
Datum: 15.06.2022
Gericht: Vergabekammer Westfalen
Spruchkörper: 1.
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VK 1 - 20/22

Schlagworte: Rettungsdienstleistungen, Bereichsausnahme, gemeinnützige Organisationen

Normen: GWB § 107 Abs. 1

Leitsätze:

1. Maßgeblich für den Anwendungsbereich der Bereichsausnahme gemäß § 107 Absatz Nummer 4 GWB die Ausgestaltung der landesrechtlichen Regelung zur Übertragung rettungsdienstlicher Leistungen.

2. Sofern die Regelung gemeinnützige Organisationen bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen privilegiert, ist der Anwendungsfall der Bereichsausnahme eröffnet.

3. Sieht die landesrechtliche Regelung dagegen eine Gleichrangigkeit zwischen gemeinnützigen Organisationen und privaten Akteuren vor, kann sich der Auftraggeber nicht auf die Bereichsausnahme berufen.

4. Die derzeitige Regelung in Nordrhein-Westfalen sieht keine Privilegierung vor, der Anwendungsbereich der Bereichsausnahme ist daher nicht eröffnet.

Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Der zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen geschlossene Vertrag mit Vertragsbeginn am 01.04.2022 wird für unwirksam erklärt. Die

Antragsgegnerin wird bei Fortbestand ihrer Beschaffungsabsicht verpflichtet, die Vergabe unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen.

2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxx Euro festgesetzt.

3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

4. Die Antragsgegnerin und der Beigeladene tragen als Gesamtschuldner die Verfahrensgebühr und die Aufwendungen der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung. Die Höhe der Kostentragungspflicht für die Verfahrensgebühr beschränkt sich auf jeweils die Hälfte.

Gründe

1

I.

2

Die Antragsgegnerin ist gemäß § 6 Absatz 1 Rettungsgesetz NRW („**RettG NRW**“) Trägerin der Rettungsdienste. Dieser sieht in der derzeit gültigen Fassung vor, dass

3

„(...) [d]ie Kreise und kreisfreien Städte (...) als Träger des Rettungsdienstes verpflichtet [sind], die bedarfsgerechte und flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Leistungen der Notfallrettung einschließlich der notärztlichen Versorgung im Rettungsdienst und des Krankentransports sicherzustellen. Beide Aufgabenbereiche bilden eine medizinisch-organisatorische Einheit der Gesundheitsvorsorge und Gefahrenabwehr.“

4

Weiterhin sieht § 13 Absatz 1 RettG folgende Regelung vor:

5

„Der Träger rettungsdienstlicher Aufgaben kann die Durchführung des Rettungsdienstes unter Beachtung der Absätze 2 bis 5 auf anerkannte Hilfsorganisationen und andere Leistungserbringer durch öffentlich-rechtlichen Vertrag übertragen.“

6

Die rettungsdienstlichen Aufgaben nimmt die Antragsgegnerin teils selbst wahr. Teilweise werden diese Aufgaben auch von dem Beigeladenen übernommen.

7

Aufgrund der 4. Fortschreibung des Bedarfsplans ergab sich für die Antragsgegnerin, dass in ihrem zugewiesenen Gebiet ein zusätzlicher Standort für die rettungsdienstliche Versorgung einzurichten war. Da auf Seiten der Antragsgegnerin nicht ausreichend Personal für die Aufgabenwahrnehmung bestand, entschied sie sich, übergangsweise die Leistung für eine Zeit von drei Jahren durch eine gemeinnützige Hilfsorganisation erbringen zu lassen. Vor diesem Hintergrund forderte die Antragsgegnerin vier gemeinnützige Hilfsorganisationen, darunter auch den Beigeladenen, zur Abgabe von Angeboten auf. Andere gemeinnützige Organisationen oder nichtgemeinnützige Unternehmen wurden nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert. Ein wettbewerbliches Verfahren nach den Vorschriften des vierten Teils des GWB fand nicht statt. Die Antragsgegnerin begründete ihre Vorgehensweise mit dem Vorliegen der sogenannten Bereichsausnahme (nachfolgend nur „**Bereichsausnahme**“) gemäß § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB.

8

9

Nur der Beigeladene gab ein Angebot ab. Die Antragsgegnerin nahm das Angebot daraufhin an. Vertragsbeginn ist der 01.04.2022. Nachdem die Antragstellerin aus der Presse erfuhr, dass der Beigeladene die streitgegenständliche Leistung übernehmen soll, stellte sie am 26.04.2022 Antrag auf Nachprüfung.

Sie ist der Ansicht, dass die streitgegenständliche Leistung in einem wettbewerblichen Verfahren nach den Vorschriften des vierten Teils des GWB hätte ausgeschrieben werden müssen. Der Auftragswert belaufe sich auf mindestens xxx Euro pro Jahr. Es liege auch kein Anwendungsfall der Bereichsausnahme gemäß § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB vor. Insbesondere habe die Antragsgegnerin kein Ermessen dahin, den Wettbewerb nur auf bestimmte gemeinnützige Organisationen zu beschränken. Die maßgebliche landesrechtliche Vorschrift sehe in § 13 RettG NRW keine Privilegierung gemeinnütziger Organisationen bei der Übertragung der rettungsdienstlichen Aufgabe vor. 10

Konsequenz dessen sei, dass gemeinnützige Organisationen und private Leistungserbringer gleichrangig zu behandeln seien. So habe das Bayerische Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 26.04.2019 (12 C 19.621) zu einer dem § 13 RettG NRW ähnlichen Regelung entschieden, dass *„die auf gemeinnützige Organisationen beschränkte Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB“* deswegen nicht anwendbar sei. Ebenso habe das OLG Celle mit Beschluss vom 25.06.2019 (13 Verg 4/19) festgestellt, dass die *„Bereichsausnahme (...) bereits deshalb nicht einschlägig [ist], weil die ausgeschriebene Dienstleistung nicht im Sinn der Vorschrift „von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht“ wird, so dass der persönliche Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung nicht eröffnet ist. Im vorliegenden Fall richtete sich die Ausschreibung gleichermaßen an gemeinnützige Organisationen wie an gewerbliche Unternehmen.“* Das OLG Celle verweise zudem auf die Entscheidung des OVG Niedersachsen vom 12.06.2019 (13 ME 164/19). Dieses habe entschieden, dass *„[d]ie Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB (...) in Niedersachsen grundsätzlich keine Anwendung [findet], da diese Regelung auf ausschließlich gemeinnützige Anbieter abstellt, § 5 Abs. 1 NRettDG (...) demgegenüber aber von einer Gleichrangigkeit gemeinnütziger und gewerblicher Anbieter ausgeht.“* 11

Dass die nordrhein-westfälische Regelung gerade keine Privilegierung von gemeinnützigen Organisationen vorsehe, lasse sich auch daraus ableiten, dass bis zur Novellierung des RettG NRW eine solche bestanden habe. So hieß es in der vormaligen Fassung des § 13 RettG NRW, dass 12

„(...) [b]ei gleichem Leistungsangebot die freiwilligen Hilfsorganisationen gegenüber sonstigen privaten Anbietern vorrangig zu berücksichtigen [sind].“ 13

Diese Privilegierung sei vom Gesetzgeber jedoch aufgehoben worden. Auch habe das Bayerische Verfassungsgericht mit Entscheidung vom 24.05.2012 (Vf. 1 1-VII-10) die vorrangige Beauftragung der Hilfsorganisationen gegenüber privaten Unternehmen für verfassungswidrig erklärt. 14

Lediglich dann, wenn die maßgebliche landesrechtliche Vorschrift eine Privilegierung von gemeinnützigen Organisationen vorsehe, könne sich der Auftraggeber auf die Bereichsausnahme des § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB berufen. Vor diesem Hintergrund sei auch die Entscheidung des OLG Brandenburg vom 26.07.2021 zu verstehen, wonach die Bereichsausnahme auf Grund der Privilegierung gemeinnütziger Organisationen im Gesetz über den Rettungsdienst im Land Brandenburg („BbgRettG“) greife. Ebenso seien auch die Entscheidungen des OLG Hamburg vom 16.04.2020 (1 Verg 2/20) und Schleswig vom 28.03.2022 (54 Verg 1/22) zu verstehen, die die Anwendbarkeit von § 107 Absatz 1 Nummer 15

4 GWB bejahten. Die maßgeblichen landesrechtlichen Vorschriften gäben nämlich den jeweiligen Auftraggebern die Möglichkeit, den Bieterkreis auf gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen zu beschränken.

Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus der Entscheidung des EuGH vom 21.03.2019 (C-456-17). Diese habe lediglich den Anwendungsbereich der Bereichsausnahme zum Gegenstand gehabt. Ob die Ausnahmeregelung im Einzelfall greife oder – insbesondere auf Grund von landesrechtlichen Bestimmungen – nicht bestehe, sei nicht geprüft worden. Insoweit unterliege die Antragsgegnerin einem Irrtum, wenn sie ausweislich der Vergabeakte von einem abstrakten Bestehen der Ausnahmeregelung ausgehe. 16

Auch habe die Antragsgegnerin kein Ermessen dahin, den Kreis der Wettbewerber auf gemeinnützige Organisationen zu beschränken. Die Formulierung „*kann*“ in § 13 Absatz 1 RettG NRW eröffne für den öffentlichen Auftraggeber nur die Entscheidung darüber, ob er die rettungsdienstlichen Aufgaben selbst wahrnehmen oder auf anderen übertragen wolle. 17

Die Antragstellerin beantragt, 18

1. festzustellen, dass der geschlossene Vertrag mit dem E e.V. über Rettungsdienstleistungen für das Gebiet Stadtgebiet G. / Ortsteil H. gemäß § 135 Absatz 1 Nummer 2 GWB von Anfang an unwirksam ist, 19

2. der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor der Wahl der Verfahrensart zurückzusetzen und den Vertrag über Rettungsdienstleistungen für das Gebiet Stadtgebiet G. / Ortsteil H. bei fortbestehender Beschaffungsabsicht erst nach Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben, 20

3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin für notwendig zu erklären, 21

4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen. 22

Die Antragsgegnerin beantragt, 23

1. den Nachprüfungsantrag abzulehnen, 24

2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war und 25

3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin notwendigen Auslagen aufzuerlegen. 26

Sie trägt vor, sich ausdrücklich auf die Bereichsausnahme gemäß § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB berufen zu dürfen, da deren Voraussetzungen gegeben seien. Sofern ein Verfahren durchgeführt werde, dass sich allein an Unternehmen richte, die die Voraussetzung der Bereichsausnahme erfüllten, sei der Anwendungsfall des § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB eröffnet. In diesem Fall sei eine Vergabe nach vergaberechtlichen Vorschriften nicht notwendig. Wie die Vergabekammer Hamburg mit Beschluss vom 12.02.2020 (Vgk FB 1/20) zu Recht ausführe, sei allein entscheidend, „*ob der Auftraggeber einen Wettbewerb allein für solche gemeinnützigen Organisationen und Vereinigungen*“ eröffnen wolle. Da die Antragsgegnerin ihr Auswahlverfahren allein auf gemeinnützige Organisationen beschränkt 27

habe, durfte sie auf Grund der Bereichsausnahme des § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB von einem Vergabeverfahren im Sinne des GWB absehen.

Mit § 13 RettG NRW konkretisiere der Landesgesetzgeber dieses Wahlrecht und treffe nur eine organisatorische Grundentscheidung, ob der Träger des Rettungsdienstes sich zur Aufgabenerfüllung der Hilfe und Mitwirkung externer Personen oder Institutionen bedienen dürfe. Der Landesgesetzgeber sei bei der Novellierung des § 13 RettG NRW davon ausgegangen, dass die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme dem Bundesgesetzgeber obliege. So heiÙe es in der Begründung (Drs. 16/6088) auf Seite 36, dass *„abzuwarten bleibt, wie die Vergaberichtlinie hinsichtlich der Bereichsausnahme umgesetzt wird.“* 28

Auf die Möglichkeit der Beschränkung des Wettbewerbs auf gemeinnützige Organisationen im Sinne der Bereichsausnahme sei zudem auch in der aktuellen Gesetzesbegründung zum RettG NRW hingewiesen worden. So sehe *„[d]ie Eu-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe 2014/24/EU (Vergaberichtlinie) (...) vor, dass Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden, von dieser Richtlinie nicht betroffen sind (sog. EU-Bereichsausnahme).“* 29

Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus der von der Antragstellerin zitierten Rechtsprechung. In beiden gerichtlich zu beurteilenden Fällen habe der Auftraggeber – anders als im streitgegenständlichen Fall - den Bieterkreis nicht nur auf gemeinnützige Organisationen beschränkt. So habe des OLG Celle in seinem Beschluss vom 25.06.2019 (13 Verg 4/19) festgestellt, dass es für die Anwendung der Bereichsausnahme gemäß § 107 Absatz 1 Nummer 4 entscheidend sei, *„ob der Auftraggeber einen Wettbewerb allein für solche gemeinnützigen Organisationen und Vereinigungen“* eröffne. 30

Folglich habe auch keine Pflicht bestanden, ein wettbewerbliches Verfahren nach den Vorschriften des Vergaberechts durchzuführen. 31

Mit Beschluss vom 11.05.2022 erfolgte die Beiladung. 32

Der Beigeladene beantragt, 33

1. den Nachprüfungsantrag abzulehnen, 34

2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für den Beigeladenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war und 35

3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Beigeladenen notwendigen Auslagen aufzuerlegen. 36

Er ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei. Der Rechtsweg zu der Vergabekammer sei nicht eröffnet. Es handele sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, für die die abdrängende Sonderzuweisung der §§ 155, 156 GWB im Sinne des § 40 Absatz 1 VwGO nicht greife. Denn das streitgegenständliche Beschaffungsvorhaben unterfalle der Bereichsausnahme nach § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB. Deren Anwendungsbereich sei immer dann eröffnet, wenn der Aufgabenträger den Wettbewerb ausschließlich auf gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen beschränke. 37

Auch die von der Antragstellerin zitierte Rechtsprechung des OLG München und Celle lasse keinen anderen Schluss zu. Die dortigen maßgeblichen landesrechtlichen Regelungen unterschieden sich von der Regelung in Nordrhein-Westfalen. Sowohl in Bayern als auch in 38

Niedersachsen werde der Wettbewerb um Rettungsdienstleistungen gesetzlich für alle interessierten Unternehmen – seien sie gemeinnützig oder nicht – eröffnet. Den Aufgabenträger stünde insoweit kein Ermessen zu, den Wettbewerb nur auf gemeinnützige Organisationen zu beschränken. Anders jedoch gestalte sich die rechtliche Situation in Nordrhein-Westfalen. Hier habe der Aufgabenträger sehr wohl ein Ermessen dahingehend, ob er den Wettbewerb nur auf gemeinnützige Organisationen beschränken wolle. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des § 13 Absatz 1 RettG NRW und namentlich aus „*kann*“.

Konsequenz der Sichtweise der Antragstellerin sei zudem, dass der Landesgesetzgeber über den Rechtsweg entscheiden könne, wenn er Mittels einer landesrechtlichen Regelung über die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts urteile. Dies widerspreche dem Grundsatz, dass der Bundesgesetzgeber hierüber die Entscheidungskompetenz habe. 39

Darüber hinaus sehe die derzeit gültige Fassung des § 13 RettG NRW gerade keine Gleichrangigkeit von anerkannten Hilfsorganisationen und privaten, gewinnorientierten Leistungserbringern vor. So sei aus der Formulierung „*anerkannte Hilfsorganisationen und andere Leistungserbringer*“ erkennbar, dass mit anderen Leistungserbringer primär solche gemeint seien, die zwar nicht anerkannt, aber gemeinnützig handelten. Hierrunter fielen private, gewinnorientierte Akteure gerade nicht. Nur wenn diese miteinbezogen werden würden, müsse ein wettbewerbliches Verfahren nach den vergaberechtlichen Vorschriften erfolgen. 40

Dass mit der Regelung in § 13 Absatz 1 RettG NRW die Bereichsausnahme umgesetzt werde, bestätige auch der Erlass vom 26.04.2019 des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen. 41

Auch habe bereits die Vergabekammer Rheinland mit Beschluss vom 19.08.2016 (VK D 14/2016 L) ausgeführt, dass der Rechtsweg zu den Vergabekammern auf Grund der Bereichsausnahmen in Nordrhein-Westfalen versperrt sei. Parallel dazu habe das Verwaltungsgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 16.09.2016 (7 L 2411/16) die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit und damit die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme bestätigt. 42

Die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 167 Absatz 1 GWB wurde bis zum 31.07.2022 verlängert. Am 10.06.2022 hat eine mündliche Verhandlung in den Räumen der Vergabekammer Westfalen stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen. 43

II. 44

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Die Vergabekammer Westfalen ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vorgangs gemäß § 159 Absatz 3 GWB i.V.m. § 2 Absatz 1 VK ZuStV NRW örtlich zuständig. Auch ist die Vergabekammer Westfalen sachlich zuständig. Der streitgegenständliche Auftrag übersteigt den maßgeblichen Schwellenwert (nachfolgend unter 1.) und unterfällt dem Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB (nachfolgend unter 2.). 45

1. Ausweislich der von der Antragstellerin aufgezeigten geschätzten Kosten für die zu erbringenden Rettungsdienstleistungen pro Jahr, die im Nachprüfungsverfahren unwidersprochen blieben, sowie die von der Antragsgegnerin eingeplanten Haushaltsmittel pro Jahr (Bl. 28 der Vergabeakte), übersteigen den maßgeblichen Schwellenwert bei weitem. 46

2. Auch ist die Vergabekammer deshalb sachlich zuständig, weil der streitgegenständliche Auftrag in den Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB fällt. Insbesondere liegen die Voraussetzungen des § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB nicht vor. 47
- a) Gemäß § 156 Absatz 2 können Rechte aus § 97 Absatz 6 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, nur vor den Vergabekammern und den Beschwerdegerichten geltend gemacht werden. Wiewohl es sich bei der Auftragsvergabe grundsätzlich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt, ist daher nicht der Verwaltungsrechtsweg, sondern im Wege einer aufdrängenden Sonderzuweisung der Rechtsweg zu den Vergabekammern eröffnet. Die Rechtswegzuweisung ist abschließend (vgl. schon BGH, Beschluss vom 01.02.2005, X ZB 27/04 sowie BT-Drs. 13/9340, Seite 17). 48
- Lediglich dann, wenn die Auftragsvergabe nicht in den Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB fällt, ist der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen verwehrt. So sieht das GWB Ausnahmetatbestände für besondere Vergaben vor, bei denen der vierte Teil des GWB insgesamt keine Anwendung findet (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2010, VII-Verg 27/10). Konsequenz dessen ist, dass auch ein Nachprüfungsverfahren nicht zur Verfügung steht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.03.2005, VII-Verg 101/04; *Gurlit*, in Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 107 Rn. 9). Demgegenüber ist durch die Vergabekammern allerdings voll überprüfbar, ob die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes, auf den sich der Auftraggeber beruft, auch tatsächlich vorliegen (vgl. statt vieler EuGH, Urteil vom 11.02.2005, C-26/03). 49
- Vorliegend beruft sich die Antragsgegnerin im Rahmen der streitgegenständlichen Ausschreibung auf die Bereichsausnahme gemäß § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB und damit die Nichtanwendbarkeit des vierten Teils des GWB. Die Kammer ist berechtigt und verpflichtet, das Vorliegen der Voraussetzungen der Bereichsausnahme zu prüfen. 50
- i.) Die Voraussetzungen der Bereichsausnahme sind nicht gegeben. Diese sind grundsätzlich eng auszulegen. Denn der Wettbewerbsgrundsatz ist eines der Kernprinzipien der öffentlichen Auftragsvergabe (vgl. etwa EuGH, Urteil vom 10.10.2013, C-94/12 und Urteil vom 08.05.2014, C-15/13). Sowohl der freie Zugang zu nationalen Beschaffungsmärkten für interessierte Unternehmen als auch Sicherstellung einer Vielzahl von Angeboten durch ein breites Bieterfeld werden durch den Wettbewerbsgrundsatz sichergestellt. Dabei ist „das Hauptziel“ ein „unverfälschter Wettbewerb“ (vgl. EuGH, Urteil vom 08.05.2014, C-15/13) und die „Organisation größtmöglichen Wettbewerbs“ (vgl. schon BT-Drs 13/9340, Seite 14). Der Wettbewerbsgrundsatz entfaltet vor diesem Hintergrund eine auslegungsleitende Funktion (vgl. statt vieler: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.03.2012, VII-Verg 92/11). 51
- ii.) Freilich enthält die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG („Vergaberichtlinie“) sowie der vierte Teil des GWB Ausnahmen von der Anwendungspflicht des Vergaberechts und damit vom Wettbewerbsgrundsatz. So sieht Art. 10 lit. d) der Vergaberichtlinie vor, dass sie nicht 52
- „gilt (...) für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben: 53
- Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die folgenden CPV-Codes fallen: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 und 85143000-3 mit Ausnahme des* 54

Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung,“

Begründung findet der Ausnahmetatbestand in Erwägungsgrund 28 der Vergaberichtlinie, in dem es heißt: 55

Diese Richtlinie sollte nicht für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Notfalldienste gelten, da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten. 56

Die Vergaberichtlinie stellt dabei auch klar, dass die Ausnahme eng zu begreifen ist. So heißt es in dem vorstehend genannten Erwägungsgrund ebenso: 57

Diese Ausnahme sollte allerdings nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden. 58

Der nationale Gesetzgeber hat die Regelung der Richtlinie mit nahezu identischem Wortlaut übernommen. In der maßgeblichen Gesetzesbegründung heißt es dort lediglich: 59

„Im Ergebnis findet das EU-Sekundärrecht auf die Vergabe von Notfallrettungsdiensten (...) und den Einsatz von Krankenwagen bestehend in allgemeinen und fachspezifischen ärztlichen Dienstleistungen in einem Rettungswagen keine Anwendung unter der Voraussetzung, dass diese Dienste von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden.“ 60

Konsequenz der Bereichsausnahme ist damit auch, dass sie nicht – wie sonst üblich – an den Auftragsgegenstand oder an das besondere öffentliche Interesse in der Sphäre des Auftraggebers anknüpft. Sie dient dem Schutz der begünstigten Gruppe der gemeinnützigen Organisationen. Sie hebt damit im Anwendungsfall das Wettbewerbsprinzip zulasten gewerblicher Anbieter aus. Auch deswegen ist diese Regelung eng auszulegen (vgl. OVG Celle, Beschluss vom 12.06.2019, 13 ME 164/19 und in diesem Sinne OLG Schleswig, Beschluss vom 28.08.2015, 1 Verg 1/15). 61

Insoweit erfolgt aus § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB kein Automatismus dahingehend, dass Notfallrettungsdienstleitungen grundsätzlich und ausschließlich ohne Beachtung vergaberechtlicher Vorschriften vergeben werden dürfen (vgl. hierzu beispielsweise OLG München, Beschluss vom 21.10.2019 mit Verweis auf VG Regensburg, Beschluss vom 26.02.2019, RN 4 K 18.2140; OVG Celle, Beschluss vom 12.06.2019, 13 ME 164/19; BayVGH, Beschluss vom 26.04.2019, 12 C 19.652; VK Südbayern, Beschluss vom 16.03.2017, Z3-3-3194-1-54-12/16 aber auch OLG Hamburg, Beschluss vom 16.04.2020, 1 Verg 2/20 und Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 26.07.2021, 19 Verg 3/21 und in diese Richtung tendierend OLG Celle, Beschluss vom 25.06.2019, 13 Verg 4/19). Auch reicht es nicht aus, dass der Auftraggeber den Anwendungsfall als eröffnet ansieht. 62

So privilegieren Art. 10 lit d) sowie der auf ihm folgende § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB nicht die Notfalldienste als solche, sondern deren Erbringung durch gemeinnützige Organisationen. Diese – dem Vergaberecht grundsätzlich systemfremde - Privilegierung des Leistungserbringers ist eng auszulegen und nicht über das notwendige Maß hinaus auszuweiten (vgl. OVG Celle, Beschluss vom 12.06.2019, 13 ME 164/19). Insbesondere ist für die Eröffnung des Anwendungsbereiches der Bereichsausnahme (i.) weder relevant, wer in der Vergangenheit die maßgeblichen Rettungsdienstleistungen „erbracht“ hat, (ii.) noch wer konkret die Rettungsdienstleistungen erbringen wird. 63

Im ersten Fall würde eine solche Sichtweise die Konsequenz zeitigen, dass die Anwendbarkeit des Vergaberechts und die Frage des zu beschreitenden Rechtswegs von der Zufälligkeit abhängen würde, ob in der Vergangenheit die maßgeblichen rettungsdienstlichen Leistungen von einer gemeinnützigen Organisation oder einem privaten Akteur erbracht wurden (vgl. hierzu auch Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 26.07.2021, 19 Verg 3/21; OVG Lüneburg, Beschluss vom 12.06.2019, 13 ME 164/19; VK Lüneburg, Beschluss vom 22.01.2019, VGK-01/2019 sowie instruktiv VK Südbayern, Beschluss vom 16.03.2017, Z3-3-3194-1-54-12/16). Eine solche Zufälligkeit ist weder mit europarechtlichen Vergabegrundsätzen wie dem „*unverfälschten Wettbewerb*“ noch dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz vereinbar. Die Folge wäre außerdem, dass bestimmte Rettungsdienstbereiche an gemeinnützige Organisationen vergaberechtsfrei vergeben werden könnten, während identische Leistungen im selben Bundesland bei Überschreiten der maßgeblichen Schwelle der Ausschreibungspflicht nach dem vierten Teil des GWB unterliegen würden.

64

Vor diesem Hintergrund ist auch der Lesart des VG Düsseldorf, Beschluss vom 15.09.2016 (7 L 2411/16), nicht zu folgen, sofern man die Ausführungen dahingehend versteht, als dass das zu erkennende Gericht darauf abstellt, dass im Rettungsbereich der dortigen Antragsgegnerin der Rettungsdienst ausschließlich von gemeinnützigen Hilfsorganisationen erbracht wurden und damit die Bereichsausnahme eröffnet sei.

65

Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass der erwähnten Judikatur des Verwaltungsgerichts naturgemäß eine spezifisch verwaltungsrechtliche Sichtweise zugrunde liegt, die mit der von der Kammer vorzunehmenden strikt vergaberechtlichen Beurteilung nicht vereinbar sein muss (vgl. hierzu auch: Vgk FB 1/20, wenn auch mit einer anderen Schlussfolgerung).

66

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sich die folgende Instanz zum vorstehend genannten Beschluss zu der vergaberechtlichen Frage nicht mehr geäußert hat, sondern lediglich über eine – vermeintlich – notwendige Beiladung bzw. über das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses entschied.

67

Ebenso wenig verfängt die Argumentation, dass es auf die Frage ankommt, wer die Rettungsdienstleistung konkret erbringen wird. In diesem Fall stünde mit Beginn des Vergabeverfahrens – sofern es sich an gemeinnützige und private Akteure richtet – nicht fest, welcher Rechtsweg im Falle einer Beanstandung beschritten werden müsste. Das ein solches Vorgehen rechtsstaatlichen Prinzipien zu wider läuft liegt auf der Hand und zeigt sich bereits darin, dass sich der Rechtsweg nicht nachträglich aus der Zufälligkeit eines Verfahrensausgangs ergeben kann.

68

iv.) Maßgeblich ist vielmehr die Ausgestaltung der landesrechtlichen Regelung zur Übertragung rettungsdienstlicher Leistungen. Sofern die Regelung gemeinnützige Organisationen bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen privilegiert, ist der Anwendungsfall der Bereichsausnahme eröffnet. Sieht die landesrechtliche Regelung dagegen eine Gleichrangigkeit zwischen gemeinnützigen Organisationen und privaten Akteuren vor, kann sich der Auftraggeber nicht auf die Bereichsausnahme berufen (vgl. zum Ganzen: OLG München, Beschluss vom 21.10.2019 mit Verweis auf VG Regensburg, Beschluss vom 26.02.2019, RN 4 K 18.2140; OVG Celle, Beschluss vom 12.06.2019, 13 ME 164/19; BayVGh, Beschluss vom 26.04.2019, 12 C 19.652; VK Südbayern, Beschluss vom 16.03.2017, Z3-3-3194-1-54-12/16 aber auch OLG Hamburg, Beschluss vom 16.04.2020, 1 Verg 2/20 und Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 26.07.2021, 19 Verg 3/21 und in diese Richtung tendierend OLG Celle, Beschluss vom 25.06.2019, 13 Verg 4/19).

69

70

Diese Sichtweise spiegelt auch den von der Richtlinie vorgegebenen Ausnahmecharakter der Bereichsausnahme wider, der – entgegen sonstiger „vergaberechtlicher Gepflogenheit“ – nicht die Dienstleistung also solche, sondern die Leistungserbringer privilegiert. Konsequenterweise kann diese Privilegierung aber nur dann (durch-)greifen, wenn sich diese auch in der landesrechtlichen Ausgestaltung wiederfindet.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin wird dies auch nicht von den von ihr zitierten Spruchkörpern, der Vergabekammer Hamburg (Beschluss vom 12.02.2020, Vgk FB 1/20) und dem OLG Hamburg (Beschluss vom 16.04.2020, 1 Verg 2/20) in Abrede gestellt. Das Hamburgische Rettungsdienstgesetz („HmbRDG“) sieht ausdrücklich eine Beschränkung – mithin eine Privilegierung – des Kreises der Leistungserbringer auf gemeinnützige Organisationen vor. So heißt es in § 14 Absatz 1 Nummer 1 HmbRDG wie folgt:

„(1) Die zuständige Behörde kann Leistungserbringer mit Aufgaben des öffentlichen Rettungsdienstes beauftragen. Hierbei kann sie den Kreis auf die Leistungserbringer beschränken, die

1. gemeinnützige Organisationen im Sinne des § 107 Absatz 1 Nummer 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1751, 3245), zuletzt geändert am 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151, 1155), sind und (...)“

Zutreffend führt der Senat in seiner Entscheidung vom 16.04.2020 (1 Verg 2/20) aus:

Dem stehen insbesondere die von der Antragstellerin für ihre gegenteilige Rechtsauffassung herangezogenen Entscheidungen der Oberlandesgerichte Celle (Beschl. v. 25. Juni 2019 - Verg 4/19 -, NZBau 2020, 57 ff., juris Rn. 18 f.) und München (Beschl. v. 21. Oktober 2019 - Verg 13/19 -, VergabeR 2020, 42 ff., juris Rn. 40 ff.) nicht entgegen. Soweit die insoweit zur Entscheidung berufenen Vergabesenate für das niedersächsische und das bayerische Landesrecht davon ausgegangen sind, dass die dortigen Rettungsdienstgesetze (§ 5 Abs. 1 NRettDG, Art. 13 Abs. 1 BayRDG) keine Beschränkungen auf gemeinnützige Organisationen, sondern vielmehr einen Gleichrang gemeinnütziger und gewerblicher Anbieter vorsehen, entspricht dies nach Auffassung des vorliegend zur Entscheidung berufenen Senats gerade nicht der Rechtslage in Hamburg. Nach der insoweit maßgeblichen Gesetzeslage bedarf es vielmehr der Ermessensausübung der zuständigen Behörde im Einzelfall, ob eine Ausschreibung auf gemeinnützige Organisationen beschränkt und hierdurch zugleich das Vergabeverfahren gemäß Teil 4 des GWB dispensiert wird oder aber ein förmliches Vergabeverfahren unter Einschluss privater Anbieter, auf das die hier diskutierte Bereichsausnahme sodann folgerichtig nicht angewendet werden kann, durchzuführen ist. Gegen eine derartige Gesetzesregelung bestehen gemessen am Maßstab des Art. 10 Buchst. h) der Richtlinie 2014/24/EU, § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB keine durchgreifenden Bedenken. (Hervorhebung nur hier)

Insoweit hat auch das Brandenburgische Oberlandesgericht mit Beschluss vom 26.07.2021 (19 Verg 3/21) entschieden, dass sich Aufgabenträger in Brandenburg auf Grund der maßgeblichen Landesregelung auf die Bereichsausnahme berufen können. Denn auch § 10 des Gesetzes über den Rettungsdienst im Land Brandenburg („BbgRettG“) sieht vor, dass

„(...) [b]ei der Auswahlentscheidung (...) gemeinnützige Organisationen nach Satz 2 vorrangig berücksichtigt werden [können].“

Vor diesem Hintergrund hat das Brandenburgische Oberlandesgericht entschieden, dass auf Grund der Privilegierung die Annahme der Bereichsausnahme nicht im Widerspruch zu der

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte München und Celle stehe. Denn die dort zu beachtenden Rettungsgesetze hätten „zum maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt (noch) keine Beschränkungen auf gemeinnützige Organisationen enthalten, sondern [sähen] einen Gleichrang gemeinnütziger und gewerblicher Anbieter vor (...).“

Keine Privilegierungen beinhalten nämlich die landesrechtlichen Regelungen in Bayern und Niedersachsen. So heißt es in Artikel 13 Absatz 1 Bayerisches Rettungsdienstgesetz („**BayRDG**“) schlicht: 79

„Der Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung beauftragt mit der bodengebundenen Durchführung von Notfallrettung, arztbegleitetem Patiententransport und Krankentransport nach Maßgabe der Abs. 2 bis 5 freiwillige Hilfsorganisationen oder private Unternehmen.“ 80

Vor diesem Hintergrund sehen der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 26.04.2019, (12 C 19.621), das Oberlandesgericht München, Beschluss vom 21.10.2019, Verg 13/19 und die Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 16.03.2017 (Z3-3-3194-1-54-12/16) die Bereichsausnahme für unanwendbar an. 81

So heißt es in dem Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 26.04.2019 (12 C 19.621): 82

„Die landesrechtliche Regelung des Art. 13 BayRDG sieht hingegen ausdrücklich vor, dass auch private Unternehmen am Wettbewerb beteiligt werden können. Dies schließt bereits deshalb die Annahme einer Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Ziff. 4 GWB aus, weil diese Vorschrift das Erbringen der betreffenden Dienstleistungen allein durch gemeinnützige Organisationen voraussetzt.“ 83

Das OLG München ist insoweit in seinem Beschluss vom 21.10.2019 (Verg 13/19) der Ansicht, dass 84

„(...) die bundesrechtliche Regelung in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB europarechtskonform auszulegen sei. Wenn dies dazu führt, dass in Bayern aufgrund Art. 13 Abs. 1 BayRDG - und ggf. im gesamten Bundesgebiet - Rettungsdienstleistungen weitgehend auszuschreiben sind und für die Bereichsausnahme kaum ein Anwendungsbereich bleibt, ist dies Konsequenz der zitierten Rechtsprechung des EuGH und der daraus folgenden Notwendigkeit einer europarechtskonformen Auslegung.“ 85

Und die Vergabekammer Südbayern führt im Beschluss vom 16.03.2017, (Z3-3-3194-1-54-12/16) aus: 86

„Dass Art. 13 Abs. 1 BayRDG dem Auftraggeber diese Möglichkeit [der Wettbewerbsbeschränkung] nicht eröffnet, steht einem solchen Verständnis nicht entgegen, da das Europarecht nicht im Lichte des Bayerischen Landesrechts auszulegen ist. Das Bayerische Landesrecht führt derzeit lediglich dazu, dass zumindest derzeit ein Tatbestandsmerkmal der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB bzw. Art. 10 Abs. 8 lit. g) der Richtlinie 2014/23/EU nicht erfüllt ist. Darin liegt aber keine unzulässige Änderung des Bundes- oder Europarechts durch das Bayerische Landesrecht.“ 87

Die korrespondierende niedersächsische Regelung (vgl. § 5 Niedersächsisches Rettungsdienstgesetz („**NRettDG**“) lautet: 88

89

„Der Träger des Rettungsdienstes kann Dritte mit der Durchführung der Leistungen des Rettungsdienstes (.) ganz oder teilweise beauftragen.“

Deswegen sieht das OVG Celle mit Beschluss vom 12.06.2019 die Bereichsausnahme in Niedersachsen für unanwendbar an und führt aus: 90

„Geht mithin das NRettDG von der Gleichrangigkeit gemeinnütziger und gewerblicher Anbieter aus, so kann die ausschließlich auf gemeinnützige Beauftragte zugeschnittene Ausnahmeregelung des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB keine Anwendung finden. Mit der Vergabekammer Niedersachsen (Beschl. v. 22.1.2019 - VGK-01/2019 -, juris Rn. 72) und der Vergabekammer Südbayern (Beschl. v. 14.2.2017 - Z3-3-3194-1-54-12/16 -, juris Rn. 213) geht auch der Senat davon aus, dass es nicht von der Zufälligkeit der Auftragserteilung abhängen kann, ob die Bereichsausnahme Anwendung findet oder nicht. Es ist daher auf die generelle Gleichrangigkeit gemeinnütziger und gewerblicher Anbieter nach dem NRettDG abzustellen. Damit ist die Anwendung der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB auf Ausschreibungen nach niedersächsischer Rechtslage grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. zu einem vergleichbaren Fall: Bay. VGH, Beschl. v. 26.4.2019 - 12 C 19.621 -, juris Rn. 6).“ 91

Auch die nordrhein-westfälische Regelung sieht – entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin und des Beigeladenen – keine Privilegierung von gemeinnützigen Organisationen oder ein Ermessen der Aufgabenträger, den Wettbewerb auf diese zu beschränken, vor. 92

Die fehlende Privilegierung ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 13 RettG NRW. Ausweislich der Norm können Rettungsdienste „auf anerkannte Hilfsorganisationen und andere Leistungserbringer durch öffentlich-rechtlichen Vertrag übertragen“ werden. Bereits die Konjunktion „und“ verdeutlicht die Gleichrangigkeit zwischen anerkannten Hilfsorganisationen und anderen, auch privaten Leistungserbringern. 93

Besonders deutlich wird die Gleichrangigkeit bei einem Vergleich des § 13 RettG NRW mit den entsprechenden Normen anderer Bundesländer, die eine Privilegierung vorsehen. So finden sich dort etwa Verben wie „beschränken“ (vgl. § 14 Absatz 1 Nummer 1 HmbRDG) oder Adjektive wie „vorrangig“ (vgl. § 10 BbgRettG). Derlei Einschränkungen an die Auswahl der Leistungserbringer enthält § 13 RettG NRW gerade nicht. 94

Letzte Zweifel an der fehlenden Privilegierung werden durch den Vergleich der aktuellen Fassung des § 13 RettG NRW mit der Vorgängerfassung zum Schweigen gebracht. So sah die bis zum 31.03.2015 wirksame Regelung vor, dass 95

„(...) [b]ei gleichem Leistungsangebot (...) die freiwilligen Hilfsorganisationen gegenüber sonstigen privaten Anbietern vorrangig zu berücksichtigen [sind].“ 96

Diese vorrangige Berücksichtigung ist allerdings mit der letzten Änderung des RettG NRW weggefallen. Offenkundig wollte der Gesetzgeber nunmehr von einer privilegierten Behandlung freiwilliger Organisationen absehen. 97

Insoweit vermag auch der Vortrag der Antragsgegnerin, ausweislich der Gesetzesbegründung (Drs. 16/6088) des RettG NRW sehe dieses eine ausdrückliche Beschränkung des Wettbewerbs auf gemeinnützige Organisationen vor, nicht durchgreifen. Zwar spricht die Gesetzesbegründung davon, dass die Vergabe von Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr von der Vergaberichtlinie betroffen sei (vgl. (Drs. 16/6088, S. 35). Allerdings war dem Landesgesetzgeber auch 98

bewusst, dass „die Übertragung auf Dritte rechtskonform nach der Maßgabe des einschlägigen Haushalts- und Vergaberechts, welches unberührt bleibt, erfolgt.“ (vgl. Drs. 16/6088, S. 35).

Auch vermag die Kammer der Interpretation der Antragsgegnerin nicht zu folgen, wenn diese aus der Gesetzesbegründung und der darin enthaltenen Formulierung, „[i]nsoweit bleibt abzuwarten, wie die Vergaberichtlinie hinsichtlich der Bereichsausnahme umgesetzt wird“, ableiten möchte, dass der Landesgesetzgeber das Vergaberecht bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen grundsätzlich für unanwendbar hält. Diese Formulierung spiegelt lediglich den „vergaberechtlichen Entwicklungsstand“ 2014 wider. Zu diesem Zeitpunkt erschien es wahrscheinlich, dass im Zuge der anstehenden Vergaberechtsmodernisierung – was tatsächlich auch geschah - auch die Bereichsausnahme aufgegriffen und ausgestaltet werden würde. 99

Auch folgt die Kammer dem Vorbringen des Beigeladenen nicht, dass § 13 RettG keine Gleichrangigkeit zwischen den Leistungserbringern vorsehe. Herzuleiten versucht der Beigeladene dies aus der Formulierung „anerkannte Hilfsorganisationen und andere Leistungserbringern“. Nach seiner Interpretation kommt damit der gesetzgeberische Wille zum Ausdruck, anerkannte Hilfsorganisationen und nicht gewinnorientierte Leistungserbringern – wie etwa gemeinnützige Organisationen – gegenüberzustellen. Gewinnorientierte Akteure seien nicht unter „andere Leistungserbringer“ zu subsumieren und würden somit überhaupt nicht vom Wortlaut des § 13 RettG NRW erfasst. Diese Sichtweise tritt die Kammer nicht bei. Ausweislich der Gesetzesbegründung herrscht „ein gutes und faires Miteinander von öffentlichem Rettungsdienst, freiwilligen Hilfsorganisationen und privaten Anbietern.“ Darüber hinaus entscheide der Aufgabenträger, ob er „den Rettungsdienst als eigene Aufgabe selbst wahrnehme oder Dritte mit der Durchführung (...) ganz oder teilweise beauftrage.“ (vgl. Drs. 16/6088, S. 31). Insoweit bietet weder die Gesetzesbegründung, noch der Wortlaut des § 13 RettG Anhaltspunkte für die vom Beigeladenen vorgetragene Sichtweise (vgl. hierzu auch: Müller-Platz, in Dirnberger, Henneke, Meyer und Weitere (Hrsg.), PdK Nordrhein-Westfalen, K 23 NW, § 13 Nr. 3) 100

Ebenso wenig vermag die Argumentation der Antragsgegnerin und des Beigeladenen überzeugen, dass dem Aufgabenträger ein Ermessen dahingehend zustehe, den Wettbewerb auf gemeinnützige Organisationen zu beschränken. Herzuleiten versuchen sowohl die Antragsgegnerin als auch der Beigeladene diese Möglichkeit aus dem Umstand, dass 101

(...) [d]er Träger rettungsdienstlicher Aufgaben kann die Durchführung des Rettungsdienstes unter Beachtung der Absätze 2 bis 5 auf anerkannte Hilfsorganisationen und andere Leistungserbringer durch öffentlich-rechtlichen Vertrag übertragen.“ (vgl. § 13 Absatz 1 RettG NRW) (Hervorhebung nur hier) 102

Die Möglichkeit, den Wettbewerb auf gemeinnützige Organisationen zu beschränken, würde ebenso einer Privilegierung gleichkommen. Wie vorstehend aufgezeigt, hat der Landesgesetzgeber in Abkehr von der früheren Formulierung von dieser Möglichkeit abgesehen. Dem Aufgabenträger steht nunmehr ein Ermessen zu, ob er die rettungsdienstlichen Aufgaben selbst erbringt oder überträgt. Ein Ermessen dahingehend, den Kreis der Wettbewerber einzuschränken, ergibt sich hieraus gerade nicht. 103

Auch führt der Erlass des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 26.04.2019 zu keiner anderen Beurteilung. Ungeachtet seines Inhalts entfaltet eine inneradministrativ wirkende Vorschrift keine vergaberechtliche Relevanz in einem Nachprüfungsverfahren (vgl. Dörr, in Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher 104

Vergaberechtskommentar, § 97 Rn. 25). Zwar mag man – eine bestimmte Lesart unterstellt – zu der Auffassung gelangen, dass ausweislich des Erlasses die Vergabe von Rettungsdienstleistungen immer in den Anwendungsbereich der Bereichsausnahme fällt. Allerdings vermag der Erlass kein vergaberechtswidriges Verhalten zu rechtfertigen.

Dass § 13 Absatz 1 RettG NRW dem Auftraggeber keine Möglichkeit eröffnet, den Kreis der Wettbewerber auf gemeinnützige Organisationen zu beschränken, steht dabei in keinem unauflösbaren Widerspruch zu europarechtlichen Vorgaben. Insoweit eröffnet die Richtlinie lediglich die Möglichkeit, entsprechende Rettungsdienstleistungen ohne die Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften zu vergeben. Eine Pflicht hierzu besteht freilich nicht. Öffnet der Auftraggeber den Wettbewerb auch für private Anbieter, besteht kein Raum für die Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts. Insoweit macht es keinen Unterschied, ob diese Entscheidung auf Grund landesrechtlicher Vorgaben wie § 13 Absatz 1 RettG NRW oder auf einer autonomen Entscheidung des Aufgabenträgers beruht (vgl. dazu auch VK Südbayern, Beschluss vom 16.03.2017, Z3-3-3194-1-54-12/16). Das nordrhein-westfälische Landesrecht führt insoweit nur dazu, dass – jedenfalls derzeit – ein notwendiges Tatbestandsmerkmal der Bereichsausnahme nicht erfüllt wird. Damit liegt keine unzulässige Änderung des Bundes- oder Europarechts vor. Vor diesem Hintergrund teilt die Kammer auch nicht die Bedenken des Beigeladenen hinsichtlich der Festlegung des Rechtsweges durch den Landesgesetzgeber. Denn § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB eröffnet nur die Möglichkeit, von der Bereichsausnahme Gebrauch zu machen. Inwieweit diese Möglichkeit in Anspruch genommen wird, hängt von der maßgeblichen landesrechtlichen Ausgestaltung ab. Insoweit werden die verfassungsrechtlichen Bedenken der Vergabekammer Hamburg hinsichtlich der vorgeschriebenen Gleichrangigkeit nicht geteilt (vgl. Vgk Hamburg, FB 1/20). Darüber hinaus liegt die Normverwerfungskompetenz allein beim zuständigen Verfassungsgericht und nicht bei der Kammer, die kein Gericht im Sinne der nordrhein-westfälischen Landesverfassung ist.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. 106

Der mit dem Beigeladenen geschlossene Vertrag vom 01.04.2022 ist gemäß § 135 Absatz 1 GWB unwirksam. Die Antragsgegnerin hat gegen die Vorgabe des § 135 Absatz 1 Nummer 2 GWB verstoßen, weil sie den streitgegenständlichen Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet war. Insbesondere war der Anwendungsbereich des § 107 Absatz 1 Nummer 4 GWB nicht eröffnet (vgl. vorstehende Ausführungen). 107

Gemäß § 135 Abs. 2 GWB hat die Antragstellerin die Frist für die Beantragung der Nachprüfung eingehalten, weil sie innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss die Nachprüfung beantragte. 108

III. 109

Die Antragstellerin ist durch die unterbliebene europaweite Ausschreibung auch in ihren Rechten verletzt, so dass die Vergabekammer gemäß § 168 Abs. 1 GWB die Unwirksamkeit des Vertragsschlusses als geeignete Maßnahme anordnet. 110

Das ist regelmäßig der Fall, wenn das eingeleitete Vergabeverfahren nicht ohne weiteres durch Zuschlag beendet werden darf und zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt. Schon die Möglichkeit einer Verschlechterung der Aussichten des den Nachprüfungsantrag stellenden Bieters infolge der Nichtbeachtung von Vergabevorschriften reicht hierfür aus (BGH, Beschluss vom 10.11.2009, X ZB 8/09). 111

1. Eine solche Verschlechterung liegt im Streitfall vor. Bei einer Vergabe ohne förmliches Vergabeverfahren läuft ein Bieter Gefahr der Manipulation und Ungleichbehandlung, weil die dem Vergabeverfahren zu Grunde liegenden Unterlagen geheim gehalten werden (vgl. am Beispiel des Verhandlungsverfahrens statt des offenen Verfahrens: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2016, VII-Verg 49/15).

Besonders schwer wiegt zudem, dass die Antragsgegnerin bei der Vergabe des Auftrags davon ausgegangen ist, gar nicht dem Vergaberecht zu unterliegen. In einem solchen Fall liegt eine mögliche Verschlechterung der Zuschlagschancen auf der Hand. Denn unterliegt der Auftraggeber tatsächlich nicht dem Vergaberecht, kann er im Rahmen der Privatautonomie Verträge abschließen mit wem er will und muss die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz gerade nicht beachten (vgl.: VK Südbayern, Beschluss vom 05.08.2019, Z3-3-3194-1-14-05/19) 113

Vorliegend wurde die Antragstellerin schon gar nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert. Dies reicht bereits für das Vorliegen einer Rechtsverletzung aus. Insbesondere hat die Antragstellerin glaubhaft gemacht, an der Erbringung der streitgegenständlichen Leistung interessiert zu sein. 114

Konsequenz dessen ist, dass der geschlossene Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen gemäß § 135 Absatz 1, Nummer 2 GWB unwirksam ist. Die Antragsgegnerin wird bei Fortbestand ihrer Beschaffungsabsicht verpflichtet, die Vergabe unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen. 115

IV. 116

Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz vom 23. Juni 1970 (BGBl. I. S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung ist anzuwenden. 117

Die Gebühr beträgt gemäß § 182 Absatz 2 GWB mindestens 2.500 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Die Gebühr soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten; sie kann im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch ist, bis zu einem Betrag von 100.000 Euro erhöht werden. Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Absatz 3 GWB die Kosten zu tragen. 118

Die Kammer setzt vorliegend eine Gebühr in Höhe von xxx Euro fest. Für die Berechnung der Verfahrensgebühr zieht die Kammer die Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes und der Länder heran (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.01.2005, VII-Verg 30/05). Maßgeblich für die Berechnung der Gebühr ist grundsätzlich die streitbefangene Auftragssumme (vgl. BGH, Beschluss vom 25.10.2011, X ZB 5/10). 119

Vorliegend war die Antragstellerin gehindert, ein eigenes Angebot abzugeben. Die Kammer schätzt daher nach Auswertung der Vergabeakte die Höhe des gegenständlichen Auftragswertes auf einen Wert zwischen xxx Euro und xxx Euro, zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse des Beigeladenen ohne eine genaue Summe zu benennen. 120

Die Verfahrensgebühr ist der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen aufzuerlegen. Die Antragsgegnerin ist aber als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß § 182 Absatz 1 GWB in Verbindung mit § 8. Absatz 1 Nummer 2 Verwaltungskostengesetz des Bundes von 121

den Gebühren befreit ist. Dem Beigeladenen wird somit – trotz Gesamtschuldnerschaft – lediglich die Hälfte der Gebühr (xxx Euro) auferlegt.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Absatz 4 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung war notwendig, da die Verfahrensführung in einem Nachprüfungsverfahren für rechtliche Laien häufig unübersichtlich ist und schnell zu Fehlentscheidungen führt. Insbesondere waren vorliegend schwierige und komplexe vergaberechtliche Fragen streitentscheidend. Insbesondere der in diesem Verfahren maßgebliche Aspekt, ob der Anwendungsbereich der Bereichsausnahme in Nordrhein-Westfalen eröffnet ist, stellt eine komplexe vergaberechtliche Frage dar. Daneben ist das Nachprüfungsverfahren gerichtsähnlich konzipiert, so dass auch prozessuale Kenntnisse erforderlich sind, um eigene Rechte wirksam wahren zu können. 122

Die notwendigen Aufwendungen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung der Antragstellerin werden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen jeweils zur Hälfte auferlegt. 123