



Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Leitsatz

Die Bereichsausnahme des 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist auf qualifizierte Krankentransportfahrten nicht anwendbar.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von qualifizierten Krankentransportleistungen ohne gemeinschaftskonformes Ausschreibungsverfahren

VK 1- 51/16

der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx GmbH
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxx

Antragstellerin zu 1)

und

der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxx

Antragstellerin zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte

Rechtsanwalt
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxx
xxxxxxxxxxxx

gegen

die Stadt xxxx
xxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx
xxxxxxxxxxxxxxxx

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 10. Februar 2017 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Gaidies und der ehrenamtlichen Beisitzerin Reddemann

am **15. Februar 2017** beschlossen

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei Fortbestand ihrer Vergabeabsicht die Leistungen des qualifizierten Krankentransports mit Krankenwagen unter Beachtung des 4. Teils des GWB auszuschreiben.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxx € festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerinnen wird für notwendig erklärt.
4. Die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerinnen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung trägt die Antragsgegnerin.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt, die Vergabe von qualifizierten Krankentransportdienstleistungen ohne ein gemeinschaftsrechtskonformes Ausschreibungsverfahren unmittelbar an eine gemeinnützige Organisation zu vergeben. Die Antragstellerin zu 1) ist eine Gesellschaft im Konzernverbund der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx der Antragstellerin zu 2). Die Antragstellerinnen bemühen sich seit ca. 2010 verstärkt um den Markteintritt im Bereich der Rettungsdienst- und Krankentransportdienstleistungen in der Bundesrepublik Deutschland.

Die Antragsgegnerin beauftragte im Jahre 2011 das Deutsche Rote Kreuz Rettungsdienst Vest gGmbH mit der Durchführung der Leistungen. Dieser Vertrag läuft zum 1.3.2017 aus. Die Antragsgegnerin will diese Leistungen für weitere 5 Jahre vergeben. Diesbezüglich führt die Antragsgegnerin in ihrer Vergabeakte aus:

Im EU-Vergaberecht wird für die Vergabe bestimmter Rettungsdienstleistungen eine Bereichsausnahme vorgesehen. Hintergrund dieser Regelung ist der beabsichtigte Schutz der ehrenamtlichen Strukturen von anerkannten, gemeinnützigen Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen. Diese Organisationen sollen bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen vorrangig und direkt beauftragt werden können, um den Rettungsdienst als Teil des integrierten Bevölkerungsschutzes im Katastrophenfall flächendeckend sicherstellen zu können.

Dieser Zielsetzung will die Stadt xxxx auch im Rahmen der aktuellen Auswahlentscheidung Rechnung tragen. Insofern werden von der Stadt xxxx die im Kreis xxxxxxxxxxxxxxxx zurzeit bereits im Katastrophenschutz tätigen ehrenamtlichen Institutionen an dem Verfahren beteiligt.

Die Stadt xxxx folgt hier der von den kommunalen Spitzenverbänden vertretenen Auffassung, dass § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB anwendbar ist. Auf die Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens wird daher verzichtet.

Die Antragsgegnerin forderte deshalb lediglich die drei im Kreisgebiet tätigen gemeinnützigen Einrichtungen zur Vorlage von Angeboten auf.

In der Leistungsbeschreibung verfügte die Antragsgegnerin (auszugsweise) u.a.:

Der Einsatzbereich umfasst den gesamten Einsatz- und Ausrückbereich des Krankentransportdienstes der Feuerwehr xxxx sowie alle seitens der Leitstelle xxxxxxxxxxxxxxxx für diese Einsatzmittel disponierten Fahrten.

Der qualifizierte Krankentransport hat die Aufgabe, Kranken oder Verletzten oder sonstigen hilfsbedürftigen Personen, die nicht unter den Bereich der Notfallrettung fallen, fachgerecht

Hilfe zu leisten und sie unter Betreuung durch qualifiziertes Personal mit Krankenkraftwagen zu befördern.

Falls der Gesundheitszustand des Patienten vor oder während des Transportes rettungsdienstliche Maßnahmen erfordert, ist unverzüglich der Rettungsdienst der Stadt xxxx über die Einsatzzentrale der Stadt xxxx zu beauftragen.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, auf jegliche konkurrierende Tätigkeit auf dem Gebiet des qualifizierten Krankentransportes gemäß RettG NRW im Bereich der Stadt xxxx zu verzichten.

Die Antragsgegnerin verfügte auch bestimmte Anforderungen hinsichtlich der technischen Ausstattung des KTW und verlangte, dass mindestens zwei fachlich geeignete Personen, und zwar ein Rettungssanitäter und als Fahrer ein Rettungshelfer, für den Krankentransport eingesetzt werden. Die Einsatzzeiten unterteilte die Antragsgegnerin in Lose. Für das Los 1 sind 24 Stunden vorgesehen, für die anderen Lose 8 bzw. 12 Stunden.

Die Antragsgegnerin erhielt von den drei von ihr aufgeforderten Einrichtungen im Dezember 2016 auch drei Angebote, wobei der Auftragswert sich auf ca. 5,9 Mio. € für den gesamten Auftragszeitraum beläuft. Die Antragsgegnerin hat die Wertung der Angebote aber aufgrund des anhängigen Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt, so dass von einer Beiladung abgesehen wurde.

Die Antragstellerin zu 1) bekundete erstmals am 5.10.2016 schriftlich gegenüber der Antragsgegnerin, ihr Interesse an einem Auftrag im Rettungsdienst und im Bereich des qualifizierten Krankentransports. Mit Schreiben vom 18.11.2016 an die Antragstellerin zu 1) verwies die Antragsgegnerin darauf, dass aufgrund der Bereichsausnahme in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB vorrangig und direkt solche Aufträge an gemeinnützige Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen vergeben werden sollen.

Die Antragstellerin zu 1) beanstandete mit Schreiben vom 29.11.2016 diese Auffassung der Antragsgegnerin. Diese Rüge wies die Antragsgegnerin am 8.12.2016 unter Hinweis auf die Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB zurück.

Aus diversen Presseveröffentlichungen schlossen die Antragstellerinnen, dass weiterhin eine Direktvergabe an örtliche Hilfsorganisationen geplant ist, also keine europaweite Ausschreibung erfolgen soll.. Die Antragstellerin zu 1) und erstmals auch die Antragstellerin zu 2) forderten die Antragsgegnerin erneut zu einer Abhilfe auf, was aber erfolglos blieb. Daraufhin beantragten die Antragstellerinnen am 16.12.2016 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Die Antragstellerinnen tragen vor, dass sie Interesse an dem Auftrag haben und ihnen ein Schaden drohe, wenn sie nicht die Möglichkeit hätten, ein Angebot abzugeben. Obwohl im Falle von de-facto Vergaben eine Rüge nicht erforderlich wäre, hätten sie dennoch ihre Beanstandungen mehrfach dargelegt.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sei ein Nachprüfungsverfahren hier auch statthaft, weil es um die Frage gehe, ob der 4. Teil des GWB zur Anwendung kommt oder nicht. Dies sei grundsätzlich von den Nachprüfungsinstanzen zu beantworten und nicht etwa von Zivil- oder Verwaltungsgerichten.

Die Antragstellerinnen meinen, dass die Antragsgegnerin verpflichtet sei, den Einsatz von Krankenkraftwagen zur Patientenbeförderung europaweit auszuschreiben. Sie tragen vor, dass die Bereichsausnahme in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB für den qualifizierten

Krankentransport nicht eingreife und auch die Entscheidung der VK Düsseldorf vom 19.8.2016 sowie das dazu vor dem OLG Düsseldorf anhängige Beschwerdeverfahren sich nicht mit diesen Leistungen befassen, sondern vielmehr mit den Rettungsdienstleistungen.

Die Antragstellerinnen meinen, dass die Bereichsausnahme nur ganz bestimmte Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts herausnehme, wozu aber eben die qualifizierten Krankentransporte nicht gehören würden.

Sie tragen vor, dass sich sowohl aus dem Rettungsbedarfsplan als auch aus der Rechtsprechung des BVerwG (institutionelles Verständnis des Begriffs „Rettungswesen“) ergebe, dass die qualifizierten Krankentransporte – trotz der systematischen Verzahnung mit der Notfallrettung – keine Maßnahmen zur Gefahrenabwehr seien. Vielmehr könnten diese Beförderungen in der Regel zwischen 7 und 18 Uhr erfolgen, seien nicht zeitkritisch und im Übrigen disponibel und planbar.

Weiterhin tragen die Antragstellerinnen vor, dass die Bereichsausnahme nur ganz bestimmte und eng eingrenzbar Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts herausnehme. Dabei müssten die Voraussetzungen, die § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nenne, kumulativ erfüllt sein. Die Vorschrift nenne ganz bestimmte Dienstleistungen aus dem Gesundheitsbereich, die nur für den Fall, dass eine Extremsituation vorliege, wie beispielsweise eine Katastrophe, die Bereichsausnahme rechtfertigen würden.

Die Antragstellerinnen meinen, dass entgegen dem Ansatz der Antragsgegnerin hier eine vergaberechtliche Sichtweise erforderlich sei. Deshalb hätten diese Unterscheidungen nach dem PBefG und dem RettG vorliegend keine Relevanz. Vielmehr sei Auslegungsmaßstab die Richtlinie der EU.

Ausgangsnorm sei Art. 10 lit. h) der Richtlinie 2014/24/EU, der durch den Erwägungsgrund 28 konkretisiert würde. Grundsätzlich seien Ausnahmen im Vergaberecht wegen der praktischen Wirksamkeit der Richtlinien eng auszulegen („effet utile“), so dass möglichst keine Ausweitung der Ausnahme über das notwendige Maß hinaus erfolgen dürfe. Diesbezüglich tragen die Antragstellerinnen vor, dass sich die hier konkret von der Richtlinie erfasste Ausnahme auf den Katastrophenschutz und den Zivilschutz beziehe, also auf ganz bestimmte Extremsituationen, die in Friedens- und Kriegszeiten eintreten könnten. Davon zu unterscheiden sei aber der Regelrettungsdienst, der nur die alltäglichen und regelmäßig wiederkehrenden Notfallrettungsmaßnahmen erfasse. Dieser Regelrettungsdienst könne auch nicht über ein weites Verständnis des Begriffs der „Gefahrenabwehr“ in den Ausnahmehereich einbezogen werden, weil das zur Folge hätte, dass den bereits genannten Begriffen keine eigenständige Bedeutung mehr zukäme.

Weiterhin differenziere der Erwägungsgrund ausdrücklich zwischen der CPV-Gruppe 601 „Landverkehr“ und dem Einsatz von Krankenwagen, der unter die CPV-Gruppe 8514, also „Diverse Dienstleistungen im Gesundheitswesen“, falle. Eine schlichte Krankenfahrt mit Taxiunternehmen würde, so die Antragstellerinnen, in den Bereich „Landverkehr“ fallen, während die Rückausnahme sich schon von der CPV Nummer her dem Bereich „Gesundheitsdienstleistungen“ zuordnen lasse. Auch aus der Gesetzesbegründung könne man schließen, dass dort, wo es lediglich um medizinisch-fachliche Leistungen gehe, aber nicht um ärztliche Leistungen, die Rückausnahme gelte, so dass hier das förmliche Vergaberecht anzuwenden sei.

Zudem tragen die Antragstellerinnen vor, dass im Übrigen nur ein offenes Verfahren den Wettbewerb schütze und etwaige Manipulationen verhindere, so dass das Ziel des Unionsrechts, also die Marktöffnung für alle europäischen Wettbewerber iSv Art. 26 Abs. 2 AEUV, nur dadurch erreicht werden könne.

Weiterhin tragen die Antragstellerinnen vor, dass für den Fall, dass man eine Bereichsausnahme für qualifizierte Krankentransporte annehmen würde, auch noch zu prüfen sei, ob konkret das jetzt tätige DRK eine gemeinnützige Organisation iSd Art. 77 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU sei. Bereits aus der Definition in Art. 77 Abs. 2 ergebe sich, dass sehr strenge Anforderungen an die Organisation gestellt werden, was im Übrigen auch durch die Rechtsprechung des EuGH gestützt werde.

Die Antragsgegnerin hätte eine solche Überprüfung der Organisationen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert worden seien, nicht vorgenommen, sei aber dazu verpflichtet. Die Antragstellerinnen behaupten, dass jedenfalls dem DRK die „örtliche Anerkennung“ fehle und auch eine wirtschaftliche Überprüfung nicht stattgefunden habe, so dass die Eignung äußerst fraglich sei. Im Übrigen sollte die Bereichsausnahme gerade den Wettbewerb zwischen den Hilfsorganisationen vermeiden. Das genaue Gegenteil sei jetzt aber eingetreten, da die Hilfsorganisationen nunmehr untereinander in den Wettbewerb treten würden.

Darüber hinaus tragen die Antragstellerinnen vor, dass auch die Entscheidungen des EuGH (Urteil vom 11.12.2014, Rs C-113/13 (Spezzino) und Urteil vom 28.1.2016, Rs. C-50/14 (Casta) keine Direktvergabe von Rettungsdienstaufgaben an Hilfsorganisationen rechtfertigen. Denn der EuGH habe diesbezüglich ganz bestimmte Anforderungen an die Freiwilligenorganisationen gestellt. Letztlich dürfte die Vergabe an solche Organisationen nicht zu einer Verschwendung finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen führen, was sich insbesondere darin zeige, dass diese Einrichtungen solidarisch zu einer Haushaltseffizienz beitragen sollen, wobei sie aber keine eigene Gewinnerzielungsabsicht verfolgen dürfen und entsprechend dem Haushaltsgrundsätzen auch keine Kosten geltend machen dürften, die nicht ausschließlich für die geleistete Tätigkeit verwandt werden.

Die Antragstellerinnen tragen zudem vor, dass der Hinweis des nationalen Gesetzgebers auf die konkret genannten fünf Organisationen überhaupt nicht mehr mit den Entscheidungen des EuGH und dem Erwägungsgrund 28 übereinstimme, sondern offensichtlich einfach nur dem Schutz dieser Organisationen dienen solle. Zielsetzung der Vergabegesetze sei aber gerade die Verhinderung von Protektionismus.

Im Übrigen weisen die Antragstellerinnen darauf hin, dass die Antragsgegnerin sich hier überhaupt nicht mehr an die Vorgaben des Gesetzes und des EuGH gehalten habe, weil sie von fünf Organisationen lediglich drei zur Abgabe von Angeboten aufgefordert habe. Darüber hinaus habe sie dann auch noch in ihrer Leistungsbeschreibung verfügt, dass eine 100%ige Hauptamtlichenquote gelten solle, wodurch eigentlich die Freiwilligenorganisationen ausgeschlossen sein müssten.

Weiterhin tragen die Antragstellerinnen vor, dass möglicherweise auch eine unzulässige Beihilfe an die Hilfsorganisationen vorliege, wenn direkt an diese vergeben würde. Denn die Zahlung von Subventionen dürfe nicht zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen, was aber anzunehmen sei, weil bereits jetzt 90% der Krankentransporte von den Hilfsorganisationen auf dem Markt geleistet werde und bedingt durch noch weniger Wettbewerb mit privaten Anbietern, davon auszugehen sei, dass eine

markunangemessen hohe Vergütung von den öffentlichen Auftraggebern gezahlt werde.

Die Antragstellerinnen tragen weiterhin vor, dass die direkte Beauftragung von Hilfsorganisationen auch eine rechtsmissbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 GWB sei. Auch die Voraussetzungen des kartellrechtlichen Unterlassungsanspruchs aus § 33 Abs. 1 GWB seien erfüllt. Die Antragsgegnerin sei auf dem fraglichen Markt marktbeherrschend, weil sie die einzige Nachfragerin von Krankentransportleistungen sei. Durch die Beauftragung lediglich örtlicher Anbieter würden andere Wettbewerber ausgeschlossen, was missbräuchlich sei, weil diese Unternehmen unbillig im Wettbewerb behindert würden.

Zudem meinen die Antragstellerinnen, dass auch gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen werde, weil die Bevorzugung der Hilfsorganisationen durch das RettG NRW es privaten Rettungsdienstnehmern erschwere auf dem Markt tätig zu werden. Auch liege in einer direkten Beauftragung von Hilfsorganisationen ein Verstoß gegen die primären Grundfreiheiten der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 und Art. 56 AEUV vor, weil dadurch andere Bieter diskriminiert würden. Aufgrund der fehlenden Transparenz hätten sie keine Chance auf Teilnahme am Wettbewerb.

Zudem könne auch nicht nach dem Grundsatz „bekannt und bewährt“ vorgegangen werden, wobei insbesondere die Ortsansässigkeit eines Bieters kein taugliches Vergabekriterium sei. Letztlich verstoße das Vorgehen der Antragsgegnerin auch gegen Art. 51 Abs. 1 der Grundrechtscharta, weil den privaten Bietern die Möglichkeit eines wirksamen Rechtsbehelfs gegen Rechtsverletzungen genommen würde.

Die Antragstellerinnen beantragen:

1. Es wird festgestellt, dass tatsächliche Beauftragungen im Bereich des qualifizierten Krankentransports oberhalb der Schwellenwerte im Gebiet der Antragsgegnerin ohne ein gemeinschaftsrechtskonformes Auswahlverfahren rechtswidrig sind.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht, Dienstleistungen in dem o.g. Bereich nur nach einem gemeinschaftsrechtskonformen Vergabeverfahren nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben.
3. Hilfsweise: Die Kammer wirkt unabhängig von unseren Anträgen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hin.
4. Weiter wird hilfsweise gemäß § 17a Abs. 2 GVG beantragt, dass der Rechtsstreit an das zuständige nordrhein-westfälischen Verwaltungsgericht, höchsthilfsweise an das zuständige Landgericht verwiesen wird.
5. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerinnen wird für notwendig erklärt.
6. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen und die Aufwendungen der Antragstellerinnen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Der Vergabenachprüfungsantrag wird zurück gewiesen.
2. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin im Verfahren wird durch die Vergabekammer für notwendig erklärt.

3. Die Antragstellerinnen tragen die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragsgegnerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung.

Die Antragsgegnerin trägt zunächst vor, dass es sich bei den zu beauftragenden Leistungen um Aufgaben handelt, die in den Anwendungsbereich des Rettungsgesetzes NRW fallen. Das Gesetz gelte für die Notfallrettung, den Krankentransport und die Versorgung einer größeren Anzahl von Verletzten oder Kranken bei außergewöhnlichen Schadensereignissen. Die Beförderungen von Kranken, die keiner fachgerechten Hilfe oder Betreuung durch medizinisches Personal benötigen, fallen nicht in den Anwendungsbereich des RettG NRW, sondern diese würden vom Personenbeförderungsgesetz erfasst. Diese Personen könnten Taxi-Dienste oder private oder öffentliche Kraftfahrzeuge in Anspruch nehmen. Es handele sich dabei um einfache Krankenfahrten, aber nicht um qualifizierte Krankentransporte, die durch den Einsatz von KTW mit entsprechendem Fachpersonal gekennzeichnet seien.

Die Antragsgegnerin meint, dass der Antrag unzulässig ist, weil sie bei der Vergabe des qualifizierten Krankentransportes auf die Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens nach Maßgabe des 4. Teils des GWB verzichten durfte. Denn die Voraussetzungen der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB lägen vor.

Die Antragsgegnerin verweist diesbezüglich auf die Auffassungen der kommunalen Spitzenverbände und Urteile des VG Düsseldorf vom 15.9.2016 und des OVG Münster vom 19.1.2017 aus denen sich die Zulässigkeit ihres Vorhabens ergebe.

Die Notfallrettung und der qualifizierte Krankentransport würden Dienstleistungen sein, die dem Bereich der „Gefahrenabwehr“ zuzuordnen seien, weil damit die Bedrohung der Rechtsgüter Leben und Gesundheit durch eine fachgerechte Hilfeleistung und Betreuung entgegen gewirkt werde. Zudem unterfalle der qualifizierte Krankentransport auch gleich mehreren CPV-Nummern, wie beispielsweise der Nummer 75250000-3 (Dienstleistungen der Feuerwehr und von Rettungsdiensten) und der Nummer 85143000-3 (Einsatz von Krankenwagen).

Auch die Rückausnahme in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB, nach der Leistungen, die unter die CPV-Nummer 85143000-3 „Einsatz von Krankenwagen“ fallen, dann nicht von der Vergabepflicht freigestellt sind, wenn sie der reinen Patientenbeförderung dienen, läge nicht vor. Denn im Falle des qualifizierten Krankentransportes ginge es nicht um die reine Patientenbeförderung, sondern darüber hinaus seien Elemente des Rettungswesens betroffen, weil eine medizinische Betreuung und Überwachung durch das mitfahrende Personal zu gewährleisten sei.

Es könnte somit zwar ein KTW eingesetzt werden, aber das Personal sei nicht für die Betreuung der Kranken zuständig und müsste folglich auch nicht besonders medizinisch geschult sein.

Die Antragsgegnerin meint, dass sie somit unmittelbar diese Dienstleistungen an eine gemeinnützige Organisation oder Vereinigung vergeben dürfte. Dabei handele es sich um Einrichtungen, die nach Bundes- oder Landesrecht als Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen etwa iSd § 26 Abs. 1 ZSKG (Gesetz über den Zivilschutz und die Katastrophenhilfe des Bundes) anerkannt seien, wie das DRK oder der Malteser-Hilfsdienst. Allein dies sei nach dem Wortlaut der Vorschrift entscheidend für die Frage der Gemeinnützigkeit. Wenn eine solche Eintragung vorliege, habe sie kei-

ne Veranlassung, diesbezüglich weitere Nachprüfungen anzustellen. Im Übrigen könne es nicht auf die Definition in Art. 77 Abs. 2 RL 2014/24/EU ankommen, sondern die Einstufung als gemeinnützige Einrichtung sei allein nach nationalem Recht zu entscheiden.

Die Antragsgegnerin ist darüber hinaus der Auffassung, dass der Antrag auch unbegründet ist. Das von ihr vorgenommene beschränkte Wettbewerbsverfahren verstoße nicht gegen das Vergaberecht, weil die Übertragung durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ohne ein Wettbewerbsverfahren nach § 13 RettG erlaubt sei. Ein Verstoß gegen Haushaltsrecht liege nicht vor, weil mehrere Bieter zur Abgabe von Angeboten aufgefordert worden seien und im Übrigen haushaltsrechtliche Fragestellungen im Nachprüfungsverfahren nicht überprüft würden.

Die Entscheidung des EuGH (Spezzino) sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil diese sich lediglich mit der Frage beschäftigt habe, ob die direkte Vergabe von Rettungsdienstleistungen an eine Freiwilligenorganisation ohne jegliche Bekanntmachung gegen die Grundfreiheiten verstoße. Demgegenüber ginge es aber hier um die Frage, ob der Rechtsweg ausnahmsweise nicht eröffnet sei.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass auch kein Verstoß gegen § 19 GWB vorliege. Zunächst weist sie darauf hin, dass die Bestimmungen des Kartellrechts nicht der Vergabenachprüfung durch Vergabekammern unterliegen würden. Zudem würde sie aber als Gemeinde nicht dem Unternehmensbegriff aus § 1 GWB unterfallen, denn sie beschaffe die Leistungen nicht im Rahmen einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit, sondern im Rahmen der Erledigung öffentlicher Aufgaben. Darüber hinaus fehle ihr die marktbeherrschende Stellung.

Ein Verstoß gegen das Beihilferecht, dass möglicherweise überhaupt nicht der Vergabenachprüfung unterliege, weil keine Vergabevorschriften betroffen sind, liege nicht vor, weil keine unzulässige Überkompensation feststellbar sei.

Der Schutzbereich des Art 12 Abs. 1 GG sei nicht berührt, so die Antragsgegnerin, weil die Vergabe eines öffentlichen Auftrages an einen Mitbewerber grundsätzlich nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit des erfolglosen Bewerbers berühre.

Ein Verstoß gegen die gemeinschaftlichen Grundfreiheiten liege nicht vor, weil der europäische Gesetzgeber selbst in Art. 10 lit. h) RL 2014/24/EU den Wettbewerbsverzicht erlaubt habe. Gleiches gelte für einen Verstoß gegen die Grundrechtscharta.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 167 Abs. 1 GWB bis zum 24. Februar 2017 verlängert. Am 10. Februar 2017 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich § 2 Abs. 2 ZuStVO NpV NRW, weil die Vergabestelle ihren Sitz im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer hat. Der Auftragswert liegt oberhalb von 750.000 € (Art.4 RL 2014/24/EU).

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragstellerinnen sind antragsbefugt iSv § 160 Abs. 2 GWB, da sie als in der Branche tätige Unternehmen sich für die Teilnahme an der Ausschreibung interessiert haben und dies mit Schreiben vom 5.10.2016 auch gegenüber der Antragsgegnerin bekundet haben. Sollte die Rechtsauffassung der Antragstellerinnen zutreffend sein, müsste eine gemeinschaftsrechtskonforme Ausschreibung der Leistungen erfolgen, an der sie sich ebenfalls beteiligen könnten, so dass auch sie Chancen auf Erhalt des Auftrages hätten.

1.2 Die Antragstellerinnen haben gemäß § 160 Abs. 3 GWB mehrfach gegenüber der Antragsgegnerin gerügt, dass die vorgesehene Direktvergabe der Leistungen an eine gemeinnützige Einrichtung nicht zulässig sei. Allerdings obliegt eine solche Rückgeobliegenheit lediglich den Bietern, soweit ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren eingeleitet wird, was hier nicht der Fall war.

1.3 Bei der geplanten Auftragsvergabe handelt es sich auch um einen öffentlichen Auftrag, auch wenn ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen werden soll. Denn das europäische Vergaberecht differenziert nicht zwischen zivil- oder öffentlich-rechtlichen Verträgen. Ein öffentlicher Auftrag iSv § 103 GWB ist ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, und zwar vorliegend Dienstleistungen.

1.4 Ausweislich der Vergabeunterlagen sollen die Leistungen für einen Zeitraum von 5 Jahren vergeben werden, was einem Gesamtauftragswert von ca. 5,9 Mio. € entspricht. Diesbezüglich sind die Auftragswerte aus den vorliegenden Angeboten der Bieter als Schätzwerte berücksichtigt worden.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

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

Die Vergabe von qualifizierten Krankentransporten fällt nicht unter § 107 Abs. 1 Nr.4 GWB, sondern stellt eine besondere Dienstleistung des Gesundheits- und Sozialwesens iSv § 130 Abs. 1 GWB dar und ist als solche auch auszuschreiben. Die Antragsgegnerin steht die Wahl der Verfahrensart offen, aber sie hat keinen Rechtsgrund, eine de-facto Vergabe an eine gemeinnützige Einrichtung durchzuführen.

2.1 Die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist auf qualifizierte Krankentransportfahrten nicht anzuwenden.

§ 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB bestimmt: "Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen zu Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die Referenznummern des CPV 7525000-3und 85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung fallen.

2.2 Gegenstand der geplanten freihändigen Vergabe ist ein Dienstleistungsauftrag über den Transport von Kranken oder Verletzten oder sonstigen hilfsbedürftigen Personen, die nicht unter den Bereich der Notfallrettung fallen und auch keine Kranken-

fahrten sind, die durch die Inanspruchnahme von Taxi-Diensten oder öffentlichen Verkehrsmitteln möglich sind. Für den Krankentransport ist ein KTW einzusetzen, der den Anforderungen der DIN EN 1789 Typ A 2 bzw. DIN EN 1789 Typ B entspricht und mit fachmedizinischen Personal besetzt sein muss. Nicht gefordert ist, dass dieser KTW für die Aufnahme von Notfallpatienten konstruiert oder ausgerüstet ist oder eine ärztliche Begleitperson erforderlich ist. Aber den Bietern werden entsprechend dem Rettungsdienstplan des Kreises Einsatzzeiten vorgegeben, die sich überwiegend auf die Zeit von 7.00 bis 20.00 Uhr beziehen.

2.3 § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB (sog. Bereichsausnahme) bezieht sich nicht auf die hier im Streit stehenden Dienstleistungen, was sich mittels Auslegung dieser Vorschrift ergibt, wobei diese Auslegung unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Vergaberechts zu erfolgen hat.

Für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgeblich, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist demgegenüber die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Die vorrangig am objektiven Sinn und Zweck des Gesetzes zu orientierende Auslegung kann durch Motive, die im Gesetzgebungsverfahren dargelegt wurden, im Gesetzeswortlaut aber keinen Ausdruck gefunden haben, nicht gebunden werden, so BGH, Beschluss vom 8.2.2011, X ZB 4/10.

a) Ansatzpunkt für die Bereichsausnahme ist zunächst, dass überhaupt eine Fallkonstellation vorliegt, die in den Bereich des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes oder der Gefahrenabwehr fällt.

aa) In der BRD definieren § 1 und § 11 ZSKG, was damit gemeint ist.

§ 1 ZSKG bestimmt die Aufgaben des Zivilschutzes wie folgt:

(1) Aufgabe des Zivilschutzes ist es, durch nichtmilitärische Maßnahmen die Bevölkerung, ihre Wohnungen und Arbeitsstätten, lebens- oder verteidigungswichtige zivile Dienststellen, Betriebe, Einrichtungen und Anlagen sowie das Kulturgut vor Kriegseinwirkungen zu schützen und deren Folgen zu beseitigen oder zu mildern. Behördliche Maßnahmen ergänzen die Selbsthilfe der Bevölkerung.

(2) Zum Zivilschutz gehören insbesondere

1. der Selbstschutz,
2. die Warnung der Bevölkerung,
3. der Schutzbau,
4. die Aufenthaltsregelung,
5. der Katastrophenschutz nach Maßgabe des § 11,
6. Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit,
7. Maßnahmen zum Schutz von Kulturgut.

Gemäß § 11 ZSKG erfolgt die Einbeziehung des Katastrophenschutzes wie folgt:

(1) Die nach Landesrecht im Katastrophenschutz mitwirkenden Einheiten und Einrichtungen nehmen auch die Aufgaben zum Schutz der Bevölkerung vor den besonderen Gefahren und Schäden, die im Verteidigungsfall drohen, wahr. Sie werden zu diesem Zwecke ergänzend ausge-

stattet und ausgebildet. Das Bundesministerium des Innern legt Art und Umfang der Ergänzung im Benehmen mit der zuständigen obersten Landesbehörde fest.

(2) Die Einheiten und Einrichtungen der Bundesanstalt Technisches Hilfswerk verstärken im Verteidigungsfall den Katastrophenschutz bei der Wahrnehmung der Aufgaben nach Absatz 1.

Die alltäglich stattfindende Beförderung von Patienten mit einem KTW hat damit nichts zu tun. Vielmehr weisen die Antragstellerinnen zu Recht darauf hin, dass solche außergewöhnlichen Schadensereignisse abzugrenzen sind von den regulären Patientenbeförderungen, die zeitlich eingeplant werden können und keine Notfallrettung in der Regel beinhalten.

bb) Der Begriff der „Gefahrenabwehr“ ist im Kontext mit den beiden vorstehenden Begriffen (Katastrophenschutz und Zivilschutz) zu sehen, weil bei einer sehr weiten Auslegung des Begriffs „Gefahrenabwehr“ die Merkmale „Katastrophen- und Zivilschutz“ überflüssig wären, so auch Prieß, Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen nach den neuen Vergaberichtlinien, NZBau 2015, S. 343. Der Begriff der „Gefahrenabwehr“ ist somit kein selbständiges Tatbestandsmerkmal, das losgelöst von den anderen beiden Tatbestandsmerkmalen vorliegen muss, sondern es muss sich ebenfalls um einen vergleichbaren „Notfall“ handeln.

Danach müsste man als erste Voraussetzung für die Anwendung der Bereichsausnahme feststellen, ob ein abstrakt drohendes, unvorhersehbares (Groß-)Schadensereignis vorliegt. Das wäre weder bei der Notfallrettung noch bei den qualifizierten Krankentransporten in der Regel der Fall. Beide Leistungen finden alltäglich statt, ohne dass ein außergewöhnliches (Groß-)Schadensereignis, vergleichbar mit einer Katastrophe, vorliegt.

cc) Wenn man dieser Auffassung nicht folgt, kann jedenfalls das Tatbestandsmerkmal der „Gefahrenabwehr“ nicht durch ein anderes Gesetz so definiert werden, dass damit der Anwendungsbereich des GWB und der europäischen Richtlinie so ausgestaltet wird, wie der nationale Gesetzgeber sich das vorstellt. Nationale Gesetze können gegenüber dem Vergaberecht keinen Vorrang unter dem Gesichtspunkt der Spezialität haben, weil ansonsten der Anwendungsbereich des GWB durch eine außerhalb des GWB liegende Gesetzesnorm definiert und abgeändert würde, was unzulässig ist, in diesem Sinne auch BGH, Beschluss vom 8.2.2011, X ZB 4/10 für Schienenpersonennahverkehrsleistungen; als auch VK Münster, Beschluss vom 18.11.2010, VK 8/10, soweit es um Verträge oder Änderungen von Bedarfsplänen im Rettungswesen geht.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kann somit der Begriff der „Gefahrenabwehr“ nicht einfach aus dem § 6 RettG NRW übernommen werden und als Rechtsgrund für eine Bereichsausnahme gelten. Wenn im RettG NRW der qualifizierte Krankentransport eine Maßnahme der Gefahrenabwehr ist, dann bedeutet das nicht, dass damit zugleich die Bereichsausnahme im GWB vorliegt. Eben so wenig kann aus anderen Gesetzen, wie beispielsweise den Polizei- und Ordnungsgesetzen, die sich mit Maßnahmen zur Gefahrenabwehr befassen, eine solche Rechtsauffassung abgeleitet werden.

Damit ist allein die Tatsache, dass der qualifizierte Krankentransport neben der normalen Beförderung von hilfsbedürftigen Personen auch der Gefahrenabwehr dienen kann, und dies in § 6 RettG NRW so geregelt ist, nicht entscheidend.

dd) Entscheidend für die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme sind hingegen die Vorstellungen des europäischen Gesetzgebers, die dieser in der Richtlinie niedergelegt hat und die vom nationalen Gesetzgeber einfach wortgleich übernommen wurden. § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist im Lichte des europäischen Rechts auszulegen und anzuwenden.

Aus Art. 10 lit. h) der Richtlinie 2014/24/EU lässt sich unter Einbeziehung des Erwägungsgrundes 28 schlussfolgern, dass es sich um eine Ausnahme handelt und diese nicht über das notwendige Maß hinaus ausgeweitet werden soll und insbesondere nicht die alltäglichen qualifizierten Krankentransporte damit erfasst werden sollten.

(1) Art 10 lit. h) RL 2014/24/EU bestimmt, dass die Richtlinie nicht für öffentliche Dienstleistungsaufträge gilt, die Folgendes zum Gegenstand haben: Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter ganz bestimmten CPV-Codes fallen. Genannt ist auch der CPV-Code 85143000-3, der sich auf den „Einsatz von Krankenwagen“ bezieht, ohne dass näher erläutert wird, in welcher Situation dieser Krankenwagen eingesetzt wird. Es kann somit ein außergewöhnliches Schadensereignis vorliegen oder es kann sich auch um den alltäglichen Einsatz eines Krankenwagens handeln, um hilfsbedürftige Personen zu befördern, die nicht dazu in der Lage sind, Taxis oder öffentliche Verkehrsmittel zu benutzen.

Der Einsatz des KTW kann somit einmal im Zusammenhang mit dem Eintritt eines außergewöhnlichen Schadensereignisses in Betracht kommen, aber auch außerhalb dieser Fallkonstellation. Das ist in Art. 10 lit h) RL 2014/24/EU dadurch deutlich gemacht worden, dass der Einsatz eines Krankenwagens „doppelt“ genannt wird, und zwar einmal im Zusammenhang mit den außergewöhnlichen Schadensereignissen (CPV-Code 85143000-3) und im Anschluss daran nochmals „mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung“. Der Gegenstand der Ausnahmeregelung liegt in der Kombination der Fallkonstellation „außergewöhnliches Schadensereignis + Einsatz KTW“, während der „Einsatz von KTW zur Patientenbeförderung – ohne außergewöhnliches Schadensereignis“ schon vom Wortlaut her nicht Gegenstand der Ausnahme ist.

(2) Bestätigt wird diese Auslegung durch den Erwägungsgrund 28 RL 2014/24/EU.

Erwägungsgrund 28 stellt zunächst auf „Notfalldienste“ ab, also auf besondere Fallkonstellationen, in denen sofort und unmittelbar gehandelt werden muss, weil eine besondere Gefahrenlage (außergewöhnliches Schadensereignis) vorliegt. Der qualifizierte Krankentransport mit einem KTW erfolgt in der Regel nicht im Rahmen eines Notfalles, sondern wird einvernehmlich zwischen den Krankenhäusern, den Rehaeinrichtungen, den Angehörigen oder den Pflegeheimen usw. abgestimmt. Die Patienten werden nicht wegen eines „Notfalls“ transportiert, sondern weil sie einfach so hilfsbedürftig sind, dass sie eine Beförderung mit öffentlichen Verkehrsmitteln oder privaten Fahrzeugen nicht mehr aus eigener Kraft schaffen.

Im „Notfall“ soll die Ausnahme von der Ausschreibungspflicht gelten. Aber Erwägungsgrund 28 bestimmt dann: „Diese Ausnahme sollte allerdings nicht über das notwendige Maß hinaus ausgeweitet werden. Es sollte daher ausdrücklich festgelegt

werden, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung nicht ausgenommen sein sollte."

Schon aus dem Wortlaut des Erwägungsgrundes ergibt sich, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung keine „Ausnahme“ ist, die der europäische Gesetzgeber aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU herausnehmen wollte. Gerade die Tatsache, dass diese Dienstleistung dort ausdrücklich als „Nicht-Ausnahme“ aufgenommen wurde, zeigt, dass der europäische Gesetzgeber diese nicht mit den anderen Dienstleistungen im Falle von außergewöhnlichen Schadensereignissen gleich setzen wollte. Dem Erwägungsgrund 28 lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass der Einsatz von KTW zur Patientenbeförderung – ohne dass ein Notfall vorliegt – keine besondere Ausnahme von der Ausschreibungspflicht rechtfertigt.

Da man auch den „Einsatz von KTW“ unter die CPV-Gruppe 601 „Landverkehr“ subsumieren könnte, so wie dies zuvor mitunter auch gemacht wurde, hat der europäische Gesetzgeber klargestellt, dass in Abgrenzung dazu der CPV-Code 85143000-3, genannt werden sollte.

Berücksichtigt man somit den Erwägungsgrund 28 dann sollte die „Sonderregelung“ für die außergewöhnlichen Notfälle gelten und nicht auf die Fallkonstellation übertragen werden, in denen ein solcher Notfall nicht vorliegt, sondern in denen es einfach nur um den Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung geht.

b) Folgerichtig bestimmt auch § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB, dass der "Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung" nicht unter die Bereichsausnahme fällt.

Der nationale Gesetzgeber hat diesen Hinweis aus der Richtlinie übernommen und bezieht diese Bereichsausnahme ausweislich der Gesetzesbegründung nur auf den Einsatz von Krankenwagen bestehend in allgemeinen und fachspezifischen ärztlichen Dienstleistungen in einem Rettungswagen. Demgegenüber ist der Gesetzgeber der Auffassung, dass "reine Krankentransporte einem vereinfachten Verfahren für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen der EU - Vergaberichtlinien unterfallen. Diese Vorgabe ist in § 130 Abs. 1 GWB umgesetzt worden.

c) Zutreffend hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass die CPV-Nummer 85143000-3, die den Einsatz von Krankenwagen erfasst, ausdrücklich in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB genannt wird. Die nicht ausschreibungspflichtigen Tatbestände sind durch die Nennung von Referenznummern des CPV Codes konkretisiert, was eine Besonderheit im GWB ist. Daraus könnte gefolgert werden, dass auch der Einsatz von Krankenwagen - da der CPV Code ausdrücklich genannt wird - nicht ausschreibungspflichtig ist.

Allerdings geht die Kammer davon aus, dass neben der Feststellung, welche Leistungen nach welchem CPV Code denn überhaupt von der Bereichsausnahme erfasst werden, zunächst zu prüfen ist, ob eine außergewöhnliches Schadensersatzereignis vorliegt. Besteht eine solche Situation, so kann es eine Reihe von Leistungen geben, die dann unmittelbar zu vergeben sind, ohne dass der 4. Teil des GWB gilt.

In einer solchen Situation können Dienstleistungen erforderlich werden, wie beispielsweise die Dienstleistungen der Feuerwehr, Waldbrandbekämpfung, Dienstleistungen im Bereich der nuklearen Sicherheit usw. oder eben auch der Rettungsdienst und der Einsatz von Krankenwagen. Die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB greift dann nur, wenn ein solches außergewöhnliches Schadensereignis feststellbar ist. In einem solchen Fall ist dann auch der "Einsatz von Krankenwagen" ausschreibungsfrei.

Wenn hingegen eine solche Extremsituation nicht feststellbar ist, gilt der Satz "mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung". Folglich ist außerhalb dieser Extremsituationen der qualifizierte Krankentransport ausschreibungspflichtig.

d) Weiterhin erfordert § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB, dass es sich um Dienstleistungen handelt, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden. Ein Tatbestandsmerkmal, dass neben den bereits oben genannten Tatbestandsmerkmalen zu prüfen ist. Die Kammer lässt das hier aber dahingestellt, weil bereits das erste Tatbestandsmerkmal des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht vorliegt.

Im Ergebnis verengt § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB den Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB deshalb auf ganz bestimmte Fallkonstellationen, die in den Bereich des Zivil- oder Bevölkerungsschutzes fallen. Wenn eine solche Besonderheit nicht vorliegt, dann liegt kein Ausnahmetatbestand vor. Die ausdrücklich aufgeführte Ausnahme (Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung) fügt sich damit nachvollziehbar in den Gesetzestext ein.

Im Ergebnis gilt § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB somit nicht für die qualifizierten Krankentransportfahrten mit einem KTW, ohne dass überhaupt ein außergewöhnliches Schadensereignis feststellbar ist.

2.4 Die vorstehende Auffassung steht auch der Auffassung des EuGH nicht entgegen, wobei der EuGH bislang nur zur Richtlinie 2004/18 Entscheidungen getroffen hat und die rechtlichen Aspekte aus diesen Entscheidungen so nicht Eingang in die neue Richtlinie 2014/24/EU gefunden haben. Allerdings hat der EuGH sich grundlegend zu einer Ausschreibungspflicht entsprechender Dienstleistungen an Freiwilligenorganisationen nach der bisherigen Richtlinie 2004/18/EG geäußert

2.4.1 In der Entscheidung vom 11.12.2014, Rs. C-113/13 (Spezzino) und vom 28.1.2016, C-50714 (Casta) stellt der EuGH zunächst fest, dass die Richtlinie 2004/18 jedenfalls dann gilt, wenn der festgelegte Schwellenwert und der Wert der Transportdienstleistungen den der medizinischen Dienstleistungen überschreitet. Dieser "Beförderungsaspekt" in Abgrenzung zum "medizinischen Aspekt" ergab sich aufgrund der Aufteilung in Anhang II in Teil A und Teil B. Diese Differenzierung gibt es in der neuen Richtlinie 2014/24/EU nicht mehr. Dann bleibt nur noch die Prämisse, dass der Schwellenwert durch die Leistungen überschritten sein muss, was vorliegend sicher der Fall ist.

Nur für den Fall, dass der Schwellenwert nicht erreicht wird, gelten die allgemeinen Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung gemäß Art. 49 AEUV und Art. 56 AEUV, wobei gleichzeitig aber festzustellen ist, ob ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse an diesem Auftrag besteht.

Dann stellt der EuGH grundsätzlich fest, dass eine Regelung, die vorsieht, dass die zuständigen Behörden im Wege der Direktvergabe vorrangig auf die unter Vertrag genommenen Freiwilligenorganisationen zurückgreifen, um den Bedarf auf diesem Gebiet zu decken, dazu führt, dass die anderen Einrichtungen als die Freiwilligenorganisationen von einem großen Teil des betroffenen Marktes ausgeschlossen werden. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt in der ohne jede Transparenz erfolgenden Vergabe eines Auftrags an ein Unternehmen, eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Unternehmen und ist deshalb nicht zulässig.

Der EuGH geht von dem Grundsatz aus, dass solche Dienstleistungen entsprechend dem Unionsrecht auszuschreiben sind oder bei Unterschreitung des Schwellenwertes, die erforderliche Transparenz und Gleichbehandlung gewahrt wird.

Der EuGH "überprüft" dann diesen Grundsatz der "öffentlichen Ausschreibung" dahingehend, ob nicht andere Ziele der Union es dennoch rechtfertigen, dass von diesem Grundsatz abgewichen wird, also keine Ausschreibung erfolgt.

Der Rückgriff auf die Freiwilligenorganisationen ohne eine Ausschreibung könnte möglicherweise auf den Grundsätzen der Universalität, der Solidarität, der Erreichbarkeit und der Geeignetheit zulässig sein, wenn dadurch sichergestellt wird, dass diese im Allgemeininteresse liegenden Dienstleistungen unter den Bedingungen eines wirtschaftlich ausgeglichen Haushalts erbracht werden. Dann müssen aber, so der EuGH, diese Freiwilligenorganisationen tatsächlich zu dem sozialen Zweck und zu den Zielen der Solidarität und der Haushaltseffizienz beitragen, und sie dürfen keine anderen Tätigkeiten erbringen oder mit ihren Leistungen Gewinne erzielen und auch beim Rückgriff auf Erwerbstätige sind Grenzen zu beachten.

Im Ergebnis erlaubt der EuGH den Rückgriff auf die Freiwilligenorganisationen - ohne Ausschreibung - nur für den Fall, dass diese tatsächlich im Sinne einer haushaltsrechtlichen Effizienz den Staat im Bereich der Gesundheitsfürsorge uneigennützig unterstützen.

2.4.2 Ob die Hilfsorganisationen in der BRD derart konzipiert sind, muss von den nationalen Gerichten überprüft werden. Diesbezüglich müssten Geschäftsberichte offen gelegt werden, so dass die Einnahmen den Ausgaben gegenüber gestellt werden könnten. Es wäre somit ein Abgleich der in Rechnung gestellten Kosten mit den Kosten, wie Betriebs- und Personalkosten, erforderlich, den die Hilfsorganisationen tatsächlich aufwenden, um - so wie vorliegend - die qualifizierten Krankentransporte zu finanzieren. Haushaltseffizienz würde dann bedeuten, dass die vereinnahmten Mittel aus den Krankentransporten deckungsgleich (Äquivalenzprinzip) wieder eingesetzt werden; Quersubventionierungen, also die Finanzierung anderer Tätigkeitsfelder, wären nicht erlaubt.

Demgegenüber wäre es jedenfalls nach der Rechtsprechung des EuGH nicht ausreichend, dass eine Anerkennung gemäß § 26 Abs. 1 ZSKG vorliegt.

2.4.3 Die Rechtsprechung des EuGH hat aber insoweit keinen direkten Eingang in die Richtlinie 2014/24/EU gefunden, ist also nicht eindeutig übernommen worden. Der Grundsatz der Haushaltseffizienz wird als "Ausnahmetatbestand" vom EuGH genannt; diesen Ansatz verfolgt die Richtlinie 2014/24EU jedoch nicht weiter.

Allerdings lässt sich den Entscheidungen entnehmen, dass sowohl im Bereich der Oberschwellenvergaben, als auch im Unterschwellenbereich, grundsätzlich eine Pflicht zur Ausschreibung von Dienstleistungen im Krankentransportbereich besteht und diese nur unter haushaltsrechtlichen Erwägungen nicht zum Tragen kommt, soweit also die Freiwilligenorganisationen durch ihre Tätigkeit tatsächlich zur Haushaltseffizienz beitragen.

2.5 Da die Bereichsausnahme des § 107 Abs.1 Nr. 4 GWB nicht zur Anwendung kommt, ist der 4. Teil des GWB anwendbar. Dabei sieht die Kammer sehr wohl, dass es eine intensive Verzahnung zwischen den Zielen des Bevölkerungsschutzes in bestimmten Extremsituationen und dem Einsatz von Rettungswagen und Krankenwagen gibt. Aber allein der Umstand, dass die vorhandenen Infrastrukturen aus dem Bevölkerungsschutz für den Rettungsdienst genutzt werden, rechtfertigt nicht die Annahme einer Ausnahme von der Ausschreibungspflicht.

Ob auch die anderen von den Verfahrensbeteiligten genannten Vorschriften, wie ein möglicher Verstoß gegen Beihilfevorschriften, gegen § 19 GWB oder ein Verstoß gegen die Berufsausübungsfreiheit iSv Art. 12 Abs. 1 GG vorliegt, kann damit dahingestellt bleiben.

2.6 Die Antragsgegnerin hat bei der Ausschreibung der Dienstleistungen für den qualifizierten Krankentransport, den § 130 Abs. 1 GWB zu beachten. Gemäß § 130 Abs. 1 GWB stehen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinien 2014/24/EU dem öffentlichen Auftraggeber sämtliche Verfahrensarten des § 119 GWB offen. Er kann somit frei wählen zwischen einem offenen Verfahren oder einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder einer anderen Verfahrensart. Nicht ausreichend ist hingegen eine beschränkte Ausschreibung ohne eine europaweite Bekanntmachung der Leistungen nur unter Einbeziehung der bekannten Hilfsorganisationen.

2.7 Die Hilfsanträge auf Verweisung des Rechtsstreits an ein Verwaltungs- oder Zivilgericht kamen somit nicht mehr zum Tragen.

III.

Die Antragstellerinnen sind gemäß § 168 Abs. 1 GWB auch in ihren Rechten verletzt, weil die Direktvergabe dazu führt, dass sie sich nicht mit Angeboten an einem Vergabewettbewerb beteiligen können und somit auch keine Chance auf Erhalt eines öffentlichen Auftrages haben.

IV.

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.

Die Gebühr beträgt gemäß § 182 Abs. 2 GWB mindestens 2500 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.

Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von 5,9 Mio. € für einen Zeitraum von 5 Jahren beträgt die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder 6.525 €. Diese Gebühr ist der Antragsgegnerin aufzuerlegen, die aber als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß § 182 Abs. 1 GWB iVm § 8 Abs. 1 Nr. 2 Verwaltungskostengesetz des Bundes von den Gebühren befreit ist.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 4 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerinnen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung war wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig. Diese Aufwendungen werden der Antragsgegnerin als unterliegende Partei gemäß § 182 Abs. 4 GWB auferlegt.

Rechtsmittelbelehrung

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

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser 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

