vorliegend um de-facto Vergaben handelt, sieht die erkennende Kammer ein Rügeerfordernis als nicht gegeben an. Im Übrigen wären die Erfordernisse an die Unverzüglichkeit des Rügehandelns unzweifelhaft eingehalten.

Die Nachprüfungsanträge sind auch begründet, da der Antragsgegner durch die Auftragserteilungen gegenüber der Beigeladenen gegen zwingende Vorschriften des Vergaberechts verstoßen und somit die Antragstellerin in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt hat.

Vergaberechtswidrig erteilte der Antragsgegner ohne Durchführung von Ausschreibungsverfahren die Aufträge an die Beigeladene und hat daher die §§ 3, 3a VOL/A i. V. m. § 97 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A nicht beachtet. Aufgrund des drittschützenden Charakters dieser Vorschriften ist der Antragstellerin durch die unzulässigen de-facto Vergaben gegenüber der Beigeladenen ein Schaden entstanden.

Die erkennende Kammer hat es in der Sache für erforderlich und sich selbst daher auch für berechtigt erachtet, den Antragsgegner im Rahmen des § 114 Abs. 1 GWB für den Fall der zukünftigen Rettungsdienstleistungserbringung durch Dritte zur Durchführung eines Offenen Verfahrens zu verpflichten.

Dies erschien insoweit als notwendig, um weiteren rechtlich durchaus fragwürdigen Initiativen der Antragsgegnerseite vorzubeugen und letztlich eine schnelle ordnungsgemäße Vergabe derartiger Leistungen sicherzustellen.

Insoweit weist die Kammer ausdrücklich darauf hin, dass sie das durchgeführte Verhandlungsverfahren wegen Missachtung des Wettbewerbsgrundsatzes als vergaberechtswidrig ansieht.

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 VwVfG.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten der Nachprüfungsverfahren 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 Antrag in diesen Verfahren maßgeblich. In diesen Verfahren wird dem Antrag der Antragstellerin auf Feststellung der Unwirksamkeit der Vergabe entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen des Antragsgegners und der Beigeladenen, so dass diese die Kosten der Verfahren 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) unter Zugrundelegung der Bruttoangebotssumme der Beigeladenen für das erste Jahr der Leistungserbringung einschließlich einer kammerseitigen vorzunehmenden Hochrechnung für die im Zuschlagsschreiben angegebene Laufzeit der Leistungserbringung von weiteren fünf Jahren (01.01.2010 bis 31.12.2015) 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

..... **EUR,**

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Einzahlung des hälftigen 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.

Durch die Beigeladene ist der hälftige Betrag in Höhe von **EUR** nach den Grundsätzen der gesamtschuldnerischen Haftung zu zahlen.

Da es bei einer Bietergemeinschaft aus kassentechnischen Gründen nicht möglich ist, nur ein Kassenzeichen zu vergeben, werden nachfolgende Kassenzeichen mitgeteilt:

für die

Kassenzeichen: **3300-.....**

für die

Kassenzeichen: **3300-.....**

für den

Kassenzeichen:

3300-.....

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

Der Gesamtbetrag ist demnach nicht zu teilen 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 einzahlen.

Die Antragstellerin erhält 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 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

gez. Hoppe