

Leitsätze:

„Rettungsdienst III“

1. Für die **Feststellung der Erledigung** eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens kommt es auf die ursprüngliche Zulässigkeit und Begründetheit des Nachprüfungsantrages nicht an.

2. Anschluss an BGH, Beschluss v. 1. Dezember 2008, X ZB 31/08

OLG Naumburg, Bes vom 23.04.2009, 1 Verg 5/08

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



BESCHLUSS

1 Verg 5/08 OLG Naumburg

verkündet am 23. April 2009

1 VK LVwA 6/08 1. Vergabekammer beim
Landesverwaltungsamt LSA

gez. Solty, JAnge., als Urkunds-
beamtin der Geschäftsstelle

In dem Vergabenachprüfungsverfahren (Beschwerdeverfahren)

betreffend die u.a. im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 17. November 2007 (S222-270900) ausgeschriebene Vergabe des Auftrags „Durchführung des Rettungsdienstes (Notfallrettung und qualifizierter Krankentransport)“ im Landkreis A.
im Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2014,

Verfahrensbeteiligte:

1. ...

Bieter, Antragsteller und Beschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigter: ...

2. ...

Vergabestelle, Antragsgegner und Beschwerdegegner,

3. ...

Bieterin und Beigeladene,

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Naumburg durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Zettel und die Richter am Oberlandesgericht Dr. Tiemann und Wiedemann im schriftlichen Verfahren mit dem Schlusstermin

vom 14. April 2009

beschlossen:

Es wird festgestellt, dass das Beschwerdeverfahren erledigt ist.

Die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens werden niedergeschlagen. Die Antragstellerin hat ihre eigenen außergerichtlichen Auslagen selbst zu tragen.

Der Kostenwert des Beschwerdeverfahrens wird auf eine Gebührenstufe bis zu 1.500.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner, eine kommunale Gebietskörperschaft, die im Rahmen einer Kreisgebietsreform im Jahre 2007 aus einer Fusion von drei Landkreisen hervorgegangen ist, schrieb im November 2007 einen Auftrag zur Erbringung von bodengebundenen Rettungsdienstleistungen für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2014 EU-weit im Offenen Verfahren auf der Grundlage der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) – Ausgabe 2006 – zur Vergabe aus. Der Auftrag hat einen Umfang von ca. 30 Millionen Euro. Eine Aufteilung des Auftrages in Lose ist nicht vorgenommen worden. Nebenangebote waren zugelassen.

Die Antragstellerin beteiligte sich an der Ausschreibung.

Mit Schreiben vom 5. Dezember 2007 rügte sie, dass der Auftrag nicht in Lose aufgeteilt worden sei, des Weiteren eine sachwidrige Gewichtung der Zuschlagskriterien und den Inhalt der Leistungsbeschreibung im Hinblick auf das Fehlen kalkulationserheblicher Informationen bezüglich der Übernahme von Personal (§ 613a BGB) und nicht abgeschriebenen Fahrzeugen, im Hinblick auf eine vermeintliche Übertragung

ungewöhnlicher Wagnisse auf den Auftragnehmer durch eine unzureichende Preisanpassungsregel bei Änderungen des Einsatzgeschehens sowie im Hinblick auf eine Regelung des Leistungsverzeichnisses, wonach im Rahmen der Angebotswertung eventuell bestehende Opt-out-Arbeitszeitregelungen keine Berücksichtigung finden werden. Der Antragsgegner half diesen Rügen nicht ab.

Die Antragstellerin gab ein Hauptangebot und drei Nebenangebote ab. Neben zwei weiteren Bietern reichte auch die Beigeladene ein Hauptangebot innerhalb der Angebotsfrist ein.

Im Rahmen der formalen Angebotsprüfung wurden die Angebote der Antragstellerin wegen fehlender geforderter Eigen- und Fremderklärungen zur Leistungsfähigkeit ausgeschlossen. Der Antragsgegner informierte die Antragstellerin mit Schreiben vom 28. März 2008 über diesen Angebotsausschluss und über die Absicht der Zuschlagserteilung an die Beigeladene. Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 3. April 2008 den Ausschluss ihres eigenen Angebotes als vergaberechtswidrig. Sie hat die Auffassung vertreten, dass ein Ausschluss nicht gerechtfertigt sei, weil dem Antragsgegner ausreichende Erkenntnisse über ihre Leistungsfähigkeit zur Verfügung stehen. Zudem rügte sie angebliche Mitwirkung eines Mitglieds der Beigeladenen an der Vergabeentscheidung. Die Rügen blieben erfolglos.

Mit Schreiben vom 4. April 2008 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag im schriftlichen Verfahren mit Beschluss vom 18. Juni 2008 als unzulässig zurückgewiesen, weil der Anwendungsbereich der §§ 102 ff. GWB nicht eröffnet sei. Die Vergabekammer hat dabei unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des erkennenden Senats (Beschlüsse v. 19. Oktober 2000, 1 Verg 9/00 – VergabeR 2001, 134 – und v. 13. März 2006, 1 Verg 2/06) und anderer Vergabesenate die Auffassung vertreten, dass die ausgeschriebenen Dienstleistungen in ihrer konkreten Ausgestaltung durch das Landesrettungsdienstgesetz den Charakter von Tätigkeiten hätten, die einheitlich, unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien, und auf die daher das EU-Vergaberecht im Hinblick auf Art. 45 und 55 EG keine Anwendung finde. Die nationale Vorschrift des § 99 Abs. 1 GWB sei im Lichte dieses gemeinschaftsrechtlichen Begriffsverständnisses von Dienstleistungen auszulegen. Der Beschluss ist der Antragstellerin am 23. Juni 2008 zugestellt worden.

Am 1. Juli 2008 hat die Antragstellerin eine sofortige Beschwerde gegen die vorgenannte Entscheidung beim Oberlandesgericht Naumburg eingelegt. Mit ihrem Rechtsmittel verfolgt die Antragstellerin die beiden o.g. Rügen weiter. Im Hinblick auf die Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrages hat sie sich die Rechtsauffassungen in den inzwischen bekannt gewordenen Entscheidungen des Oberlandesgerichts Dresden vom 4. Juli 2008, W Verg 003/08 und 0004/08 (erstgenannte vgl. VergabeR 2008, 809) sowie in der Klage der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen die Bundesrepublik Deutschland vom 15. April 2008, Rs. C-160/08, zu Eigen gemacht.

Die Antragsgegnerin hat mitgeteilt, dass sie am 24. Juli 2008 den Zuschlag an die Beigeladene erteilt habe.

Der Senat hat das Beschwerdeverfahren im Hinblick auf die Divergenzvorlagen des Oberlandesgerichts Dresden an den Bundesgerichtshof im Einvernehmen mit den Verfahrensbeteiligten ausgesetzt und nach Bekanntwerden der Beschlüsse des X. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs jeweils vom 1. Dezember 2008, X ZB 31/08 und X ZB 32/08 (erstgenannte vgl. VergabeR 2009, 156), dessen Fortführung, nunmehr mit Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten im Wege des schriftlichen Verfahrens, angeordnet. Als Termin, der dem Schluss der mündlichen Verhandlung entspricht, hat er den 14. April 2009 bestimmt.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 24. März 2009 „den Rechtsstreit“ in der Hauptsache für erledigt erklärt und lediglich den Erlass einer Kostenentscheidung zu ihren Gunsten beantragt.

Der Antragsgegner hat hierzu keine Erklärung abgegeben.

Die Beigeladene hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt.

II.

Die einseitige Erledigterklärung der Antragstellerin ist unter Berücksichtigung des Kostenantrages dahin auszulegen, festzustellen, dass das Beschwerdeverfahren durch die Zuschlagserteilung des Antragsgegners in der Hauptsache erledigt ist, und eine Kostenentscheidung danach zu treffen, ob die ursprüngliche sofortige Beschwerde vor der Zuschlagserteilung zulässig und begründet war.

Die Erledigung des Beschwerdeverfahrens war festzustellen. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin war ursprünglich zulässig und teilweise begründet, was die Niederschlagung der Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens rechtfertigt, nicht aber eine Belastung des Antragsgegners mit den außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin.

1. Das Beschwerdeverfahren hat sich durch die Zuschlagserteilung des Antragsgegners erledigt.

Primärrechtsschutz kann nach wirksamem Zuschlag nicht mehr erlangt werden. Die Zuschlagserteilung ist nach § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB irreversibel. Der Antragstellerin hätte rechtlich allenfalls die Möglichkeit eines (Fortsetzungs-)Feststellungsantrages offen gestanden, soweit sie ein Feststellungsinteresse hätte darlegen können; hiervon hat sie jedoch keinen Gebrauch gemacht. Für die Feststellung der Erledigung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens kommt es auf die ursprüngliche Zulässigkeit und Begründetheit des Nachprüfungsantrages nicht an.

2. Die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens werden in entsprechender Anwendung des § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG nicht erhoben.

2.1. Das Rechtsmittel der Antragstellerin war ursprünglich zulässig.

Die sofortige Beschwerde wurde frist- und formgerecht (§ 117 Abs. 1 bis 3 GWB) beim zuständigen Gericht (§ 116 Abs. 3 S. 1 GWB) eingelegt. Die auch im Beschwerdeverfahren von Amts wegen zu prüfenden allgemeinen Voraussetzungen für die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens (§§ 98 bis 100, 102, 107 Abs. 1, 108 GWB) lagen vor bzw. waren – hinsichtlich § 99 Abs. 1 und 4 GWB – gerade Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens.

2.2. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin war zumindest soweit begründet, dass sie zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung der Vergabekammer vom 18. Juni 2008 geführt hätte (§ 123 Satz 1 GWB). Die Vergabekammer ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass der sachliche Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB nicht eröffnet ist.

Nach Auffassung des X. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes in den o.a. Entscheidungen vom 1. Dezember 2008 ist das zur Übertragung der Durchführung der Notfallrettung und des (qualifizierten) Krankentransports nach § 31 SächsBRKG vorgesehene Auswahlverfahren als Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 1 GWB durchzuführen, wenn der Wert des abzuschließenden Vertrages den sog. Schwellenwert i.S.v. § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. §§ 2, 3 VgV erreicht. Die maßgeblichen Erwägungen dieser Entscheidungen sind auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbar.

Zwischen den Beteiligten dieses Nachprüfungsverfahrens steht nicht im Streit, dass die Rettungsdienstleistungen, die Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung sind, grundsätzlich dem Leistungsbegriff des § 99 Abs. 1 GWB und insbesondere dem Dienstleistungsbegriff des § 99 Abs. 4 GWB unterfallen. Die Überschreitung des maßgeblichen Schwellenwertes ist evident. Unterschiedliche Rechtsauffassungen bestehen im Wesentlichen lediglich insoweit, ob der Anwendungsbereich des § 99 Abs. 1 und 4 GWB durch Art. 45, 55 EG eingeschränkt wird oder nicht und ob, soweit die vorgenannte Bereichsausnahme auch für § 99 GWB gilt, deren Voraussetzungen tatsächlich gegeben sind.

Auf die letztgenannte Streitfrage bezogen sich die Divergenzvorlagen des Oberlandesgerichts Dresden und bezieht sich auch das von der EU-Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland nach Art. 226 EG.

Die erstgenannte Rechtsfrage hat der Bundesgerichtshof nunmehr entschieden. Er geht davon aus, dass allein auf das nationale Recht abzustellen ist. Die sich aus Art. 45, 55 EG ergebende Bereichsausnahme eröffne den Mitgliedsstaaten nur die Möglichkeit, Ausländer von den dort genannten Tätigkeiten im Inland fernzuhalten. Hiervon habe der

Bundesgesetzgeber keinen Gebrauch gemacht. Dem Landesgesetzgeber fehle es insoweit an einer eigenständigen Gesetzgebungskompetenz. Der Senat folgt dieser Rechtsprechung im Ergebnis.

Es bestehen nach Auffassung des erkennenden Senats zwar erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber bei historischer Betrachtung – ebenso, wie nachfolgend nahezu einhellig die Rechtsprechung – quasi selbstverständlich davon ausging, dass Tätigkeiten, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des § 99 GWB fallen. Ein gewichtiges Indiz für eine entsprechende Vorstellung des Gesetzgebers ist die in der Gesetzesbegründung des Entwurfes des Vergaberechtsänderungsgesetzes geäußerte – irriige – Rechtsauffassung, dass sämtliche Formen der Zuständigkeitszuweisungen sowie auch öffentlich-rechtliche Verträge nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen (vgl. BT-Drs. 13/9340, S. 15, linke Spalte, zu § 108 GWB-E: erster Absatz). Zur Begründung der in § 99 GWB verwendeten Formulierungen für die Definition des sachlichen Anwendungsbereiches wird durchgängig auf die damals geltenden gemeinschaftsrechtlichen Vergabekoordinierungsrichtlinien Bezug genommen. Dies kann aber dahin stehen, da ein solcher etwaiger gesetzgeberischer Wille jedenfalls keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden hat. In § 100 Abs. 2 GWB, in welchem die Einschränkungen des sachlichen Anwendungsbereiches des § 99 GWB enumerativ und nach ausdrücklichem Willen des Gesetzgebers auch abschließend aufgeführt sind (vgl. BT-Drs. 13/9340, S. 15 rechte Spalte, zu § 109 GWB-E: letzter Absatz), ist eine den Art. 45, 55 EG entsprechende Regelung oder auch nur ein hierauf bezogener Verweis nicht enthalten. Sie ist auch nachfolgend nicht in § 100 Abs. 2 GWB oder an anderer Stelle nicht eingefügt worden, im Übrigen auch nicht im Rahmen der derzeit kurz vor dem Abschluss stehenden GWB-Novelle, obwohl dort diverse Streitfragen zur Reichweite des Begriffs des öffentlichen Auftrags nach § 99 GWB diskutiert worden sind und Veränderungen sowohl für § 99 GWB als auch für § 100 Abs. 2 GWB in Aussicht stehen.

Kommt es mithin auf die Frage, ob die hier ausgeschriebenen Rettungsdienstleistungen ganz oder teilweise der Ausübung öffentlicher Gewalt zuzurechnen sind oder nicht, nach dem Maßstab des nationalen Rechts nicht an, so liegen die Voraussetzungen für einen Zugang zum vergaberechtlichen Rechtsschutz nach §§ 98 bis 100 GWB vor.

3. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hätte bei summarischer Prüfung jedenfalls hinsichtlich seines vorrangigen Anliegens keine Aussicht auf Erfolg gehabt, so dass die Antragstellerin zumindest ihre eigenen außergerichtlichen Auslagen in jedem Falle getragen hätte.

Eine Wiederholung der Wertung der Angebote im laufenden Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Angebote der Antragstellerin wäre nicht in Betracht gekommen. Es ist

jedenfalls nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner die Angebote der Antragstellerin wegen des Fehlens von Eigenerklärungen bzw. Fremdnachweisen zur Leistungsfähigkeit ausgeschlossen hat. Er hat damit inhaltlich eine Ermessensentscheidung nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A getroffen. Die Falschbezeichnung der Norm im Informations- und Absageschreiben vom 28. März 2008 schadet nicht. Nach der verbalen Begründung der Ausschlussentscheidung sowohl im Vergabevermerk als auch im vorgenannten Schreiben war eindeutig, dass der Ausschluss in der 1. Wertungsstufe nach der formalen Angebotsprüfung erfolgt war. Einem Ausschluss des Angebotes wegen Fehlens der geforderten Unterlagen stehen etwaige eigene Erkenntnisse des Antragsgegners zur Leistungsfähigkeit des betroffenen Bieters nicht zwingend entgegen.

Eine etwaige Aufhebung der laufenden Ausschreibung im Nachprüfungsverfahren mit der Folge einer Neuausschreibung bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf und einer „zweiten Chance“ der Antragstellerin auf Erteilung des begehrten Auftrages wäre kostenrechtlich als Teilunterliegen der Antragstellerin zu bewerten gewesen (vgl. Beschluss des erkennenden Senats vom 9. Oktober 2008, 1 Verg 8/08), was zu einer Kostenaufhebung geführt hätte.

4. Die Festsetzung des Gegenstandswertes des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Der Senat hat die Angebotssumme der Antragstellerin bei einer Vertragslaufzeit von sechs Jahren zugrunde gelegt.