



## Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

### Beschluss

#### Amtliche Leitsätze

1. Der öffentliche Auftraggeber darf den ausgeschriebenen Auftrag auf die Bereitstellung von bestimmten Berufsgruppen durch den Auftragnehmer beschränken, wenn die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.
2. Die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich einer Beschaffung, die rein formale Qualifikation einer Berufsgruppe als nicht ausreichend anzusehen und über diese gesetzlichen Vorgaben hinaus gehende Anforderungen zu stellen, ist zulässig.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe der Bereitstellung von Notärztinnen und Notärzten für den kommunalen Rettungsdienst

**VK 1 - 42/16**

der XXXX GmbH,

**Antragstellerin**

**Verfahrensbevollmächtigte:** XXXX

gegen

die Stadt XXXX,

**Antragsgegnerin**

**Verfahrensbevollmächtigte:** XXXX

hat die Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster auf die mündliche Verhandlung vom 23.11.2016 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Gaidies und den ehrenamtlichen Beisitzer Sadowski

am **25. November 2016** beschlossen:



1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf XXXX € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragsgegnerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

## **Gründe**

### **I.**

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist die Vergabe der Bereitstellung von Notärztinnen und Notärzten für den kommunalen Rettungsdienst der Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin schrieb den Abschluss eines Vertrages zur Bereitstellung von Notärztinnen und Notärzten für den kommunalen Rettungsdienst für eine Laufzeit von vier Jahren im offenen Verfahren EU-weit aus, aufgeteilt in zwei Lose. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Die Angebotsabgabe kann für ein Los oder beide Lose erfolgen, jedoch kann jeder Bieter den Zuschlag nur für ein Los erhalten.

Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag auf Los 2 beschränkt.

Los 2 betrifft die Bereitstellung von Notärztinnen und Notärzten zur Besetzung eines Notarzt-Einsatzfahrzeugs, einschließlich Gestellung einer Oberärztin / eines Oberarztes Rettungsdienst und Sonderbedarf XXXX. Der Notarztendienst beinhaltet die Notarztstätigkeit vor Ort sowie Maßnahmen zum Erhalt / zur Wiederherstellung der Einsatzbereitschaft, insbesondere zwingend erforderliche Fahrten des Notarzt-Einsatzfahrzeugs zu Feuer- und Rettungswachen oder Werkstätten. Der notärztliche Leistungsumfang beträgt ca. 8.000 Dienst-Stunden / Jahr.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Leistungsbeschreibung zu Los 2 verwiesen und nur soweit es vorliegend darauf ankommt im Folgenden näher ausgeführt.

Mit ihrer Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vom 12.09.2016 übersandte die Antragsgegnerin auch die Vergabeunterlagen, insbesondere das betreffende Leistungsverzeichnis sowie den Entwurf einer Vereinbarung.

In dem Leistungsverzeichnis sind der Umfang und die Qualitätsanforderungen der notärztlichen Leistungen je Los beschrieben. Die Antragsgegnerin forderte hinsicht-



lich der zur Verfügung gestellten Notärztinnen und Notärzte insbesondere folgende Voraussetzungen:

Eine *"mindestens 24-monatige klinische Tätigkeit, (davon) 6 Monate Weiterbildung ganztägig in Intensivmedizin, Anästhesiologie oder in der Notfallaufnahme, deren Tätigkeitsspektrum zu grundlegenden Kenntnissen und Erfahrungen in der Erkennung und Behandlung von lebensbedrohlichen Zuständen befähigt - unter besonderer Berücksichtigung der Themen Differenzierte Katecholamintherapie, Atemwegsmanagement, Differenzierte Beatmungstherapie (invasiv und nicht-invasiv) sowie Notfall-Narkoseführung"*, eine *"laufende oder abgeschlossene Weiterbildung in einem Fach mit engem Bezug zur Intensiv- und Notfallmedizin (Innere Medizin, Chirurgie, Anästhesiologie, Allgemeinmedizin)"* sowie einen *"Fachkundenachweis "Arzt im Rettungsdienst" bzw. "Zusatzweiterbildung Notfallmedizin" einer Landesärztekammer"*.

Zudem forderte die Antragsgegnerin, dass die bzw. der zur Verfügung gestellte Oberärztin bzw. Oberarzt über eine *"abgeschlossene Weiterbildung in einem Fach mit engem Bezug zur Intensiv- und Notfallmedizin (Innere Medizin, Chirurgie, Anästhesiologie, Allgemeinmedizin)"* sowie über eine *"Zusatzweiterbildung Notfallmedizin einer Landesärztekammer"* verfügt.

In dem Vereinbarungsentwurf sind diese Voraussetzungen ebenfalls aufgenommen.

In der Folge forderte die Antragstellerin von der Antragsgegnerin mehrfach, auch die Facharztkompetenz "Orthopädie und Unfallchirurgie" zuzulassen. Auf die diesbezügliche Korrespondenz der Beteiligten im September 2016 wird verwiesen. Letztlich ergänzte die Antragsgegnerin ihre Leistungsbeschreibung, blieb aber dabei, dass die Facharztkompetenz "Orthopädie und Unfallchirurgie" ausgeschlossen bleibt.

Als Gründe nannte die Antragsgegnerin, dass zwar der *"FA Orthopädie und Unfallchirurgie" [...]* eine Facharztkompetenz (6.5) innerhalb des Gebietes Chirurgie (6)" darstelle. Jedoch brauche *"Der Rettungsdienst [...] aus Sicht des Aufgabenträgers notärztliche Allrounder, d.h. Notfallmediziner/innen, welche intensivmedizinisch umfangreich ausgebildet sind und insbesondere Störungen der Vitalfunktionen sicher nicht-invasiv und invasiv versorgen können - gerade bei internistischen, neurologischen und Vergiftungs-Notfällen, welche den Hauptanteil der Einsätze ausmachen. Höchste chirurgische Kompetenzen / Spezialisierungen, z.B. im Bereich der Herzchirurgie, der Kinderchirurgie oder der Plastischen und Ästhetischen Chirurgie, sind aus Sicht des Aufgabenträgers in der präklinischen Notfallmedizin ebenso von untergeordnetem Nutzen wie umfangreichste Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten der konservativen Behandlung und operativen Versorgung von Erkrankungen der Stütz- und Bewegungsorgane (Facharztkompetenz Orthopädie und Unfallchirurgie).*

*Die ärztlich-fachliche Konzentration auf Erkrankungen der Stütz- und Bewegungsorgane wird aus Sicht des Aufgabenträgers - auch und gerade aufgrund zahlreicher negativer Erfahrungen der vergangenen Jahre im Rettungsdienst der Stadt XXXX - den Bedürfnissen eines großstädtisch geprägten Rettungs- und Notarztdienstes nicht gerecht. Sog. „Chirurgische Notfälle" stellen im Notarztdienst der Stadt XXXX mit ca. 10% des Einsatzaufkommens lediglich eine Ausnahme dar; meist handelt es sich hierbei um geringfügige, nicht lebensgefährliche Verletzungen. Darüber hinaus verteilen sich die „Chirurgischen Notfälle“ auf gefäß-, thorax-, Unfall-, viszeral-, kinder-*



*und gynäkologisch-chirurgische Einsätze. Eine derart breit ausgerichtete notfallmedizinische Kompetenz sieht der Aufgabenträger im Gebiet Chirurgie innerhalb der Facharztkompetenz 6.1 Allgemeine Chirurgie. [...]*

*Im Bezug auf das Gebiet „Chirurgie“ entsprechen die Anforderungen der Ausschreibung vom 12.09.2016 insbesondere der Facharztkompetenz 6.1 FA Allgemeine Chirurgie. Die Facharztkompetenz „FA Orthopädie und Unfallchirurgie“ erfüllt die Qualitätsanforderungen der Ausschreibung vom 12.09.2016 für den Notarztdienst der Stadt XXXX nicht.“*

Diese Ergänzungen im Leistungsverzeichnis wurden wiederum für alle Bieter auf der Vergabepattform veröffentlicht.

Mit Schreiben vom 13.10.2016 rügte die Antragstellerin den festgelegten Ausschluss der Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie in beiden Losen. Dieser sei - insbesondere unter Berücksichtigung der in der Ausschreibung geforderten notärztlichen Qualifikationen - sachlich nicht gerechtfertigt. Mit Schreiben vom 19.10.2016 half die Antragsgegnerin der Rüge ausdrücklich nicht ab. Zur Begründung führte sie insbesondere an, dass *„der Ausschluss von Orthopäden sachlichen Erwägungen“* entspreche, *„wenn keine Fachärzte für die Erbringung der ärztlichen Notfalldienstleistungen zugelassen werden, die in ihrer täglichen Praxis nicht regelmäßig mit der Notwendigkeit und Vornahme invasiver und nicht invasiver lebenserhaltender Maßnahmen beschäftigt sind.“* Es sei insbesondere zu berücksichtigen, *„dass in der Praxis die Notfälle hauptsächlich aus dem internistischen und neurologischen Bereich kommen sowie Vergiftungs-Notfälle darstellen. Diese Gründe sind objektiv, auftragsbezogen und nicht willkürlich.“* Auch eine Diskriminierung finde nicht statt. So würden zum einen *„nicht nur Orthopäden, sondern auch viele andere Facharztqualifikationen (Augenärzte, Radiologen, Plastische Chirurgen usw.) ausgeschlossen.“* Letztlich käme hinzu, *„dass ein Anlass für die Beschränkung die negativen Erfahrungen sind, die der städtische Rettungsdienst beim Einsatz von Orthopäden gemacht hat.“*

Die Antragstellerin legte der Antragsgegnerin sodann am 24.10.2016 ein Angebot für das Los 2 vor und teilte im Begleitschreiben zum Angebot folgendes mit: *„Unser Angebot steht unter folgenden Vorbehalten: • Die Facharztkompetenz „FA Orthopädie und Unfallchirurgie“ wird formell anerkannt als die Facharztgruppe, die die Qualitätsanforderung der Ausschreibung vom 12.09.2016 für den Notarztdienst der Stadt XXXX erfüllt. • Der § 2 Abs. 5 der „Vereinbarung über die Bereitstellung von Notärztinnen und Notärzten für den kommunalen Rettungsdienst des Auftraggebers“ ist dahingehend zu erweitern, dass der Auftraggeber vor den in diesem Abs. genannten Entscheidungen ein Fachgremium (der ÄLRD und zusätzlich jeweils ein Leitender Notarzt oder Chefarzt der Auftragnehmer) konsultiert. Der Auftraggeber wird durch dieses Fachgremium nicht in seiner grundsätzlichen Entscheidungsbefugnis eingeschränkt. Es dient einer qualitätsorientierten Kommunikation und der Sachlichkeit der Entscheidungsfindung, die für Einzelne Notärztinnen und Notärzte und für den Auftragnehmer gegebenenfalls mit jeweils weitreichenden Konsequenzen verbunden ist.“*

Ebenfalls am 24.10.2016 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt, mit dem sie ihr Vorbringen weiterverfolgt.



Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass sie -entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin- sehr wohl antragsbefugt sei. Insbesondere sei unerheblich, dass sie in ihrem Begleitschreiben zum Angebot für das Los 2 Ausführungen getätigt und diese als "Vorbehalte" bezeichnet habe.

Die benannten "Vorbehalte" beinhalteten auch keine Änderungen der Vertragsunterlagen. Sie stellten keine Bedingungen im Rechtssinne dar, sondern seien vielmehr in dem Kontext der bereits zuvor erhobenen Rüge zu verstehen. Die Ausklammerung des gerügten Vergabefehlers sei notwendig gewesen, um überhaupt eine Angebotskalkulation vornehmen zu können. Beide "Vorbehalte" dienten lediglich als Hinweis darauf, dass der unrechtmäßige Ausschluss der Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie bei Angebotsabgabe nicht berücksichtigt worden sei bzw. hätte werden können. Dies gelte auch für das benannte Fachgremium, da dieses willkürliche Ausschlüsse allein durch die Auftraggeberin verhindern solle.

Selbst wenn die "Vorbehalte" eine Änderung der Vertragsbedingungen darstellten, so führte dies nicht zur Notwendigkeit des Ausschlusses des Angebots der Antragstellerin. Der mit der Änderung im Leistungsverzeichnis erfolgte Ausschluss der Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie sowie auch die Regelung des § 2 Abs. 5 der "vereinbarung über die Bereitstellung von Notärztinnen und Notärzten für den kommunalen Rettungsdienst des Auftraggebers" seien unwirksam und erfüllten damit bereits nicht den Tatbestand des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV. Der Nachprüfungsantrag sei daher insgesamt zulässig.

Die Antragstellerin ist weiter der Auffassung, dass die Änderungen im Leistungsverzeichnis und der daraus folgende Ausschluss der Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie, insbesondere mit der Zusatz-Weiterbildung "Notfallmedizin" nicht vom Leistungsbestimmungsrecht der Antragsgegnerin umfasst und damit vergaberechtswidrig sei, da dieser rein willkürlich erfolgt sei. Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie seien durchaus geeignet, die Tätigkeit im Notarzdienst adäquat auszuüben. Auch verfügten diese über eine breit ausgerichtete notfallmedizinische Kompetenz, wenn sie - wie in der Ausschreibung der Antragsgegnerin gefordert - notärztliche Qualifikationen (Fachkunde Rettungsdienst bzw. Zusatzbezeichnung Notfallmedizin) erworben hätten.

Dies ergebe sich bereits aus der Weiterbildungsordnung der Ärztekammer Westfalen-Lippe bzw. der (Muster-)Weiterbildungsordnung der Bundesärztekammer. Diese enthalte in Abschnitt C Regelungen betreffend sog. Zusatz-Weiterbildungen. Auch betreffend die Zusatz-Weiterbildung "Notfallmedizin" seien in der Weiterbildungsordnung Mindestanforderungen niedergelegt. Demnach umfasse die Zusatz-Weiterbildung "Notfallmedizin" die "Erkennung drohender oder eingetretener Notfallsituationen und die Behandlung von Notfällen sowie die Wiederherstellung und Aufrechterhaltung akut bedrohter Vitalfunktionen". Als Weiterbildungsziel sei gerade die Erlangung dieser Kompetenzen formuliert. Die Weiterbildungszeit betrage sechs Monate Weiterbildung in Intensivmedizin, Anästhesiologie oder in der Notfallaufnahme, 80 Stunden Weiterbildung in allgemeiner und spezieller Notfallbehandlung sowie 50 Einsätze im Notarztwagen oder Rettungshubschrauber unter Anleitung eines verantwortlichen Notarztes.



Die Zusatz-Weiterbildung umfasse namentlich den Erwerb von Kenntnissen, Erfahrungen und Fertigkeiten in den rechtlichen und organisatorischen Grundlagen des Rettungsdienstes, der Erkennung und Behandlung akuter Störungen der Vitalfunktionen einschließlich der dazu erforderlichen instrumentellen und apparativen Techniken wie endotracheale Intubation, manuelle und maschinelle Beatmung, kardiopulmonale Wiederbelebung, Punktions- und Katheterisierungstechniken einschließlich Anlage zentralvenöser Zugänge und Thoraxdrainage, der Notfallmedikation einschließlich Analgesierungs- und Sedierungsverfahren, der sachgerechten Lagerung von Notfallpatienten, der Herstellung der Transportfähigkeit, den Besonderheiten beim Massenanfall Verletzter und Erkrankter einschließlich Sichtung.

Mithin werde auch der Facharzt für "Orthopädie und Unfallchirurgie" mit der Zusatz-Weiterbildung "Notfallmedizin" aufgrund der umfassenden Ausbildung den Bedürfnissen eines großstädtisch geprägten Rettungs- und Notarztdienstes gerecht. Seine fachlich-ärztliche Kompetenz konzentriere sich demnach nicht lediglich auf Erkrankungen der Stütz- und Bewegungsorgane. So werde es vielerorts auch gehandhabt. Die für den Notdienst erforderlichen Qualifikationen würden daher jedenfalls mit der Zusatz-Weiterbildung "Notfallmedizin" erworben.

Wenn die Antragsgegnerin ausführe, dass der Ausschluss von Fachärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie mit der Zusatzweiterbildung Notfallmedizin allein dem Wohl der Notfallpatienten sowie der Sicherheit und Qualität des notärztlichen Rettungsdienstes diene, sei dem entgegenzutreten.

Die Antragsgegnerin führe aus, dass die Beschränkung auf bestimmte Facharztqualifikationen aufgrund des fachlich erforderlichen engen Bezugs zur Intensiv- und Notfallmedizin erfolgt sei. Die Zusatzweiterbildung Notfallmedizin vermittele lediglich formale Kenntnisse, welche zur Absolvierung des Notdienstes nicht ausreichen würden. Diese Behauptungen ließen sich indes weder auf die Aus- bzw. Weiterbildungsinhalte, noch auf die tatsächliche Praxis stützen, so die Antragstellerin.

Die Antragsgegnerin verkenne, dass ein "Facharzt für Notfallmedizin" nicht existiere und die Voraussetzungen für die Beteiligung am Notarztdienst gerade durch die Zusatzweiterbildung "Notfallmedizin" bzw. den Fachkundenachweis "Arzt im Rettungsdienst" vermittelt würden. Wenn die Antragsgegnerin ausführe, Allgemeinchirurgen besäßen einen engeren Bezug zur Intensiv- und Notfallmedizin als Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie, so sei dies nicht mit den – allein maßgeblichen – Weiterbildungsinhalten in Einklang zu bringen.

Betreffend die Ausbildungsinhalte des Facharztes für Allgemeinchirurgie und des Facharztes für Orthopädie und Unfallchirurgie ergäben sich hinsichtlich der Befähigung zur Ableistung des Notdienstes keine Unterschiede. Nach den Vorgaben der (Muster-)Weiterbildungsordnung (Abschnitt B) müssten sowohl der Facharzt für Allgemeinchirurgie als auch der Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie 24 Monate Basisweiterbildung auf dem Gebiet der Chirurgie absolvieren. Die diesbezüglichen Weiterbildungsinhalte seien identisch.

Die Basisweiterbildung Chirurgie umfasse nach der (Muster-)Weiterbildungsordnung "6 Monate Notfallaufnahme, 6 Monate Intensivmedizin in der Chirurgie oder einem anderen Gebiet, die auch während der spezialisierten Facharztweiterbildung abge-



leistet werden können, 12 Monate Chirurgie, davon können 6 Monate im ambulanten Bereich abgeleistet werden". Weiterbildungsinhalt auf dem Gebiet der Chirurgie im Rahmen der Basisweiterbildung sei nach der (Muster-)Weiterbildungsordnung u. a. der "Erwerb von Kenntnissen, Erfahrungen und Fertigkeiten in der Erkennung und Behandlung akuter Notfälle einschließlich lebensrettender Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Vitalfunktionen und Wiederbelebung einschließlich der Grundlage der Beatmungstechnik und intensivmedizinischer Basismaßnahmen".

Die anschließende Weiterbildung zum Allgemeinchirurgen unterscheide sich inhaltlich zwar von derjenigen des Orthopäden bzw. Unfallchirurgen, jedoch nicht betreffend den Erwerb von Kenntnissen in der Notfallmedizin. Diese Kenntnisse seien nämlich bereits durch die zuvor beschriebene Basisweiterbildung abgedeckt. Die Weiterbildungsinhalte unterschieden sich damit im Hinblick auf notärztliche Kompetenzen nicht. Notärztliche Ausbildung sowie die diesbezügliche klinische Routine seien mithin nahezu identisch.

Wenn die Antragsgegnerin ausführe, dass die im Rahmen der Zusatzweiterbildung "Notfallmedizin" absolvierten Rettungswageneinsätze zu gering seien, so entbehre dies jeder Grundlage, denn auch ein Allgemeinchirurg leiste im Rahmen der Weiterbildung bzw. Zusatzweiterbildung keine höhere Anzahl an Rettungswageneinsätzen ab. Wie die Antragsgegnerin daher zu der Schlussfolgerung komme, dass ein Allgemeinchirurg betreffend die Notfallmedizin "besser" ausgebildet sei als ein Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie bzw. hierin mehr Routine hätte, sei fraglich und jedenfalls nicht mit den Weiterbildungsinhalten in Einklang zu bringen. Im Übrigen unterschieden sich auch die Weiterbildungsinhalte in den Facharztkompetenzen "Innere Medizin", "Anästhesiologie" und "Allgemeinmedizin" betreffend die Erkennung und Behandlung von Notfällen, insbesondere betreffend etwaige Einsätze auf dem Rettungswagen, im Wesentlichen nicht von denjenigen der Basisweiterbildung "Chirurgie".

Im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens könne betreffend die Beurteilung des fachlichen Bezugs zur Intensiv- und Notfallmedizin lediglich auf diese formalen Ausbildungsinhalte abgestellt werden. Eine Einzelfallbetrachtung sei hier weder möglich, noch werde sie von der Antragsgegnerin angestellt.

Schließlich sei die Behauptung der Antragsgegnerin, die benannten "Facharztgebiete" seien im Umgang mit invasiven und nicht invasiven lebensrettenden Maßnahmen routinierter als Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie, lediglich spekulativ erfolgt und nicht mit der Praxis in Einklang zu bringen. Bei einem Vergleich der internistischen Tätigkeit im Krankenhaus mit derjenigen eines Orthopäden und Unfallchirurgen im Krankenhaus seien in Bezug auf lebensrettende ad hoc Situationen keine generellen Unterschiede zu verzeichnen. In beiden Facharzt Disziplinen käme es im klinischen Alltag zu Situationen, welche im Rahmen der Tätigkeit als Notarzt eine Rolle spielten, ohne dass ein generelles Überwiegen zugunsten einer Disziplin festgestellt werden könne. Die diesbezüglichen Ausführungen der Antragsgegnerin seien lediglich Vermutungen, welche weder allgemeingültig noch nachweisbar und daher im Rahmen des Vergabeverfahrens unzulässig seien. Zudem stellten in der näheren Umgebung auch rein orthopädisch-unfallchirurgische Kliniken den Notarzt dienst sicher.



Die Antragstellerin trägt weiter vor, es sei zutreffend, dass es in der Vergangenheit Beanstandungen gegeben habe. Es könne jedoch nicht konkret ermittelt werden, dass sich solche Beanstandungen nur auf Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie bezogen hätten, es könnten vielmehr auch andere Facharztgruppen betroffen gewesen sein.

Der Ausschluss von Fachärzten für "Orthopädie und Unfallchirurgie" sei mithin unter keinem rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt gerechtfertigt und als reine Willkür einzustufen. Hierdurch sei die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Zuschlag für Los 2 nur unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin und Einbeziehung von Fachärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie, insbesondere mit der Zusatz-Weiterbildung "Notfallmedizin" zu erteilen.
2. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären,
3. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin der Antragstellerin aufzuerlegen.

Sie ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig mangels Antragsbefugnis der Antragstellerin. Mit Blick auf Los 2 sei es zwar richtig, dass die Antragstellerin mit ihren Bieterfragen, ihrer Rüge und der Abgabe ihres Angebots ihr Interesse an der Ausschreibung hinreichend deutlich gemacht habe. Entgegen ihrer Behauptung drohe ihr aus dem Ausschluss der Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie jedoch kein Schaden. Denn die Antragstellerin habe ihr Angebot unter zwei Vorbehalten abgegeben: Zum einen der Einbeziehung der Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie sowie zum anderen eine Änderung des von der Antragsgegnerin mit den Vergabeunterlagen bereitgestellten Vertrags. Bei beiden erklärten Vorbehalten handele es sich um Änderungen an den Vergabeunterlagen, die in einem offenen Verfahren nicht zulässig seien und deshalb einen zwingenden Ausschlussgrund nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV darstellten. Mit den beiden Vorbehalten weiche die Antragstel-





lerin zum einen von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung ab, die gerade keine Zulassung von Fachärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie vorsehe. Zum anderen ändere sie die für den Auftrag geltenden Vertragsbedingungen.

Darüber hinaus drohe der Antragstellerin kein Schaden aus dem Ausschluss der Fachärzte für Orthopädie. Sie verfüge über ausreichend wie von der Antragsgegnerin gefordertes, qualifiziertes Personal, so dass sie ohne weiteres in der Lage gewesen sei, ein der Leistungsbeschreibung entsprechendes Angebot abzugeben.

Hilfsweise trägt die Antragsgegnerin vor, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin auch unbegründet sei. Er sei selbst dann zurückzuweisen, wenn seine Zulässigkeit unterstellt würde, denn der Ausschluss der Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie erfolge aus objektiv bestehenden fachlichen Gründen und ziele nicht darauf ab, die Antragstellerin zu diskriminieren.

Der Grund für die bewusste Beschränkung auf die konkret benannten vier Facharztqualifikationen "Innere Medizin", "Chirurgie", "Anästhesiologie" oder "Allgemeinmedizin" liege in dem fachlich erforderlichen engen Bezug zur Intensiv- und Notfallmedizin. Damit wolle die Antragsgegnerin sicherstellen, dass im Notdienst nur solche Ärzte eingesetzt würden, die mit invasiven und nicht invasiven lebensrettenden Maßnahmen aus ihrer täglichen Praxis besonders erfahren und routiniert seien. Dem lägen äußerst praxisrelevante Überlegungen zu Grunde. Bei der Erbringung von Rettungsdienstleistungen handelten die Notärzte unter erschwerten äußeren Bedingungen und ohne ärztliche Rückfallebene, wie sie üblicherweise innerhalb von Krankenhäusern vorhanden sei. Somit stünden die ausführenden Ärzte unter herausragenden Anforderungen und erheblichem Leistungsdruck. Sie müssten innerhalb kürzester Zeit die Gefährdungslage und den gesundheitlichen Zustand der zu rettenden Person erfassen. Sie müssten sodann sofort entscheiden, welche Maßnahmen in dem konkreten Fall die besten Maßnahmen zum Wohle des Patienten seien und müssten diese auch sofort fachgerecht, sicher und routiniert einleiten.

Wie im Notfalldienst zu handeln sei, könne zwar rein formal über die zusätzliche Fachkunde Rettungsdienst bzw. Weiterbildung Notfallmedizin, auf die sich die Antragstellerin beriefe, erlernt werden. Die darin umfassten Einsätze auf Rettungswagen reichten jedoch nicht aus, alle erforderlichen notfallmedizinischen Maßnahmen (einschließlich möglicher Nebenwirkungen und Komplikationen) zu erlernen und zu beherrschen sowie die für erforderlich gehaltene Sicherheit im Rettungsdienst tatsächlich zu gewährleisten. Dies schon deshalb, weil es sich bei der geringen Anzahl der Fälle, die für den Erhalt dieser zusätzlichen Weiterbildung notwendig seien, schon statistisch nicht möglich sei, Routine im Umgang mit lebensbedrohenden Situationen zu entwickeln.

Die Antragsgegnerin habe sich deshalb bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung ganz bewusst und ausschließlich im Interesse des Lebens und der Gesundheit der Notfallpatienten für die Beschränkung auf die genannten vier Facharztgruppen entschieden. Dabei habe sie außerdem berücksichtigt, welche Notfälle erfahrungsgemäß den Hauptanteil der zu erbringenden Leistungen ausmachten. Das seien internistische, neurologische und Vergiftungs-Notfälle. Daneben beruhe diese Entscheidung der Antragsgegnerin auf Ihrer langjährigen Marktkenntnis, die gezeigt ha-



be, dass andere als die vier ausgewählten Facharztgruppen nicht die erforderliche Sicherheit im Umgang mit den genannten Notfällen gewährleisten. Aus diesem Grunde erfolge ein Einsatz dieser anderen Facharztgruppen in der Praxis auch generell eher selten.

Diese Beschränkung sei somit vom Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers umfasst und die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers eingehalten.

Es lägen sachliche, objektive, auftragsbezogene und nicht willkürliche Kriterien tatsächlich vor. Der Ausschluss von Orthopäden mit der Weiterbildung "Notfallmedizin" richte sich nicht gegen diese Weiterbildungsmaßnahme, die rein formal die Voraussetzungen für die Erbringung von notärztlichen Leistungen erfülle. Vielmehr sollten keine Fachärzte für die Erbringung der ärztlichen Notfalldienstleistungen zugelassen werden, die in ihrer täglichen Praxis nicht regelmäßig mit der Notwendigkeit der Vornahme invasiver und nicht invasiver lebenserhaltender Maßnahmen beschäftigt seien und die aus diesem Grunde nicht die notwendigen Kenntnisse, Fertigkeiten und Routine mitbrächten, die bei einem Notfall besonders wichtig seien. Diese Maßnahmen müssten aber bei den hauptsächlich im Rettungsdienst zu erbringenden Leistungen (Behandlung internistischer, neurologischer und von Vergiftungs-Notfällen) schnell, sicher, präzise und ohne ärztliche Rückfallebene erbracht werden. Dies sei von Ärzten, die in ihrem Tagesgeschäft vollkommen andere, nicht lebensbedrohliche Krankheiten behandelten, nicht zu erwarten. Im Ergebnis wiege hier das Leben der Notfallpatienten schwerer als etwaige Beeinträchtigungen des Berufsrechts einzelner Facharztgruppen.

Die Antragsgegnerin führt weiter aus, dass es in den letzten Jahren erhebliche Probleme im Notarzdienst mit den zur Verfügung gestellten Fachärzten für Orthopädie und Unfallchirurgie gegeben habe. Man habe seit etwa 2009 die Erfahrung gemacht, dass ca. 11 Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie aus dem Notarzdienst hätten herausgenommen werden müssen, weil es zu erheblichen Beanstandungen im Hinblick auf Gefahren für Leib und Leben gekommen sei. Deshalb könne man es nicht weiter vertreten, diese Fachärzte vor Ort einzusetzen. Vor diesem Hintergrund habe man sich ganz gezielt darauf konzentriert, die Leistungsbeschreibung so zu gestalten, dass eben keine Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie mehr zum Einsatz kommen sollten.

Die Antragstellerin werde durch den Ausschluss der Fachärzte für Orthopädie auch nicht diskriminiert. Zum einen verfüge sie über so viele Ärzte, die die gesuchte fachärztliche Qualifikation aufwiesen, dass sie im Stande sei, die Leistung zu erbringen. Schon insoweit richte sich die Beschränkung nicht gegen sie. Zum anderen würden nicht nur Fachärzte für Orthopädie, sondern auch viele andere Facharztqualifikationen ausgeschlossen. Auch in der geforderten fachlichen Qualifikation liege daher keine willkürliche Diskriminierung der Antragstellerin. Zudem gelte diese Beschränkung für alle Bieter. Die Antragsgegnerin habe diese Beschränkung eindeutig gegenüber allen Bietern kommuniziert. Sie würde die Leistungserbringung durch Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie auch von keinem anderen Bieter akzeptieren. Die Antragstellerin werde also auch nicht gezielt persönlich diskriminiert und



vom Verfahren ausgegrenzt. Vielmehr gölten die Beschränkungen generell und seien durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 167 Abs. 1 GWB bis zum 09.12.2016 verlängert. Am 23.11.2016 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Der zulässige Antrag auf Nachprüfung ist unbegründet.

1. Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus § 156 Abs. 1 GWB und § 2 Abs. 2 ZustVO NpV NRW. Die Vergabestelle hat ihren Sitz in XXXX und damit im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Westfalen. Der geschätzte Auftragswert liegt hinsichtlich Los 2 bei ca. 2,5 Mio. € für die gesamte Vertragslaufzeit und damit oberhalb des für Dienstleistungen erforderlichen Schwellenwertes von 209.000 €

2. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

2.1. Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, § 160 Abs. 2 S. 1 GWB.

2.1.1. Das Interesse am Auftrag ist weit auszulegen und vorliegend gegeben. Es liegt in der Regel vor, wenn der Bieter vor Stellung des Nachprüfungsantrages am Vergabeverfahren durch Abgabe eines eigenen Angebotes teilgenommen und einen Vergabeverstoß ordnungsgemäß gerügt hat (vgl. *Müller-Wrede*, GWB, § 160 Rn. 18 m. w. N.). Hier hat die Antragstellerin vor Stellung des Nachprüfungsantrages sowohl durch ihr Angebot zu Los 2, als auch durch die Rüge ihr Interesse am Auftrag hinreichend deutlich gemacht.

2.1.2. Eine Verletzung in ihren Rechten macht die Antragstellerin insbesondere dahingehend geltend, dass der Ausschluss der Facharztkompetenz "Orthopädie und Unfallchirurgie" willkürlich erfolgt und damit vergaberechtswidrig sei.

2.1.3. Nach § 160 Abs. 2 S. 2 GWB ist ferner darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Diese Voraussetzung liegt ebenfalls vor.

Der in dieser Vorschrift verwendete Schadensbegriff muss unter dem Gesichtspunkt des EU-Primärrechtsschutzes betrachtet und ausgelegt werden. Entscheidend für das Vorliegen einer Antragsbefugnis und damit für die Gewährung von Rechtsschutz ist mithin die Eignung der gerügten Vergaberechtsverstöße, eine solche Chancenbeeinträchtigung begründen zu können. Nicht erforderlich hingegen ist, dass der An-



tragsteller im Sinne einer darzulegenden Kausalität nachweisen kann, dass er bei korrekter Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag erhalten hätte.

An die Tatbestandsmerkmale des Satzes 2 von § 160 Abs. 2 GWB sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen, sondern es reicht aus, dass ein Schadenseintritt nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. Deshalb würde der Antrag am Tatbestandsmerkmal des drohenden Schadens nur scheitern, wenn ein Bieter einen Nachprüfungsantrag anbringt, dessen Angebot auch bei einem ordnungsgemäß durchgeführten Vergabeverfahren keinerlei Aussicht auf Berücksichtigung und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte (vgl. *Müller-Wrede*, GWB, § 160 Rn. 29 m. w. N.).

Ergäbe sich in der Prüfung, dass der von der Antragstellerin angegriffene Ausschluss des "FA Orthopädie und Unfallchirurgie" vergaberechtlich unzulässig ist, wäre eine Beeinträchtigung der Chancen der Antragstellerin auf den Zuschlag nicht von vornherein auszuschließen. Die Antragstellerin greift konkret die Vorgaben in der Leistungsbeschreibung und im Vereinbarungsentwurf an. Wäre dieses Vorbringen zutreffend, müsste die Ausschreibung -bei Fortbestand der Vergabeabsicht- weitestgehend zurück versetzt werden. Die Antragsgegnerin hätte dann die Vergabeunterlagen entsprechend zu überarbeiten und allen Bietern erneut die Gelegenheit zur Abgabe von Angeboten zu geben. Damit hätte auch die Antragstellerin reelle Chancen auf Erhalt des Zuschlags, weil sie ein neues Angebot ohne entsprechende Vorbehalte einreichen könnte.

Die Antragstellerin ist infolgedessen antragsbefugt.

2.2. Die Antragstellerin ist ihrer Rügeobliegenheit gegenüber der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 13.10.2016 nachgekommen.

3. Der Nachprüfungsantrag ist aber unbegründet.

Die Antragsgegnerin hat vorliegend nicht gegen Vergaberecht verstoßen und die Antragstellerin ist deshalb nicht in ihren Rechten verletzt.

Allgemein ist ein Nachprüfungsantrag begründet, soweit ein öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags gegen vergaberechtliche Bestimmungen verstößt und den Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt, vgl. §§ 97 Abs. 6, 168 Abs. 1 GWB.

3.1. Vergaberechtsverstoß

Gemäß § 97 Abs. 6 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden.

Die von der Antragstellerin angegriffenen Ergänzungen in der Leistungsbeschreibung und im Vereinbarungsentwurf sowie der daraus folgende Ausschluss der Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie sind sachlich gerechtfertigt und damit nicht willkürlich erfolgt. Sie sind vom Leistungsbestimmungsrecht der Antragsgegnerin umfasst und verstoßen nicht gegen vergaberechtliche Bestimmungen.



### 3.1.1. Leistungsbestimmungsrecht

(1) Einer speziellen vergaberechtlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf die Bestimmung des Auftragsgegenstands durch den öffentlichen Auftraggeber nicht. Sie ergibt sich aus der Vertragsfreiheit. Die Bestimmungsfreiheit unterliegt aber vergaberechtlichen Grenzen und der Auftraggeber darf beispielsweise nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren verweisen, wenn dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist oder bestimmte Unternehmen oder Produkte dadurch ausgeschlossen oder begünstigt werden. Der öffentliche Auftraggeber darf den ausgeschriebenen Auftrag auf die Lieferung der Produkte eines Herstellers beschränken, wenn die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2016 - Verg 47/15).

(2) Entschließt sich der öffentliche Auftraggeber zur Beschaffung, ist er frei in seiner Entscheidung, welchen Auftragsgegenstand er für erforderlich oder wünschenswert hält. Hat er sich – vor der Ausschreibung – festgelegt, so ist diese Festlegung in der Leistungsbeschreibung zu übernehmen und unterliegt dann erstmals der Überprüfung. Vergaberechtlich zulässig ist die Festlegung, wenn sach- und auftragsbezogene Gründe dies rechtfertigen und diese Erwägungen der Vergabestelle erkennbar sind. Führt eine an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zur Festlegung auf ein bestimmtes Erzeugnis oder zur Wahl einer bestimmten Technologie, ist die damit verbundene Beschränkung oder Einengung des Wettbewerbs als Folge des Bestimmungsrechts des Auftraggebers grundsätzlich hinzunehmen. Durch das Erfordernis der sachlichen Auftragsbezogenheit wird im Sinne einer Negativabgrenzung sichergestellt, dass der Auswahl- und Beschaffungsentscheidung des Auftraggebers nicht sachfremde, willkürliche oder diskriminierende Erwägungen zugrunde liegen. Eine weitergehende Überprüfung insbesondere auf sachliche Richtigkeit oder Nachvollziehbarkeit der vom Auftraggeber genannten Gründe hätte dagegen zur Folge, dass im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren – gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe – ermittelt würde, ob alternative Anforderungen seinem Beschaffungsziel genauso oder besser entsprechen und er gegebenenfalls verpflichtet würde, eine Leistung mit anderen als den von ihm festgelegten Merkmalen und Eigenschaften zu beschaffen. Dieses wäre mit dem Bestimmungsrecht des Auftraggebers unvereinbar (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.).

(3) Vorliegend hat sich die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer Beschaffungsentscheidung festgelegt, die Facharztkompetenz "Orthopädie und Unfallchirurgie" als nicht ausreichend anzusehen. Sie erläutert ihre Gründe für den Ausschluss der Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie, nach vorheriger Korrespondenz mit der Antragstellerin, ausführlich in den Ergänzungen der Leistungsbeschreibung. Die Antragstellerin beruft sich insbesondere darauf, dass im Hinblick auf die nach ihren eigenen Erfahrungen häufig auftretenden Notfälle vor allem notärztliche Allrounder mit einer entsprechend umfangreichen Ausbildung und einschlägigen praktischen Erfahrungen notwendig seien. Die Facharztkompetenz "Orthopädie und Unfallchirurgie" erfülle



den hohen Qualitätsanspruch nach eigener Erfahrung der Antragsgegnerin gerade nicht.

(4) Auf die übereinstimmende Erklärung der Beteiligten, dass auch Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie mit der entsprechenden Weiterbildung grundsätzlich die Befähigung für den Notarzdienst besäßen, kommt es der Antragsgegnerin hingegen nicht an. Die Antragsgegnerin hat vielmehr zusätzlich gefordert, dass Ärzte für den Notfalldienst eingesetzt werden sollen, die aufgrund ihrer klinischen Erfahrungen häufiger mit lebensbedrohlichen Situationen in den Krankenhäusern zu tun hatten und deshalb in der konkreten Notfallsituation sicherer und risikoloser handeln könnten. Denn die Notfallsituation erfordere, dass die Ärzte ihr "Können" dann zum Vorteil des Betroffenen sicher anwenden. Sie geht davon aus, dass dies beispielsweise bei den Allgemeinmedizinern oder den Chirurgen der Fall ist. Demgegenüber mutmaßt die Antragsgegnerin, dass dies bei den Orthopäden im klinischen Alltag nicht so häufig vorkommt. Bestätigt sieht sie ihre Auffassung dadurch, dass ihre Erfahrungen aus den letzten 10 Jahren genau dies widerspiegeln würden. Sie könne etliche Schadensfälle nennen, in denen Orthopäden eingesetzt wurden und die Notfallbehandlung nicht ausreichend gewesen sei. Sie habe sogar bewusst einige Orthopäden in der Vergangenheit aus dem Notfalldienst herausgenommen, weil sie weitere Schadensfälle befürchtet habe. Das sei im Übrigen der Antragstellerin auch bekannt, weil es darüber entsprechende Korrespondenz gebe. Die Antragsgegnerin hat sich deshalb entschieden, einen höheren Qualitätsmaßstab anzusetzen und die rein formale Qualifikation, die jeder Facharzt mit der Zusatzweiterbildung Notfallmedizin erwerbe, als nicht ausreichend angesehen. Diese Auffassung der Antragsgegnerin ist nachvollziehbar, basiert auf eigenen - unwidersprochenen - Erfahrungen und kann somit als sachlich nachvollziehbar akzeptiert werden. Willkür wäre hingegen anzunehmen, wenn es für die "Herausnahme" der Orthopäden keinerlei Anhaltspunkte gebe. Genau das ist hier aber nicht der Fall.

Die Antragsgegnerin ist auch nicht verpflichtet, die "Zusatzqualifikation" als solche anzuerkennen. Der öffentliche Auftraggeber darf auch über gesetzliche Vorgaben hinaus gehende Anforderungen stellen, soweit er dies für erforderlich hält und eine nachvollziehbare Begründung dafür liefert.

(5) Die Kammer ist hingegen nicht verpflichtet zu prüfen, ob die von beiden Beteiligten übereinstimmend genannten Beanstandungen in der Vergangenheit, welche nach den Ausführungen der Antragsgegnerin überwiegend Fachärzte für Orthopädie und Unfallchirurgie betroffen hätten, tatsächlich so stattgefunden haben. Es reicht, dass die als Gründe für den Ausschluss vorgetragenen Erfahrungen der Antragsgegnerin objektiv nachvollziehbar sind. Eine diesbezügliche Beweisaufnahme durch die Kammer erfolgt nicht. Denn eine weitergehende Überprüfung der Entscheidung der Antragsgegnerin auf sachliche Richtigkeit kommt im Hinblick auf die oben zitierte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf nicht in Betracht.

(6) Schließlich ist unschädlich, dass die Antragsgegnerin die Leistungsbeschreibung erst im Laufe des Vergabeverfahrens ergänzt hat, da es sich inhaltlich um eine bloße Klarstellung des Auftragsgegenstands handelt. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin diese ergänzende Klarstellung allen Bietern über die Vergabeplattform ordnungsgemäß bekanntgegeben.



(7) Die Antragsgegnerin hat somit umfassend dargelegt und begründet, warum sie die Facharztqualifikation "Orthopädie und Unfallchirurgie" für nicht ausreichend hält und deshalb nicht mit in die Leistungsbeschreibung aufgenommen hat. Die von der Antragsgegnerin vorgetragenen Gründe sind sach- und auftragsbezogen, nachvollziehbar und somit liegen der Auswahl- und Beschaffungsentscheidung der Antragsgegnerin keine sachfremden, willkürlichen oder diskriminierenden Erwägungen zugrunde.

### 3.1.2. Änderung an den Vergabeunterlagen

Schließlich liegt in den von der Antragstellerin selbst hinzugefügten Vorbehalten im Begleitschreiben, als Teil des eingereichten Angebots zu Los 2, eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen im Sinne von § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV. Damit ist das Angebot zwingend von der Wertung auszuschließen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin stellen diese Vorbehalte aus Sicht der Kammer aufschiebende Bedingungen im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB dar. Das Angebot der Antragstellerin soll nach dem Wortlaut des Begleitschreibens und nach Verständnis eines objektiven Dritten erst dann Wirksamkeit entfalten, sofern kumulativ (1) die Facharztkompetenz "Orthopädie und Unfallchirurgie" ebenfalls zugelassen wird und (2) dass die Antragsgegnerin akzeptiert, vor den in § 2 Abs. 5 der "Vereinbarung über die Bereitstellung von Notärztinnen und Notärzten für den kommunalen Rettungsdienst des Auftraggebers" genannten Entscheidungen ein Fachgremium (der ÄLRD und zusätzlich jeweils ein Leitender Notarzt oder Chefarzt der Auftragnehmer) zu konsultieren.

Ganz allgemein gilt, dass ein Angebot dem Auftraggeber so einzureichen ist, dass der Zuschlag auf das Angebot unmittelbar erteilt werden kann. Dies ergibt sich aus dem vertragsrechtlichen Erfordernis, dass zwei korrespondierende Willenserklärungen im Hinblick auf den zu schließenden Vertrag vorliegen müssen, so dass der Vertrag durch ein einfaches "Ja" des Auftraggebers zustande kommen kann. Das Angebot muss genau der in den Vergabeunterlagen zum Ausdruck kommenden Nachfrage des öffentlichen Auftraggebers entsprechen (vgl. *Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß*, VgV, § 57 Rn. 50 m. w. N.). Das unter den genannten Vorbehalten abgegebene Angebot der Antragstellerin entspricht nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung, so dass der beabsichtigte Vertrag nicht durch ein einfaches "Ja" der Antragsgegnerin zustande kommen kann.

3.2. Die Antragsgegnerin hat die vergaberechtlichen Vorgaben beachtet. Eine Verletzung der Antragstellerin in subjektiven Rechten liegt nicht vor.

## III.

Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben (§ 182 Abs. 1 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen (§ 182 Abs. 3 GWB). Die Gebühr beträgt mindestens 2.500 Euro und soll den Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten (§ 182 Abs. 2 GWB).



Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. 2,5 Mio. Euro für die gesamte Vertragslaufzeit beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder XXXX Euro. Diese Gebühr ist der Antragstellerin aufzuerlegen.

Soweit ein Beteiligter im Nachprüfungsverfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Hier war die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Verteidigung wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die sofortige Beschwerde entscheidet ausschließlich das Oberlandesgericht Düsseldorf, Vergabesenat, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Gaidies