

2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt

Beschluss

Az.: VK 2 LVwA LSA – 1/06

In dem Nachprüfungsverfahren der

- Antragstellerin -

gegen die

- Auftraggeberin -

wegen der Erteilung von Genehmigungen für die Leistungserbringung im Rettungsdienst hat die 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt am 16.02.2006 durch den Vorsitzenden Oberregierungsrat Oanea, die hauptamtliche Beisitzerin Wendler und den ehrenamtlichen Beisitzer Ebert ohne mündliche Verhandlung beschlossen:

1. Der Antrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Diese Kosten werden auf € ... festgesetzt.
3. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Auftraggeberin zu tragen.

Gründe

I.

Die Auftraggeberin veröffentlichte am 27.10.2005 in der Regionalzeitung „Volksstimme“, dass sie beabsichtige, gemäß § 14 Rettungsdienstgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (RettdG-LSA) neue Genehmigungen für eine Leistungserbringung

im Rettungsdienst für den Zeitraum vom 14.01.2007 bis 12.01.2011 zu erteilen. Sie verwies auf „Leistungsbeschreibungen“, denen nähere Angaben zu entnehmen seien. Diese konnten bei ihr direkt empfangen oder schriftlich abgefordert werden.

Acht Unternehmen, darunter die Antragstellerin, forderten die Unterlagen ab, welche außer der Leistungsbeschreibung weitere Anlagen, u.a. eine Verpflichtungserklärung, enthielten. Die Auftraggeberin übersandte diese den Unternehmen im Folgenden (Posteingang bei der Antragstellerin am 18.11.2005). Sie waren gehalten, die Anträge auf Genehmigung bis zum 05.01.2006 einzureichen.

Die Auftraggeberin beabsichtigt, bis zum Tag des Ablaufes der Ausschlussfrist am 03.03.2006 die Unterlagen zu prüfen.

Bis zu diesem Tage würden Gespräche mit den Unternehmen geführt werden. Änderungen und Ergänzungen zu den Anträgen seien bis dahin möglich. Schließlich erfolge die Entscheidung zur Erteilung der Genehmigungen bis zum 31.10.2006.

Nach Nr. 1 der Verpflichtungserklärung verpflichtet sich das teilnehmende Unternehmen u.a. zur Einhaltung der Maßgaben des Rettungsdienstgesetzes sowie der jeweils geltenden Vorschriften für den Rettungsdienst. Gemäß Nr. 2 nimmt das Unternehmen am Rettungsdienst ausschließlich über die integrierte Leitstelle Feuerwehr/Rettungsdienst der Auftraggeberin und nach deren Weisungen teil.

Drei Unternehmen reichten Genehmigungsanträge ein, darunter auch vorsorglich die Antragstellerin.

Mit Schreiben vom 23.11.2005 rügte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin die fehlende Anwendung des Vergaberechts und forderte die Auftraggeberin zur Durchführung eines den vergaberechtlichen Anforderungen entsprechenden Vergabeverfahrens auf. Ergänzend hierzu rügte er mit Schriftsatz vom 25.11.2005, dass sämtliche übergebene Unterlagen nicht den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprächen. Die Auftraggeberin half diesen Rügen nicht ab. Die Antragstellerin rügte am 16. und 20.12.2005 erneut die fehlende Anwendung des Vergaberechts. Die Auftraggeberin hielt an ihrer Rechtsauffassung fest.

Die Antragstellerin reichte mit Schriftsatz vom 10.01.2006, Antragseingang am 13.01.2006, einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ein.

Sie macht geltend, die Auftraggeberin führe zur Zeit ein als Genehmigungsverfahren für die Leistungserbringung im Rettungsdienst bezeichnetes Auswahlverfahren durch. Gegenstand sei der Abschluss entgeltlicher Verträge zwischen der Auftraggeberin und dem/n ausgewählten Leistungserbringer(n). Diese seien als öffentliche Aufträge im vergaberechtlichen Sinne anzusehen. Die Auftraggeberin habe es rechtswidrig unterlassen, ein Vergabeverfahren durchzuführen. Schließlich stelle die hier in Rede stehende Tätigkeit keine Ausübung öffentlicher Gewalt gemäß Artikel 45 EG-Vertrag dar.

Die Antragstellerin beantragt,

die Auftraggeberin zu verpflichten, für die Vergabe der Rettungsdienste ein ordnungsgemäßes, den Bestimmungen des Vergaberechts entsprechendes gemeinschaftsweites Vergabeverfahren durchzuführen.

Die Auftraggeberin beantragt,

den Antrag als unzulässig zurückzuweisen.

Zur Begründung führt sie an, dass es sich hierbei nicht um die Vergabe von Dienstleistungen durch den Träger des Rettungsdienstes handele, sondern um Aufgaben der Daseinsvorsorge und Gefahrenabwehr. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung in Sachsen-Anhalt handele es sich bei der Vergabe der Rettungsdienste nach dem RettDG-LSA in Verbindung mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz um ein öffentlich-rechtliches Genehmigungsverfahren, für das das Vergaberecht nicht anzuwenden sei.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Die Übertragung der Durchführung der Rettungsdienste (Notfallrettung und der qualifizierte Krankentransport) nach § 3 Abs. 2 RettDG-LSA stellt keinen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) dar. Damit findet der Vierte Teil des GWB (§§ 97 ff.) für das hier

streitgegenständliche Verwaltungsverfahren keine Anwendung. Die Vergabekammer ist gemäß § 102 GWB sachlich nicht zuständig.

Im Einzelnen:

1. Keine Dienstleistung im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB

Gemäß § 99 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Inhalt haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

Die Notfallrettung und der qualifizierte Krankentransport sind nach der gesetzlichen Ausgestaltung im Land Sachsen-Anhalt jedoch nicht als Dienstleistung im Sinne der o.a. Vorschrift zu qualifizieren. Vielmehr werden neben den Trägern der Rettungsdienste auch die Leistungserbringer hoheitlich tätig (vgl. im Ergebnis ebenso OLG Naumburg vom 19.10.2000 Az.: 1 Verg 9/00; bei im Wesentlichen gleichen landesrechtlichen Regelungen: OLG Celle vom 24.11.1999 Az.: 13 Verg 7/99; OLG Brandenburg vom 09.09.2004 Az.: Verg W 9/04; BayObLG vom 28.05.2003 Az.: Verg 7/03 / andere Auffassung VK Köln 09.07.2003 Az.: VK VOL 16/2003). Dabei ist unerheblich, ob es sich bei diesen Leistungserbringern um anerkannte Hilfsorganisationen, private Personen, Verbände oder Unternehmen handelt.

Nach § 2 Abs. 1 RettDG-LSA hat der Rettungsdienst als öffentliche Aufgabe im Rahmen der Daseinsvorsorge und Gefahrenabwehr eine flächendeckende und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung sowie die Versorgung beim Massenanfall von Verletzten und Kranken im Sinne der Sofortreaktion mit Leistungen der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes zu gewährleisten. Aufgabe der Notfallrettung ist es, bei Notfallpatienten unverzüglich Maßnahmen zur Lebenserhaltung und/oder zur Verhinderung schwerer gesundheitlicher Schäden einzuleiten und durchzuführen, ihre Transportfähigkeit herzustellen und sie unter fachgerechter Betreuung mit einem Rettungsfahrzeug in eine für die weitere Versorgung geeignete Behandlungseinrichtung zu befördern.

Aufgabe des qualifizierten Krankentransportes ist es, anderen Kranken, Verletzten oder sonstigen Hilfsbedürftigen nötigenfalls qualifizierte Erste Hilfe zu leisten und sie

mittels besonders ausgestatteter und dafür zugelassener Rettungsmittel unter fachgerechter medizinischer Betreuung zu befördern (vgl. § 2 Abs. 2 und 3 RettDG-LSA).

Träger des Rettungsdienstes gemäß § 3 Abs. 1 RettDG-LSA - mit Ausnahme der Luftrettung - sind die Landkreise und kreisfreien Städte für ihr jeweiliges Gebiet. Sie nehmen die Aufgaben im eigenen Wirkungskreis wahr. Sie errichten in ihrem Rettungsdienstbereich eine Rettungsleitstelle, die in der Regel gemeinsam mit der Feuerwehrleitstelle betrieben wird. Diese Leitstelle veranlasst und lenkt alle Einsätze der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes innerhalb des Rettungsdienstbereiches. Dazu arbeitet sie mit Krankenhäusern, den für den ärztlichen Notdienst zuständigen Stellen, der Polizei, der Feuerwehr und dem Katastrophenschutz sowie auf dem Gebiet der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes tätigen Leistungserbringern zusammen (vgl. § 5 RettDG-LSA).

Gemäß § 3 Abs. 2 RettDG-LSA sollen sich die Träger des Rettungsdienstes zur Durchführung nach diesem Gesetz entsprechender Leistungserbringer „bedienen“. Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift wird deutlich, dass die Leistungserbringer in die Erfüllung der hoheitlichen Aufgabe unmittelbar eingebunden sind. Ihre Tätigkeit ist daher nicht als Marktleistung zu qualifizieren (andere Auffassung allerdings bei insoweit andersartigen landesrechtlichen Regelungen VK Düsseldorf vom 07.11.2002 Az.: VK-32/2002-L). Die Leistungserbringer haben die ihnen übertragenen Aufgaben so zu erfüllen, wie dies dem Träger selbst nach § 3 Abs. 1 RettDG-LSA obliegen würde. Sie sind dementsprechend in ihrer Tätigkeit an Weisungen der Rettungsleitstelle gebunden (vgl. § 14 Abs. 3 Nr. 5 RettDG-LSA).

Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob neben privatrechtlichen Verträgen auch öffentlich-rechtliche Verträge oder Verwaltungsakte öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB darstellen können (vgl. OLG Naumburg a.a.O.).

Es spricht allerdings eher gegen die Anwendung der Vorschriften der §§ 97 ff. GWB, dass nach § 14 Abs. 1 RettDG-LSA Leistungserbringer einer besonderen Genehmigung bedürfen, die einen Verwaltungsakt darstellt (auch insoweit andere Rechtslage als in Nordrhein-Westfalen). Damit hat der Gesetzgeber grundsätzlich

nicht vorgesehen, dass die Tätigkeit durch den Abschluss eines entgeltlichen Vertrages im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB übertragen wird.

Der Träger des Rettungsdienstes ist allerdings nicht gehindert, ein Verfahren in Anlehnung an die Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) durchzuführen (vgl. OVG LSA 1 M 316/00 vom 21.12.2000).

2. Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Artikels 45 EG-Vertrag

Die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50 EWG bzw. die Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge gelten nicht für die Rettungsdienste im Land Sachsen-Anhalt. Diese Tätigkeit ist hier im Sinne von Art. 45 Satz 1 EG-Vertrag i. V. mit Art. 55 EG-Vertrag dauernd mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden.

Nach den angeführten Normen finden für solche hoheitliche Tätigkeiten in dem betreffenden Mitgliedsstaat die Regelungen des Kapitels 2 (Grundrecht der Niederlassungsfreiheit) und des Kapitel 3 (Grundrecht des freien Dienstleistungsverkehrs) dieses Vertrages keine Anwendung. Diese Ausnahme erstreckt sich auch auf die Vergabekoordinierungsrichtlinien, da diese in besonderem Maße der Gewährleistung der Grundfreiheiten dienen (vgl. Esch, Rechtsfragen der Erbringung und Vergütung rettungsdienstlicher Leistungen, 2005, S. 134).

Dabei liegt die Entscheidung über die Festlegung der Ausnahmetatbestände im Ermessen der Mitgliedsstaaten. Diesem Ermessensspielraum sind aber gemeinschaftsrechtliche Grenzen gesetzt, durch die verhindert werden soll, dass der EG-Vertrag seiner Wirksamkeit beraubt wird.

Die Tragweite der Ausnahmen beschränkt sich auf das, was zur Wahrung der legitimen Interessen des Mitgliedsstaates unbedingt erforderlich ist. Von der Ausnahme sind nur Tätigkeiten erfasst, die eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen (vgl. EUGH vom 21.06.1974, Rs. 2-74 – Rechtsanwälte; EUGH vom 05.12.1989, Rs. 3/88 - Datenverarbeitung ; Scheuer in Lenz/Borchardt EU- und EG-Vertrag, Kommentar 3.

Auflage 2003 Artikel 45 Rn. 2). Dies ist bei der Notfallrettung für lebensgefährlich Verletzte und Kranke und dem qualifizierten Krankentransport gegeben.

Es handelt sich insoweit um eine konkrete Maßnahme der Daseinsvorsorge und Gefahrenabwehr und damit um einen Kernbereich hoheitlichen Handelns. Dies gilt nicht nur für die Tätigkeit der Rettungsdienstleitstelle, sondern auch für die Durchführung des Rettungsdienstes selbst. Dieser ist in die Erfüllung der hoheitlichen Aufgabe direkt einbezogen. Allein die Leistungserbringer führen die Einsätze der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes praktisch durch. Anders als in dem von der Antragstellerin angeführten Beschluss des EUGH vom 13.07.1993, Rs. C-42/92 (Wirtschaftsprüfer), nehmen die Rettungsdienste insoweit keine bloßen Hilfsfunktionen wahr.

Darüber hinaus ist die Ausübung hoheitlicher Gewalt dadurch gekennzeichnet, dass die Betroffenen über Jedermannsrechte hinausgehende Befugnisse verfügen. Weiterhin muss die Tätigkeit auf Dauer gegenüber Bürgern erbracht werden. Außerdem darf es den Berufsträgern nicht freistehen, mit den Bürgern in rechtliche Beziehungen zu treten (vgl. Martin Henssler und Matthias Kilian „Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG“, EuR – Heft 2 – 2005, S. 207).

Diese Voraussetzungen sind im Fall der Rettungsdienste nach der gesetzlichen Ausgestaltung im Land Sachsen-Anhalt gegeben. Die Leistungserbringer dürfen nur aufgrund einer besonderen Genehmigung tätig werden. Anderenfalls handeln sie ordnungswidrig (vgl. § 24 RettDG-LSA). Sie sind weiterhin fortwährend gegenüber Bürgern zur Sofortreaktion in Notfällen verpflichtet (vgl. § 2 Abs. 1 RettDG-LSA).

Schließlich kann sich die Antragstellerin nicht mit Erfolg auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 24.09.1998 (Rs. C-76/97) berufen. Gegenstand dieser Entscheidung waren durch privatrechtliche Verträge geregelte Beziehungen zwischen Krankentransport und österreichischen Trägern der Sozialversicherung. Der Sachverhalt stellt sich insoweit, wie dargelegt, bei den Beziehungen zwischen dem Trägern des Rettungsdienstes und den Leistungserbringern im Land Sachsen-Anhalt anders dar.

Der Antragstellerin wurde keine Akteneinsicht gewährt, da ein zulässiges Nachprüfungsverfahren nicht eröffnet war (vgl. Beschluss Thüringer OLG 6 Verg

3/99, S. 5, vom 26.10.1999, sowie Bayerisches Oberstes Landesgericht Verg 5/00, vom 28.07.2000).

Auf eine mündliche Verhandlung wurde nach § 112 Abs. 1 Satz 3 GWB verzichtet, da allein aufgrund der Aktenlage die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages festgestellt werden musste. Eine andere Bewertung hätte sich auch nach einer mündlichen Verhandlung nicht ergeben können.

Nach alledem war der Antrag zurückzuweisen.

Es kann bei dieser Sachlage offen bleiben, ob die Antragstellerin, wenn die Vergabekammer sachlich zuständig gewesen wäre, unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB gerügt hätte.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB. Danach hat die Antragstellerin die Kosten zu tragen, da sie im Verfahren unterlegen ist. Ihr Antrag wurde verworfen. Rechtsgrundlage für die Bemessung der Höhe der Gebühren ist § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB.

Danach bestimmt sich die Höhe der Gebühren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Der wirtschaftliche Wert der Angelegenheit war aus den vorgelegten Akten nicht zu ermitteln. Aufgrund des Aufwandes der Vergabekammer (umfangreiche Schriftsätze sowie schwierige Rechtsfragen) ist eine Gebühr in Höhe von €3.000,-- angemessen.

Nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Dies ist nach den vorangegangenen Ausführungen die Antragstellerin.

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr Ebert, hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer (hier: Herr Oanea und Frau Wendler) ermächtigt, diesen Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann das Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10, 06118 Naumburg, innerhalb einer Frist von 2 Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich angerufen werden.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerde muss die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Oanea

Wendler