1. Vergabekammer des
Freistaates Sachsen
bei der Landesdirektion Leipzig
1/SVK/001-09

EINGANG
06. März 2009
BRAUN & RIESKE
RECHTSANWÄLTE

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren
Notfallrettung und Krankentransport in Dresden

Verfahrensbeteiligte:

1.

- Antragstellerin -

2.

- Auftraggeberin -

hat die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen nach mündlicher Verhandlung vom 03.03.2009 durch die Vorsitzende, Frau Kadenbach, die hauptamtliche Beisitzerin, Frau Neugebauer und den ehrenamtlichen Beisitzer, Herrn Dr. Gutsfeld am 06.03.2009 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.

2. Die Auftraggeberin wird verpflichtet, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht, ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Dienstleistungen im Bereich von Notfallrettung und Krankentransport nur nach erneuter Vergabebekanntmachung und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer im Rahmen eines förmlichen, gemeinschaftsrechtskonformen Vergabeverfahrens durchzuführen.
3. Die Auftraggeberin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin. Die Verfahrensgebühr wird auf 13.550,00 € festgesetzt. Die Auftraggeberin ist jedoch von der Verpflichtung zur Entrichtung der Gebühr befreit.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

I.

Die Auftraggeberin veröffentlichte am 25.09.2008 im Dresdner Amtsblatt die „Durchführung eines Auswahlverfahrens nach § 31 des Sächsischen Gesetztes über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz" (SächsBRKG). Als Leistungs- und Vertragszeitraum war der 01.01.2009 bis 31.12.2013 angegeben.
In der Veröffentlichung gab die Auftraggeberin an, dass die Antragsunterlagen ab dem 29.09.2008 bei ihr abgefordert werden könnten.

Mit Schreiben vom 26.09.2008 - Eingang bei der Auftraggeberin am 29.09.2008 - erklärte die Antragstellerin gegenüber der Auftraggeberin ihr Interesse an dem Auswahlverfahren teilzunehmen und bat um Übersendung aller erforderlichen Unterlagen, welche ihr am 02.10.2008 am Hauptsitz in Westerholt zugingen.

Mit Schreiben vom 06.10.2008, bei der Auftraggeberin vorab per Fax am 06.10.2008, 20.30 Uhr eingegangen, rügte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin die Durchführung dieses Auswahlverfahrens, welches den Anforderungen eines Vergabeverfahrens nicht gerecht würde. Er trug vor:

- (unter Nr. 1) Die Auftraggeberin müsse entsprechend § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A ein Verfahren nach den Bestimmungen der Basisparagraphen der VOL/A und der §§ 8a und 28 a VOL/A durchführen.
  Die durch die Auftraggeberin durchgeführte Ausschreibung sei rechtswidrig.

- (unter Nr. 2) Aus den übermittelten Unterlagen ginge nicht hervor, wie hoch der Anteil der von der Auftraggeberin selbst zu erbringenden Leistungen im Verhältnis zu den festgelegten Einsatzbereichen sei.
- (unter Nr. 3) Die Ausschreibung würde auch andere Fehler aufweisen (z.B. fehlerhafte Bewertungsmatrix, Fragen des Betriebsübergangs gem. § 613a BGB, fehlende Aufteilung der zu vergebenden Rettungsdienstleistung in Verkehrsdienstleistungen, Krankentransportleistungen und medizinische Dienste).
- (unter Nr. 4) Die Bewerbungsbedingungen würden widersprüchliche Angaben hinsichtlich der Angabe der Preise aufweisen: Netto- bzw. Bruttopreise.
  Die Auftraggeberin möge eine verbindliche Aussage zu der Behauptung, rettungsdienstliche Leistungen würden durch die Finanzverwaltung nicht als umsatzsteuerpflichtig angesehen, treffen.
- (unter Nr. 5) Die Auftraggeberin möge Auskunft geben, ob die Rettungswache Klingerstraße 20, die sowohl Bestandteil des Loses 1 als auch des Loses 2 sei, von zwei Leistungserbringern besetzt wäre.
- (unter Nr. 6) Aus dem Rettungsdienst-Bereitschaftsplan würde hervorgehen, dass die Landeshauptstadt Dresden mit dem RZV Westlausitz und dem Landkreis Meißen verschiedene Vereinbarungen abgeschlossen hätte. Die Antragstellerin bat die Auftraggeberin zu dem Inhalt dieser Vereinbarungen zu informieren.
- (unter Nr. 7) Mit der durch die Auftraggeberin vorgesehenen Vorgehensweise hinsichtlich des Personalübergangs entsprechend § 613a BGB würde der Antragstellerin ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet. Die entstehenden Mehrkosten würden durch die Auftraggeberin nur unter besonderen Bedingungen erstatten.
- (unter Nr. 8) In dem Bewertungsschema würden Eignungs- und Bewertungskriterien unzulässig vermischt. Die grundsätzliche Trennung der einzelnen Stufen bei der Wertung, würde von der Auftraggeberin nicht beachtet. So sei vorgesehen nach der Prüfung der Angebotspreise Mitwirkungsbescheinigungen oder entsprechende Absichtserklärungen in Bezug auf die Mitwirkung im Katastrophenschutz zu prüfen. Dabei sollen nach dem Willen der Auftraggeberin nur diejenigen Angebote weitere Berücksichtigung finden, denen derartige Erklärungen beiliegen. Damit würde es sich nach der Auffassung der Antragstellerin um ein formelles Ausschlusskriterium handeln, welches zur Eignungsprüfung gehöre. Ein „Mehr an Eignung" wie es die Auftraggeberin in ihren Ausschreibungsunterlagen vorsehe, gäbe es nicht.
- (unter Nr. 9) Die Auftraggeberin beabsichtige dem Angebot mit dem günstigsten Preis die maximale Punktzahl zu geben. Darin würde ein Verstoß gegen § 25 Nr. 3 VOL/A liegen.
- (unter Nr. 10) In den Ausschreibungsunterlagen werde ausgeführt, dass das Fehlen von Pflichtangaben zum Ausschluss des Angebotes führe aber gleichzeitig würde sich die Auftraggeberin eine Nachforderung von Unterlagen vorbehalten, wenn alle Angebote an einen Mangel litten, der ansonsten zwingend zum Ausschluss führen müsste. Unter Hinweis auf

den Beschluss der erkennenden Vergabekammer vom 29.08.2008, Az: 1/SVK/041-08 wäre dies rechtswidrig und die Auftraggeberin hätte lediglich die Möglichkeit Unterlagen „auf Verlangen" zu fordern.

- (unter Nr. 11) Leistungen der Notfall- und der überwiegenden Verkehrsdienstleistungen müssten getrennt ausgeschrieben werden. Diese Trennung ergäbe sich bereits in Ansehung des Grundrechts auf Berufsfreiheit. Außerdem wäre die jetzige Losaufteilung mittelstandsfeindlich und würde nicht § 5 Nr. 1 VOL/A entsprechen.
- (unter Nr. 12) Es bestände die Gefahr, dass mit dem durch die Auftraggeberin beabsichtigten Bescheid zur Auswahlentscheidung der Geheimwettbewerb verletzt würde, soweit damit Angaben aus den Bewerbungsunterlagen der Konkurrenten bekanntgegeben würden. Die Antragstellerin sehe sich in Folge der möglichen Verletzung des Geheimwettbewerbs ebenfalls daher gehindert, ein Angebot abzugeben. Die Angabe, dass die Auftraggeberin auf Betriebsgeheimnisse und Geschäftsgeheimnisse „angemessen" Rücksicht nehme, würde nicht genügen und eine Verletzung nicht ausschließen. Bedenklich erscheine der Antragstellerin, dass die jetzigen Vertragsinhaber bei der „Standortübersicht der Wachen" namentlich genannt würden.
- (unter Nr. 13) Die Auftraggeberin beabsichtige die vergabefremden Kriterien - Mitwirkung bei Großschadensereignissen und im Katastrophenschutz – zu einem beträchtlichen Anteil im Auswahlverfahren – nämlich mit 25 % - zu berücksichtigen. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung der erkennenden Vergabekammer, Beschluss vom 09.09.2008, Az: 1/SVK/046-08 wäre ein solch hoher Wertungsanteil bedenklich.
- (unter Nr. 14) Durch die Auftraggeberin würde in wettbewerbswidriger und damit rechtswidriger Weise zwingend verlangt werden, dass der Bewerber eine Niederlassung in Sachsen habe oder eine entsprechende Absichtserklärung zur Einrichtung einer Niederlassung abgebe. Diese Forderung würde auswärtige Unternehmen benachteiligen und wäre im Übrigen nicht erforderlich, da der zukünftige Leistungserbringer die bestehenden Rettungswachen nebst hierfür erforderlichem Inventar übernehme.
- (unter Nr. 15) Die Ausschreibungsunterlagen würden gebietsfremde Bewerber bewusst zugunsten der bisherigen Vertragsinhaber diskriminieren. Dies würde bei den Zusatzkriterien „Mitwirkung bei Großschadensereignissen" und „ehrenamtliches Engagement" deutlich. Derjenige, der eine Absichtserklärung dazu abgibt, würde jeweils 5 Punkte erhalten können im Gegensatz zu der Maximalpunktzahl von 10 bzw. 15.
  Die Angabe „Anderes Engagement findet keine Berücksichtigung" sei willkürlich und würde gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen.
- (unter Nr. 16) Mit dem vorliegendem Verfahren würde eine rechtswidrige De-Facto-Vergabe durchgeführt.
- (unter Nr. 17) Gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A soll dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden. Daher bat die Antragstellerin um Erstattung ihrer Aufwendungen, insbesondere derjenigen, die ihr im Zusammenhang mit der Erstellung des Angebotes

entstanden wären, zu erstatten. In diesem Zusammenhang verwies die Antragstellerin auf die anhängigen Verfassungsbeschwerden und das Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland.
In der jetzigen Form würde das Verfahren gegen § 16 Nr. 1 VOL/A verstoßen.

- (unter Nr. 18) Die Antragstellerin rügte die Vergabebekanntmachung als rechtswidrig, da entgegen § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. m) VOL/A darin keine Eignungsnachweise aufgeführt wären.
- (unter Nr. 19) Die Antragstellerin sähe sich durch die rechtswidrigen Vergabeunterlagen an einer fairen Teilhabe am Wettbewerb gehindert und bat die Auftraggeberin, einen fairen und transparenten Wettbewerb zu ermöglichen.

In einer E-mail, die der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin am 17.10.2009 an die Auftraggeberin richtete, äußerte er sein Unverständnis zu dem Vorgehen der Auftraggeberin. Sie könne keine Gründe erkennen, warum die Auftraggeberin das jetzige Verfahren nicht aufhebe oder verschiebe. Zudem wäre der Auftraggeberin die Durchführung des Rettungsdienstes ab dem 01.01.2009 durch die nach § 12 Abs. 5 SächsLRettDPVO mögliche Vertragsverlängerung mit den bisherigen Leistungserbringern bis zu einer Entscheidung des BGH unproblematisch möglich. Der Verfahrensbevollmächtigte rügte die erst jetzt durch die Antragstellerin festgestellte Bindefrist bis zum 30. Juni 2009 als rechtswidrig und forderte die Auftraggeberin auf, die Bindefrist zu verkürzen oder den Vertragsbeginn nach hinten zu verschieben.
Die Auftraggeberin wandte sich im Rahmen der Beantwortung von Bieteranfragen mit Schreiben vom 17.10.2008 auch an den Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin. Zunächst brachte sie zum Ausdruck, dass sie nicht der Auffassung sei, dass ein förmliches Vergabeverfahren zur angestrebten rechtssicheren Ausgestaltung des Auswahlverfahrens beitragen würde. Zudem beabsichtige die Auftraggeberin die am Verfahren beteiligten Bewerber entsprechend § 28 VwVfG über die getroffene Auswahlentscheidung anzuhören, wobei sie sich inhaltlich an die Anforderungen nach § 13 VgV halten wolle, so dass wirksame Verträge zu Stande kämen und die vergaberechtliche Nichtigkeitsfolge nicht zu befürchten sei. Fortfolgend nahm die Auftraggeberin zu den mit dem Rügeschreiben der Antragstellerin aufgeworfenen Fragen und Problemen umfassend Stellung bzw. trat diesen entgegen.
Mit Schreiben vom 23.10.2008 nahm die Auftraggeberin zu weiteren Anfragen von Bewerbern auch gegenüber der Antragstellerin Stellung und klärte diese entsprechend auf.

Die Antragstellerin wandte sich mit Schreiben vom 27.10.2008 an die Auftraggeberin und machte darauf aufmerksam, dass diese mit ihren Rundschreiben noch nicht auf alle durch sie gerügten Punkte eingegangen sei, so insbesondere zu den Ziffern 1, 2, 3, 6, 7, 10 und 13. Die Antwort zu Ziffer 7 würde klar die bisherigen Vertragsinhaber bevorzugen und die Beantwortung zu Ziffer 8 sei unschlüssig und widersprüchlich. Die Antragstellerin machte die Auftraggeberin abschließend darauf aufmerksam, dass sie bei Fortsetzen des Auswahlverfahrens nichtige Verträge abschließen werde. Sie führte weiter aus, dass sie sich aufgrund der diskriminierenden Ausschrei-

bungsunterlagen nicht in der Lage sähe, ein Angebot abzugeben. Sie forderte die Auftraggeberin letztmalig zu einer unverzüglichen Abhilfeentscheidung auf.

Mit Schreiben vom 29.10.2009 entgegnete die Auftraggeberin dem Vortrag der Antragstellerin und erklärte, dass sie der Auffassung sei, dass das eingeleitete Auswahlverfahren den rechtlichen Anforderungen entspräche, denen es unterworfen sei. Sie informierte die Antragstellerin, dass sie deren Einwände zu Ziffer 1, 2, 3, 6, 7, 10 und 13 ihres Schreibens vom 08.10.2008 sowie in ihrer E-mail vom 17.10.2008 nicht teile.

Mit Schreiben vom 06.11.2009 wandte sich die Antragstellerin erneut an die Auftraggeberin und rügte zunächst die unbefriedigenden Antworten auf ihren bisherigen Rügevortrag. Zudem trug sie vor, dass ihr zur Kenntnis gelangt sei, dass das Auswahlverfahren durch einen anderen Bewerber mit einem Vergabenachprüfungsverfahren angegriffen worden sei. Die Auftraggeberin hätte sie dazu nicht informiert. Sie unterstrich, dass sie weiterhin an der Abgabe eines Angebotes interessiert sei, sich aber durch die rechtswidrigen Ausschreibungsbedingungen an der Abgabe eines Angebotes gehindert sähe.

Die Antragstellerin wandte sich nach Erhalt der Beschlüsse des BGH vom 01.12.2008, Az: X ZB 32/08 und X ZB 31/08 mit E-mail vom 22.12.2008 an die Auftraggeberin - und beklagte, dass sie nach wie vor keine zufriedenstellende Antwort auf ihre Rügen erhalten hätte. Nach den Feststellungen des BGH müsse die Durchführung der Notfallrettung und des Krankentransportes in einem förmlichen Vergabeverfahren beauftragt werden. Sie habe bisher von der Auftraggeberin keine Information zur Vergabe entsprechend § 13 VgV erhalten. Ihr Interesse am Auftrag würde fortbestehen, allerdings sähe sie sich nach wie vor durch das rechtswidrige Verfahren an der Abgabe eines Angebotes gehindert. Sie forderte die Auftraggeberin auf - bei bestehender Beschaffungsabsicht - unverzüglich zu erklären, dass sie ein gemeinschaftskonformes Vergabeverfahren durchführen werde.

Abermals mit E-mail - vom 09.01.2009 - wandte sich die Antragstellerin an die Auftraggeberin und mahnte erneut – bei bestehender Beschaffungsabsicht – die Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß § 97 ff. GWB an. Sie erklärte, dass ihr Verständnis erschöpft sei, dass sie nach wie vor großes Interesse am Auftrag hätte und dass ihr ein erheblicher Gewinn entgehen würde, wenn sie den Auftrag nicht erhalten würde. Unter Fristsetzung forderte sie die Auftraggeberin auf, die entsprechende Erklärung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß § 97 ff. durchzuführen, abzugeben. Für den Fall, dass diese Frist fruchtlos verstreichen würde, drohte sie die Beantragung eines Nachprüfungsverfahrens bei der zuständigen Vergabekammer an.

Am 19.01.2009 ging bei der erkennenden Vergabekammer ein Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin ein, in dem dieser die Vergabenachprüfung beantragte. Zur Be-

gründung verwies die Antragstellerin auf ihren Rügevortrags und trug vertiefend dazu vor. Sie unterstrich nochmals, dass es ihr unmöglich gewesen sei, ein Angebot in diesem Auswahlverfahren abzugeben. Das Auswahlverfahren sei eklatant rechtswidrig. Die Bestimmungen über das Vergaberecht würden nicht eingehalten, obwohl mit Beschluss des BGH vom 01.12.2008, Az: X ZB 31/08 und X ZB 32/08 ausdrücklich festgestellt worden sei, dass zur Übertragung von Dienstleistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 1 GWB durchzuführen wären. Zudem wären durch die Antragstellerin noch weitere Vergaberechtsverstöße festgestellt worden. Die Wertungsstufen würden bei der Wertung rechtwidrig vermischt werden. Hinsichtlich einer zwischenzeitlich durch die Auftraggeberin vorgenommenen Interimslösung sei die Antragstellerin nicht einbezogen worden und sie wäre auch nicht entsprechend § 13 VgV über eine Vergabe informiert worden. Auch dieses Vorgehen entspräche nicht den vergaberechtlichen Anforderungen. Abschließend erklärte die Antragstellerin, dass die Direktvergabe der Dienstleistung im Bereich der Notfallrettung und des Krankentransportes rechtswidrig sei und die Antragstellerin in ihren Rechten verletze. Da das Auftragsvolumen erheblich über dem Schwellenwert des § 2 Nr. 3 VgV liege, sei die Auftraggeberin verpflichtet, die gegenständlichen Aufträge auf der Grundlage der VOL/A auszuschreiben.

Die Vergabekammer stellte den Antrag der Auftraggeberin unverzüglich zu und erbat die Vorlage der Vergabeunterlagen.

Nachdem die Vergabekammer die Auftraggeberin unter Fristsetzung bat, die angekündigte Stellungnahme zum Antrag der Antragstellerin abzugeben, zeigte sich mit Schreiben vom 04.02.2009 der Verfahrensbevollmächtigte der Auftraggeberin an und trat dem Vortrag entgegen. Er erklärte, dass der Antrag nach ihrer Auffassung unzulässig und darüber hinaus auch unbegründet sei. Der Antragstellerin fehle die Antragsbefugnis, da sie sich nicht aktiv am Auswahlverfahren beteiligt hätte. Es fehle auch am substantiierten Vortrag der Antragstellerin, dass sie sich gerade durch die „fehlende Bekanntmachung" gehindert gesehen hätte, ein Angebot abzugeben. Darüber hinaus hätte die Antragstellerin die von ihr erkannten Vergaberechtsverstöße nicht ordnungsgemäß im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB gerügt. Bezug nehmend auf die Entscheidung des OLG Dresden, Beschluss vom 07.11.2008, Az: WVerg 005/08 bestände auch im Falle des rettungsdienstlichen Auswahlverfahrens eine Rügeobliegenheit des Bieters. Dieser wäre die Antragstellerin nicht nachgekommen, denn sie hätte die durch sie erkannte „falsche Verfahrensart" nicht unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB gerügt. Die Antragstellerin hätte vom Erkennen der angeblichen Vergaberechtsverstöße in der Bekanntmachung vom 25.09.2008 zwölf Tage vergehen lassen, bis am 07.10.2008 der Auftraggeberin die Rüge der Antragstellerin zugegangen sei. Dabei müsse berücksichtigt werden, dass die Antragstellerin umfangreiche vergaberechtliche Erfahrungen habe und auch die Erwägungen des Senats, die den Beschlüssen vom 04.07.2008, Az: WVerg 003/08 und Az: WVerg 004/08 zu Grunde liegen, kenne. Die Antragstellerin sei daher auf Grund der Nichteinhaltung ihrer Rügeobliegenheit mit ihren Vorträgen im

Rahmen des Vergabenachprüfungsantrages präkludiert. Zudem hätte die Antragstellerin ein entsprechendes Nachprüfungsrecht durch ihr Verhalten verwirkt (§ 242 BGB). Die Antragstellerin hätte einen Zeitraum von mehr als drei Monaten vom Tag des Rügevortrages bis zur Einreichung des Vergabenachprüfungsantrages verstreichen lassen. In Kenntnis, dass das Auswahlverfahren planmäßig Ende 2008 abgeschlossen sein sollte, hätte sie die Zeit ungenutzt verstreichen lassen und erst am 19.01.2009 ihren Vergabenachprüfungsantrag eingereicht. Selbst in Kenntnis des erfolglosen Nachprüfungsverfahrens eines am Verfahren beteiligten Bieters hätte die Antragstellerin keine Notwendigkeit gesehen, einen eigenen Vergabenachprüfungsantrag einzureichen. Vor diesem Hintergrund des Verhaltens der Antragstellerin hätte die Auftraggeberin darauf vertrauen dürfen, dass durch die Antragstellerin keine vergaberechtliche Überprüfung beantragt werde. Die Auftraggeberin trug weiter vor, dass der Nachprüfungsantrag auch unbegründet sei. Die Auftraggeberin hätte ein ordnungsgemäßes rettungsdienstliches Auswahlverfahren gemäß § 31 SächsBRKG eingeleitet und umfassend die vergaberechtlichen Grundsätze gemäß § 97 GWB zur Anwendung gebracht. Unter Hinweis auf die Entscheidung des OLG Dresden, Beschluss vom 11.11.2008, Az: WVerg 006/08, wäre zwischenzeitlich auch eine rechtmäßige Interimsbeauftragung an die bisherigen Leistungserbringer ergangen. § 12 Abs. 5 SächsLRettDPVO würde Verhandlungen zu einer solchen Interimsvereinbarung nur mit den bisherigen Leistungserbringern zur Fortsetzung der bestehenden Verträge ermächtigen. Daher könne eine Informationspflicht gemäß § 13 VgV nicht bestehen, da bei einer Vertragsverlängerung gerade keine weiteren Bieter in die Verhandlungen einbezogen würden. Auch die Antragstellerin hätte in ihrer E-mail vom 17.10.2008 die Auffassung vertreten, dass eine Verlängerung gemäß § 12 Abs. 5 SächsRettDPVO „unproblematisch" möglich wäre. Soweit die Antragstellerin einzelne Vergaberechtsverstöße behaupte, ohne zu diesen jedoch weiter auszuführen, würde die Auftraggeberin auf ihre Schreiben vom 17.10.2008, 23.10.2008 und 29.10.2008 verweisen.

Die Antragstellerin trat dem Vortrag der Auftraggeberin mit Schreiben vom 06.02.2009 erneut entgegen. Sie wandte ein, dass die Zulässigkeit ihres Antrages nicht daran scheitern könne, dass sie sich nicht aktiv am Auswahlverfahren beteiligt hätte. Die Antragstellerin hätte ihr Interesse am Auftrag bekundet und wäre im weiteren Verlauf des Verfahrens darum bemüht gewesen, die Auftraggeberin von der Rechtswidrigkeit des eingeleiteten Verfahrens zu überzeugen. An der Abgabe eines Angebotes sah sich die Antragstellerin gerade durch die von ihr als rechtswidrig gerügten Ausschreibungsunterlagen gehindert. Die Antragstellerin wies dazu auf ihre umfänglichen Ausführungen in ihrem Nachprüfungsantrag vom 19.01.2009 und auf den ihr möglicherweise drohenden Schaden hin. Denn, so die Ausführungen der Antragstellerin, würde ein vergabekonformes Vergabeverfahren durch die Auftraggeberin durchgeführt, so wäre der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen. Überdies wäre die Antragstellerin auch ihrer Rügeverpflichtung entsprechend § 107 Abs. 3 GWB nachgekommen, wobei sie davon ausginge, dass diese Verpflichtung gerade nicht bestände, da die Auftraggeberin kein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren durchführen wolle. Auch unter Beachtung der Rechtssprechung des

OLG Dresden, so im Beschluss vom 07.11.2008, Az: WVerg 0005/08 wäre die Antragstellerin bei Vorliegen einer Rügeverpflichtung dieser unverzüglich – nämlich innerhalb rund einer Woche - nachgekommen. Der Zugang der Vergabeunterlagen wäre zwar am 01.10.2008 erfolgt allerdings hätte sich die Antragstellerin erst am 06.10.2009 damit auseinandersetzten können, da sie sich an einer Vielzahl von Vergabeverfahren beteiligen würde. Damit hätte die Kenntnis von Vergaberechtsverstößen erst am 06.10.2008 bei der Antragstellerin vorgelegen. Diese erkannten Vergaberechtsverstöße wären dann mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 06.10.2008 unverzüglich gerügt worden. Die Bekanntmachung vom 25.09.2008 sei für die Frage der Unverzüglichkeit, entgegen der Auffassung der Auftraggeberin, ohne Bedeutung. Die Bekanntmachung sei der Antragstellerin am 26.10.2008 zur Kenntnis gelangt, wobei dieser Zeitpunkt nicht ausschlaggebend sei, da sich aus der Kenntnis der Bekanntmachung noch keine Kenntnis von Vergabeverstößen ergäbe und auch nicht ergeben könne. Vielmehr hätte die Antragstellerin ohne Kenntnis der Vergabeunterlagen die Vergabeverstöße nicht erkennen können. So sei es nicht möglich gewesen, die Rechtswidrigkeit der Aufteilung der Lose, die Rechtswidrigkeit der Bewertungsmatrix oder die rechtswidrige Ausgestaltung des vorgesehenen Betriebsübergangs ohne Kenntnis der konkreten Einzelheiten der Ausschreibungsunterlagen zu rügen. Selbst die Wahl des falschen Vergabeverfahrens hätte durch die Antragstellerin erst auf Grund der Ausschreibungsunterlagen erkannt werden können. Insbesondere sei durch die Antragstellerin nach der Entscheidung des OLG Dresden, Beschluss vom 04.07.2008, Az: WVerg 003/08 nicht zu erwarten gewesen, dass die Auftraggeberin kein vergaberechtskonformes Verfahren durchführen wolle. Aber selbst wenn die Antragstellerin mit der Wahl der falschen Verfahrensart präkludiert sei, so könne dies in keinem Fall dazu führen, dass die Antragstellerin deswegen mit allen weiteren Rügen präkludiert wäre. Einer solchen Auslegung würde zudem die Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 11.10.2007, Az: C 241/06 entgegenstehen. Die Antragstellerin führte weiter aus, dass auch keine Verwirkung entsprechend § 242 BGB in Betracht käme, wozu sie umfänglich ausführte. Ihr sei weder Untätigkeit noch schlicht passives Verhalten vorzuwerfen. Auch hätte sie der Auftraggeberin keinen Anlass zu der Annahme gegeben, dass sie keinen Antrag auf Vergabenachprüfung einreichen werde. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB würde sich nicht ableiten lassen, dass es einer Partei erlaubt sei, weiterhin und immer aufs Neue gegen geltendes Recht zu verstoßen. Schlussendlich, so die Ausführungen der Antragstellerin, sei der Antrag auch begründet. Das durch die Auftraggeberin gewählte Auswahlverfahren würde nicht den Anforderungen der VOL/A genügen. Auch sei die durch die Auftraggeberin zwischenzeitlich erfolgte Interimsvergabe rechtswidrig. Die Antragstellerin widersprach dabei auch den Ausführungen der Auftraggeberin, dass sie in ihrer E-mail vom 17.10.2008 einer Interimsvergabe zugestimmt hätte. Vielmehr hätte die Antragstellerin vermeiden wollen, dass die Auftraggeberin voreilig vor der Ende November bzw. Anfang Dezember erwarteten Entscheidung des BGH handeln wolle. Selbstverständlich sei eine Interimsvergabe, so auch nach Auffassung des Sächsischen Staatsministeriums des Inneren, Schreiben vom 03.02.2009, nur unter Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften möglich gewesen.

Die Auftraggeberin trat den Ausführungen der Antragstellerin mit Schreiben vom 12.02.2009 erneut entgegen und vertiefte bzw. ergänzte diese umfassend. Unter Verweis auf die Entscheidung des OLG Dresden, Beschluss vom 07.11.2008, Az: WVerg 0005/08 sei bei einem öffentlich - rechtlichen Auswahlverfahren eine Rügeobliegenheit gegeben. Dieser hätte die Antragstellerin, wie bereits durch die Auftraggeberin ausgeführt, nicht entsprochen. Die Antragstellerin hätte auch spätestens, entgegen ihres Vortrags, am 01.10.2008 positive Kenntnis vom Vorgehen der Auftraggeberin gehabt, denn die auf den Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin ausgestellte Vollmacht wiese als Datum der Ausstellung den 02.10.2008 aus. Hinsichtlich der zwischenzeitlich erfolgten Interimsvergabe stütze sich die Auftraggeberin auf die Ausführungen des OLG Dresden, (Hinweis-)Beschluss vom 11.11.2008, Az: WVerg 0006/08. Danach sei eine Interimsvergabe durch Anschlussverträge mit den bisherigen Leistungserbringern vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Auch eine Informationspflicht entsprechend § 13 VgV könne für die Interimslösung nicht gegeben sein, da für diese nur der bisherige Leistungserbringer in Frage gekommen wären. Daher habe es für die Interimsvergabe keinen weiteren am Verfahren beteiligten Bieter gegeben, gegenüber dem eine solche Informationspflicht hätte bestehen können.

Die Antragstellerin trat dem Vorbringen der Auftraggeberin mit neuerlichem Schriftsatz – bei der Vergabekammer am 17.02.2009 eingegangen – erneut entgegen, wobei sie zu ihrer bisherigen Rechtsauffassung nochmals vertiefend ausführte:

Auch die Auftraggeberin vertiefte mit Schreiben vom 19.02.2009 nochmals ihre Rechtsauffassung und trat den Ausführungen der Antragstellerin vertiefend entgegen. Hinsichtlich der Kenntnis eines möglichen Vergaberechtsverstoßes verwies die Auftraggeberin auf das Rügeschreiben der Antragstellerin in dem diese ausgeführt hätte, sie habe der Bekanntmachung entnommen, dass die Auftraggeberin kein europaweites Ausschreibungsverfahren und insbesondere kein Verfahren entsprechend den Bestimmungen der VOL/A durchführen wolle. Auch würde die Antragstellerin mit ihren neuerlichen Vorträgen versuchen, ihre eigene, vor Antragstellung auch in Schriftsätzen geäußerte, Rechtsauffassung umzudeuten. Die Antragstellerin hätte bis zur Entscheidung des BGH die Rechtsauffassung vertreten § 31 SächsBRKG i.V.m. § 12 Abs. 6 SächsLRettDPVO sei mit Vergaberecht nicht vereinbar. Auch hätte die Antragstellerin eine Interimsvergabe an den bisherigen Leistungserbringer zunächst als unproblematisch gesehen. Zudem bestreite die Auftraggeberin, dass die Antragstellerin über die personelle Leistungsfähigkeit verfüge, um die Leistung für alle Lose, wie durch die Antragstellerin behauptet, zu erbringen. Sie forderte die Antragstellerin auf dazu substantiiert vorzutragen und zu erklären, ob sie an ihrer Behauptung festhalte. Zudem ginge die Antragstellerin auch davon aus, dass die Antragstellerin an der Leistungserbringung im Rahmen einer Interimsvergabe kein Interesse signalisiert hätte. Vielmehr hätte sie ausdrücklich darauf verwiesen, dass eine Interimsvergabe mit dem bisherigen Leistungserbringer unproblematisch zu realisieren wäre.

In der mündlichen Verhandlung am 03.03.2009 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

Im Ergebnis der mündlichen Verhandlung stellte die Antragstellerin ihre Anträge aus dem Antragsschriftsatz vom 19.01.2009 zu Ziffer 2, 6 und 7.

Ziffer 2 Der Antragsgegner wird verpflichtet, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht, ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Dienstleistungen im Bereich von Notfallrettung und Krankentragsport nur nach Vergabebekanntmachung und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer im Rahmen eines förmlichen, gemeinschaftsrechtskonformen Vergabeverfahren durchzuführen.

Ziffer 6 Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.

Ziffer 7 Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin zu tragen.

Die Auftraggeberin stellte ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 04.02.2009:

Ziffer 1 Der Nachprüfungsantrag wird kostenpflichtig zurückgewiesen..

Ziffer 2 Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.

Ziffer 3 Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Antragsgegners.

II.

Der Antrag auf Nachprüfung des Vergabeverfahrens ist zulässig (1.)und in der Sache überwiegend begründet (2.).

1.

a) Zuständigkeit der Vergabekammer

Die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gemäß § 2 der Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über Einrichtung, Organisation Vergabekammern des Freistaates Sachsen (SächsVgKVO) vom 23.03.1999 (SächsGVBl. S. 214) zuletzt geändert durch Verordnung vom 31.03.2004 (SächsGVBl. S. 135) für den Antrag zuständig.

Die Auftraggeberin, die Landeshauptstadt Dresden, unterliegt gemäß § 98 Nr. 1 GWB dem Vergaberechtsregime.
Bei dem hier ausgeschriebenen Auftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 Abs. 4 GWB, einen Dienstleistungsauftrag, dessen Durchführung sich zunächst grundsätzlich nach den Bestimmungen der VOL/A regelt.

So führte der BGH, Beschluss vom 01.12.2008, Az: X ZB 31/08 u.a. aus:
„Die Vergabe von Dienstleistungen der hier interessierenden Art ist nach nationalem Recht jedoch nicht von dem GWB-Vergaberegime ausgenommen, wie die Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen ergibt.
Ausgangspunkt für diese Auslegung ist - wie stets - der Gesetzeswortlaut. Dieser weist die beabsichtigte Vergabe von Rettungsdienstleistungen aber eindeutig dem GWB-Vergaberegime zu, weil § 99 Abs. 1 GWB allein darauf abstellt, dass die Leistung in dem bereits erörterten Sinne Gegenstand eines entgeltlichen Vertrags zwischen öffentlichem Auftraggeber und Unternehmen werden soll. Es kommt hinzu, dass das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen selbst in § 100 Abs. 2 einen allgemein als abschließend angesehenen Katalog von Verträgen benennt, für die das GWB- Vergaberegime nicht gelten soll, ohne darin Aufträge der im Januar 2008 vom Antragsgegner angekündigten Art aufgenommen zu haben.
Die Geltung des GWB-Vergaberegimes auch für die Vergabe dieser Verträge und das dabei einzuhaltende Verfahren kann auch nicht als mit dem Zweck des Gesetzes unvereinbar angesehen werden, der zur Auslegung ebenfalls herangezogen werden muss (BGHZ, 126). Die hierzu ergangenen Vorschriften dienen dazu, unter Wahrung von Transparenz und Gleichbehandlung am Auftrag Interessierter der öffentlichen Hand zu ermöglichen und sie anzuhalten, möglichst unter Nutzung vorhandenen Wettbewerbs das wirtschaftlichste Angebot zu erhalten und wahrzunehmen. Dieser Zweck kann ohne weiteres auch für die im Streitfall interessierenden Verträge Geltung beanspruchen. Es erscheint geradezu sinnvoll, auch diese Nachfrage der öffentlichen Hand in der nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehenen Weise abzuwickeln, nicht zuletzt angesichts des auch vom vorlegenden Oberlandesgericht herangezogenen Umstands, dass es bekanntermaßen althergebrachter Praxis entspricht, die fraglichen Leistungen durch außerhalb des Staates stehende Organisationen oder Unternehmen, häufig sogar auf rein privatrechtlicher Grundlage, erbringen zu lassen. Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zu Verträgen, die nach der Rechtsprechung des Senats § 99 Abs. 1 GWB nicht unterfallen, obwohl auch sie in den Ausnahmekatalog des § 100 Abs. 2 GWB nicht aufgenommen sind (BGHZ 148, 155), nämlich zu Verträgen mit Unternehmen, deren alleiniger Anteilseigner der öffentliche Auftraggeber ist, über die er eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt und die ihre Tätigkeit im Wesentlichen für diesen öffentlichen Auftraggeber verrichten. Denn dann wird der Sache nach kein anderer beauftragt; die Tätigkeit wird vielmehr von einer Stelle erbracht, die der öffent-

lichen Verwaltung bzw. dem Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers zuzurechnen ist, so dass für einen geregelten Wettbewerb schon von vornherein kein Raum ist.
....."

Danach dürfe sich der Auftraggeberin entsprechend der Ausführungen des BGH, Beschluss vom 01.12.2008, Az: X ZB 031/08, nicht darauf beschränken, die mit seiner Bekanntmachung nachgefragten Dienstleistungen nach Maßgabe des in der Sächsischen Landesrettungsdienstplanverordnung näher geregelten Auswahlverfahrens zu vergeben. Vielmehr würde die hier in Rede stehende Dienstleistung, vorbehaltlich einer anderen Anschlussbeschwerdeentscheidung, nach den Feststellungen der VK Sachsen, Beschluss vom 26.03.2008, Az: 1/SVK/004-08 Leistungen der Kategorie 25 des Anhangs I B zur VOL/A 2006 betreffen, so dass deshalb § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A 2006 eingreift. Der Auftraggeber hat somit nach Maßgabe der Basisparagraphen des Abschnitts 2 der VOL/A 2006 sowie der §§ 8a und 28a dieses Abschnitts im Rahmen des durch den Ersten Abschnitt des Vierten Teils des GWB geschaffenen Vergaberegimes zu verfahren.

Die streitbefangenen Leistungen der Rettungs- und Krankentransporte unter Begleitung eines Sanitäters fallen sowohl unter Anhang I A, Kategorie 2, als auch unter Anhang I B, Kategorie 25 VOL/A, 2. Abschnitt.

§ 1 a VOL/A 2. Abschnitt bestimmt, dass bei Leistungen, die sowohl unter Anhang I Teil A als auch unter Anhang II Teil B fallen die Anwendung des Vergaberechts danach zu bestimmen ist, welcher Wert überwiegt. Entscheidend ist also der finanzielle Schwerpunkt der Leistung (vgl. EuGH, Urteil vom 24.09.1998 - Rs. C-76/97 (Tögel); EuGH Urteil v. 14.11.2002, Rs. C-411/00 (Felix Swoboda)). Damit entspricht die Formulierung des § 1 a VOL/a nicht exakt den europarechtlichen Vorgaben *(Bischoff in Kompaktkommentar Vergaberecht, 1. Aufl. 2008,Rnr.29 zu § 99 GWB*). Vorliegend unterfallen die streitbefangenen Leistungen der Rettungs- und Krankentransporte unter Begleitung eines Sanitäters zum Gegenstand haben sowohl unter Anhang IA, Kategorie 2, als auch unter Anhang IB, Kategorie 25 – der Schwerpunkt ist mithin entscheidend.

Insoweit spricht nach Auffassung der erkennenden Vergabekammer vieles für eine Zuordnung der streitbefangenen Leistungen der Rettungs- und Krankentransporte zur Kategorie I B, was bedeutet, dass neben den Basisparagraphen lediglich die §§ 8a, 28a VOL/A anwendbar sind. Dass aber ändert nichts an ihrer Eigenschaft als zu beschaffende Dienstleistungen im Sinne von § 97 Abs. 1 GWB. Deren Vergabe unterliegt nach nationalem Recht, sofern die weiteren Voraussetzungen der § 98 ff. GWB erfüllt sind, der Nachprüfung gem. §§ 102 ff. GWB. Dies hat dem (deutschen) Gesetzgeber nicht die Befugnis genommen, nachrangige Dienstleistungen nach Anhang I B der Vergabenachprüfung zu unterwerfen, wie dies in § 99 GWB geschehen ist (OLG Dresden Beschluss 25.01.2008, WVerg 10/07). In der Rechtsprechung ist mittlerweile anerkannt, dass bei Vergaben nach Anhang I B zur VOL/A, 2. Abschnitt, Rechtsschutz zu den Vergabekammern und Oberlandesgerichten gegeben ist. (vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 25.01.2008,

Az: WVerg 10/07, OLG Saarbrücken, Beschluss vom 20.09.2006, Az: 1 Verg 3/06). Lediglich die Prüfungskompetenz der Vergabekammer ist gemäß § 1a Nr. 2 Absatz 2 auf die Bestimmungen der Basisparagraphen des 2. Abschnittes der VOL/A und die § 8a VOL/A und § 28a VOL/A beschränkt (VK Sachsen, Beschluss vom 05.02.2007 - 1/SVK/125-06, Beschluss vom 18.08.2006 - 1/SVK/077-06, Beschluss vom 26.03.2008, Az: 1/SVK/005-08).

Für das hier in Streit stehende Vergabeverfahren ist zu dem festzustellen, dass die Antragstellerin gerade die Durchführung eines solchen Verfahrens - nach den Bestimmungen der Basisparagraphen der VOL/A und die § 8a VOL/A und § 28a VOL/A – gegenüber der Auftraggeberin mit Rügeschreiben vom 06.10.2008 anmahnte, auch wenn sie mit ihren späteren Vorträgen im Rahmen des Vergabenachprüfungsverfahrens die Durchführungen eines Vergabeverfahrens ohne Einschränkungen auf der Grundlage der VOL/A 2. Abschnitt für (eigentlich) geboten hält.

Der Schwellenwert nach §§ 100 Abs. 1, 127 GWB ist vorliegend überschritten, da der geschätzte Auftragswert den EU-Schwellenwert, der sich seit 01.01.2008 unmittelbar aus der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 vom 04.12.2007 ergibt, überschritten ist.
Nach § 100 Abs. 1 GWB unterliegen der Nachprüfung durch die Vergabekammer nur Aufträge, welche die Auftragswerte (Schwellenwerte) erreichen oder überschreiten. Der Schwellenwert für Dienstleistungen wird gegenwärtig in der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 vom 04.12.2007 mit 206.000,00 Euro ausgewiesen. Nach den Angaben der Auftraggeberin übersteigt der geschätzte Auftragswert diesen Schwellenwert erheblich.

Abschließend und zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Vergabekammer für das streitgegenständliche Verfahren zuständig ist.

b) Zulässigkeit, Antragsbefugnis
Die Antragstellerin ist antragsbefugt.

Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat ***(a)***, eine Verletzung in bieterschützenden Rechten ***(aa)*** und zumindest einen drohenden Schaden durch den individuell behaupteten Vergaberechtsverstoß darlegt ***(aaa)***.
Entscheidend für die Antragsbefugnis ist mithin die Eignung des jeweils gerügten Vergaberechtsverstoßes, eine solche Beeinträchtigung der Zuschlagschancen begründen zu können.
Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist daher erforderlich aber auch ausreichend, dass der Antragsteller schlüssig behauptet, dass und welche vergaberechtlichen Vorschriften verletzt worden sein sollen und dass er ohne die Rechtsverletzung eine Chance auf Erteilung des Zu-

schlags hätte, so dass der behauptete eingetretene oder drohende Schaden auf die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften zurückzuführen ist.

In der Regel setzt dies die Abgabe eines eigenen Angebotes voraus. Denn derjenige Unternehmer, der sich einer Angebotsabgabe enthält, vergibt sich selbst von vornherein jeglicher Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten und ist daher grundsätzlich nicht antragsbefugt.

Auch das Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 29.07.2004 - 2 BvR 2248/03 führte aus, dass das Vorliegen der Antragsbefugnis, soweit sich ein Antragsteller nicht mit einem Angebot an einem Vergabeverfahren beteiligte „*in der Tat*" ....„*problembehaftet*" sei.
Damit wurde nach Auffassung der erkennenden Vergabekammer verdeutlicht, dass es sich bei der Feststellung des Vorliegens der Antragsbefugnis ohne Abgabe eines eigenen Angebots um einen Ausnahmetatbestand handelt, welcher zu einer erhöhten Darlegungs- und Begründungspflicht des Antragstellers führt, um das erforderliche Interesse am Auftrag nachzuweisen (VK Südbayern, Beschluss vom 18.06.2007, Az.: Z3-3-3194-1-22-05/07; Beschluss vom 29.01.2007, Az.: 39-12/06, 3. VK Saarland, Beschluss vom 30.11.2007, Az.: 1 VK 5/2007).

Folglich ist vergaberechtlich auch anerkannt, dass die bewusste Unterlassung der Angebotsabgabe bei Darlegung und Begründung solcher Ausnahmetatbestände die Antragsbefugnis gerade nicht in Frage stellt.

So kann eine Antragsbefugnis trotz unterlassener Angebotsabgabe dann in Betracht kommen, wenn der Unternehmer gerade durch den gerügten Verfahrensfehler an der Abgabe oder sogar schon an der Erstellung des Angebots gehindert worden ist (OLG Dresden, Beschluss vom 04.07.2008, Az: WVerg 3/08, Beschluss vom 29.10.2009, Az: WVerg 0010/08, OLG Saarland, Beschluss vom 07.05.2008, Az: 1 Verg 5/07; OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.05.2007, Az: 11 Verg 12/06; 2. VK Bund, Beschluss vom 29.05.2008, Az: VK 2-58/08; 1. VK Sachsen, Beschluss vom 30.04.2008, Az: 1/SVK/020-08; Beschluss vom 26.03.2008, Az: 1/SVK/005-08).

(a) Interesse am Auftrag
Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag dadurch bekundet, dass sie nach Veröffentlichung des Auswahlverfahrens zunächst um Übersendung der Vergabeunterlagen bat. Nach Erhalt der selbigen hat die Antragstellerin wiederholt gegenüber der Auftraggeberin ihr fortbestehendes Interesse im Rahmen ihres Rügeschreibens und des nachfolgenden Schriftwechsels glaubhaft dargelegt. Schlussendlich reichte sie den Vergabenachprüfungsantrag ein, um ihre Interessen am Auftrag weiter verfolgen zu können.

(aa) Verletzung in bieterschützenden Rechten

Die Antragstellerin sah sich vorliegend nach ihrem Rügeschreiben vom 06.10.2008 an der Abgabe eines Angebotes gehindert, weil das von der Auftraggeberin bekannt gemachte Auswahlverfahren nicht den Anforderungen eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen der VOL/A entspräche und zudem an weiteren gravierenden Fehlern leiden würde, die ihr die Abgabe eines Angebotes unmöglich gemacht hätte.

Wie durch die erkennende Vergabekammer erstmals mit Beschluss vom 26.03.2008, Az: 1/SVK/005-08 entschieden, mit Vorlagebeschluss des OLG Dresden, Beschluss vom 04.07.2008, Az: WVerg 03/08 bestätigt und nunmehr höchstrichterlich mit Beschluss des BGH, Beschluss vom 01.12.2008, Az: X ZB 31/08 festgestellt, unterliegt die Vergabe von Leistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes nach § 31 SächsBRKG dem Vergaberecht und damit der vergaberechtlichen Nachprüfung.
Die Antragstellerin beantragte bei der erkennenden Vergabekammer bereits die unter dem Az: 1/SVK/041-08 und 1/SVK/042-08 registrierten und entschiedenen Vergabenachprüfungsverfahren. Spätestens mit den dazu ergangenen Beschlüssen vom August 2008 hatte die Antragstellerin Kenntnis von denen z.Z. im Freistaat Sachsen sich zwar in Nuancen unterscheidenden, aber wiederholend als vergaberechtswidrig eingestuften Auswahlverfahren der öffentlichen Träger der Notfallrettung und Krankentransporte. Durch Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen und damit Neuregelung des Sächsischen Gesetzes über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz zum 01.01.2009 waren die öffentlichen Träger der Notfallrettung und Krankentransporte veranlasst für die zu vergebenden Leistungen der Notfallrettung und Krankentransporte ein Auswahlverfahren auf der Grundlage von § 31 SächsBRKG durchzuführen.

In Kenntnis dieser Rechtslage sah sich die Antragstellerin, wie sie wiederholend vortrug, auch nach Auffassung der Vergabekammer zu Recht, außer Stande, ein Angebot abzugeben. Hinzu traten noch die durch die Antragstellerin gerügten Vergaberechtsverstöße, die es ihr unmöglich machten, durch Abgabe eines Angebotes ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis zu schaffen, auf dessen Erfüllung die Auftraggeberin ggf. bei Auswahlentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin so dann hätte bestehen können. Insoweit war also das Rechtsbedürfnis zu bejahen.

(aaa) drohender Schaden
Der drohende Schaden für die Antragstellerin (§ 107 Abs. 2 GWB) ergibt sich vorliegend aus dem möglicherweise zu befürchtenden Verlust des Auftrags außerhalb eines vergaberechtskonformen Verfahrens, auch wenn sich die Antragstellerin nicht mit einem eigenen Angebot am Auswahlverfahren beteiligte.

Mit der bereits in Bezug genommenen Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004 - 2 BvR 2248/03; wurde nämlich auch deutlich gemacht, dass an die Darlegung des entstandenen oder drohenden Schadens im Sinne des § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB keine sehr hohen Anforderun-

gen zu stellen sind. Es ist vielmehr als ausreichend anzusehen, dass ein Schadenseintritt nicht offensichtlich ausgeschlossen ist.
Dieses Verständnis wird auch durch die Entstehungsgeschichte des § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB belegt. Die Vorschrift wurde auf Vorschlag des Bundesrates in das Gesetz aufgenommen, um zu verhindern, dass ein Bieter, der auch bei einem ordnungsgemäß durchgeführten Vergabeverfahren keinerlei Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebots und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ein - investitionshemmendes - Nachprüfungsverfahren einleiten könne (BTDrucks 13/9340, S. 40 Nr. 22). Nicht antragsbefugt sollte danach also nur ein Unternehmen sein, bei dem offensichtlich eine Rechtsbeeinträchtigung nicht vorliegt.

Davon kann vorliegend jedoch nicht ausgegangen werden.
Für die erkennende Vergabekammer hat sich die Antragstellerin zu Recht nicht mit einem Angebot an dem rechtwidrigen Auswahlverfahren beteiligt. Sie hat umfassend und wiederholend dargestellt und begründet warum sie sich an der Abgabe eines Angebotes gehindert sah.
Die Antragsbefugnis entsprechend § 107 Abs. 2 GWB ist vorliegend festzustellen.

Die Antragstellerin stellte einen zulässigen Antrag entsprechend § 107 Abs. 3 GWB.

Soweit sich ein Bieter in einem Vergabeverfahren in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt sieht, muss er, um in einem Vergabenachprüfungsverfahren in zulässiger Weise gehört werden zu können, jeden vermeintlichen Vergaberechtsverstoß unverzüglich und separat rügen.
Diese Rügeobliegenheit besteht nicht, wenn es sich um eine sogenannte de-facto-Vergabe handelt.

Bei dem hier in Streit stehendem Auswahlverfahren handelt es sich nach den Feststellungen der Vergabekammer nicht um eine de-facto-Vergabe.

Die erkennende Vergabekammer kann der Auffassung der Antragstellerin, dass es sich vorliegend um eine de-facto-Vergabe handle, die keine Rügeobliegenheit auslöst, unter Beachtung der Rechtssprechung des OLG Dresden nicht beitreten. Wie im Beschluss des OLG Dresden, Beschluss vom 07.11.2008, Az: 0005/08 ausgeführt, ist von einer de-facto-Vergabe immer dann auszugehen, wenn entweder ein geregeltes Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags überhaupt nicht durchgeführt worden ist oder aber der Antragsteller der späteren Vergabenachprüfung in ein durchgeführtes Auswahlverfahren aus sachlich nicht tragfähigen Gründen nicht einbezogen worden war.
Außerdem, sei nicht einschränkungslos von einer de-facto-Vergabe auszugehen – und damit keine Rügeobliegenheit gegeben, wenn ein Auftraggeber ein Beschaffungsvorhaben durchführt und sich (erkennbar) nicht an Vergaberecht gebunden fühlt.

Vorliegend hatte die Auftraggeberin das Auswahlverfahren in verschiedenen Publikationsorganen als öffentliche Bekanntmachung tituliert. Damit war der Antragstellerin der Zugang zu dem Auswahlverfahren nicht verwehrt. Auch war es der Antragstellerin folglich möglich, das Auswahlverfahren, soweit es nach ihrer Rechtsauffassung nicht nach den vergaberechtlichen Bestimmungen durchgeführt würde, in einem Vergabenachprüfungsverfahren überprüfen zu lassen.
Auch wenn die Antragstellerin an und für sich von einer de-facto-Vergabe und damit von einem Entfallen der Rügeobliegenheit ausging, so ist dies für die Zulässigkeit ihres Antrages nicht relevant, denn sie hat eine zulässige Rüge im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB erhoben.

Die Antragstellerin ist ihrer Rügeobliegenheit mit ihrem Rügevortrag vom 06.10.2008 nachgekommen.

Sie rügte neben der Wahl des falschen Vergabeverfahrens ***(b)*** noch eine Vielzahl von vermeintlichen Vergaberechtsverletzungen zu denen späterhin unter ***(bb)*** ausgeführt wird.
Die Antragstellerin hat die zulässige Rüge auch, entgegen dem Vortrag der Auftraggeberin, unverzüglich im Sinne von § 121 BGB, also ohne schuldhaftes Zögern, vorgetragen.

(b) Wahl des falschen Vergabeverfahrens
Die Antragstellerin hat nach schriftsätzlichem Vortrag des Verfahrensbevollmächtigten vom 06.02.2009 am 26.09.2008 von der Bekanntmachung des Auswahlverfahrens Kenntnis erlangt. Gleichfalls im Schriftsatz vom 06.02.2009 erklärte die Antragstellerin die Vergabeunterlagen am 01.11.2008 zur Kenntnis genommen zu haben.
Das Rügeschreiben erfolgte durch den Verfahrensbevollmächtigten per Telefax am 06.10.2008, nach 20.00 Uhr, wodurch es erst am 07.10.2008 in den Empfangsbereich der Auftraggeberin gelangen konnte.
Nach Auffassung der erkennende Vergabekammer war die Rüge vom 06.10.2008 - Zugang bei der Auftraggeberin am 07.10.2008 - als unverzüglich erhoben, im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB, Satz 1 und 2, anzusehen.

Wie auch durch die Auftraggeberin vorgetragen, kann der Antragstellerin auf Grund der durch sie bei der erkennenden Vergabekammer unter dem Az: 1/SVK/041-08 und 1/SVK/042-08 beantragten Vergabenachprüfungsverfahren unterstellt werden, dass sie selbst – also auch ohne den Rechtsrat ihres Verfahrenbevollmächigten – gewisse Kenntnisse zu den Anforderungen einer öffentlichen Ausschreibung hat. Dies betrifft sowohl die Bekanntmachung als auch die Vergabeunterlagen; beides war auch Gegenstand der o.a. Nachprüfungsverfahren.
Dennoch war es der Antragstellerin nach Überzeugung der Vergabekammer gerade im Bewusstsein der Komplexität und der sich zwischenzeitlich ausdifferenzierten Spruchpraxis der erkennenden Vergabekammer als auch des OLG Dresden zu derartigen Auswahlverfahren nicht abzu-

verlangen, ohne Hinzuziehung erneuten Rechtsrates diese Problematik vergaberechtlich zu durchdringen und die entsprechenden Rüge zu formulieren. Außerdem, so auch der Vortrag der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, hätte ja auch die Auftraggeberin, als Konsequenz aus den bis zum September ausgeurteilten Nachprüfungsverfahren, ein vergabekonformes Verfahren durchführen können. In so weit wäre die Sichtung der Vergabeunterlagen durch einen mit Vergaberecht Vertrauten, hier dem Anwalt, unerlässlich gewesen.
Hinzu tritt, dass jeder angenommene Vergaberechtsverstoß, als Voraussetzung, mit diesem, in einem später eingeleiteten Vergabenachprüfungsverfahren in zulässiger Weise gehört zu werden, separat gerügt werden muss. Ob es die Antragstellerin vermocht hätte, auch mit eigenen Mitteln, die ihr erscheinende vergaberechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin in zulässiger Weise zu rügen, vermag die Vergabekammer nicht zu beurteilen.

In der mündlichen Verhandlung konnte unstreitig gestellt werden, dass die Antragstellerin ihren Verfahrensbevollmächtigten am 02.10.2008 beauftragte. Auf Befragen in der mündlichen Verhandlung führte der Verfahrensbevollmächtigte aus, dass die Beauftragung nach einem Telefonat mit dem Geschäftsführer der Antragstellerin zunächst per E-mail mit Versand des entsprechenden Vollmachtsformulars am 02.10.2008 erfolgt sei. Die Vollmacht selbst wäre ihm dann am gleichen Tag per Fax zugegangen. Die Vergabeunterlagen, die ihm durch die Antragstellerin zunächst per Post übersandt werden mussten, hätten ihm am 06.10.2008 vorgelegen. Er hätte so dann die Unterlagen gesichtet, das Rügeschreiben verfasst und den Inhalt mit der Antragstellerin besprochen, so dass er das Schreiben noch am 06.10.2008, nach 20.00 Uhr, per Fax, an die Auftraggeberin versandte; so dass es dieser am 07.10.2008 zur Kenntnis gelangen konnte.

Durch die Vergabekammer konnte unter Beachtung des schriftlichen als auch des mündlichen Vortrages der Antragstellerin nicht festgestellt werden, dass die Antragstellerin bzw. deren Verfahrensbevollmächtigte mit ihrem Rügevortrag zur Wahl des falschen Vergabeverfahrens nicht unverzüglich im Sinne von § 121 BGB gehandelt hätten, in dem sie die Rüge am 06.10.2008 an die Auftraggeberin per Fax versandte.

Nach § 107 Abs. 3, Satz 3 GWB sind Verstöße gegen Vergabevorschriften, <u>die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind</u>, spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber zu rügen.

Die Antragstellerin versandte am 06.10.2008 ihr Rügeschreiben, welches der Auftraggeberin am 07.10.2009 zur Kenntnis gelangte. In der Bekanntmachung war als Schlusstermin für die Bewebungen der 29.10.2008 angegeben. Damit hätte die Antragstellerin, soweit sie sich mit ihrem Rügevortrag auf Vergaberechtsverstöße bezöge, die sich erkennbar aus der Bekanntmachung ergeben, mit ihrem Rügeschreiben vom 06.10.2008 unzweifelhaft § 107 Abs. 3, Satz 2 GWB entsprochen.

Soweit die Auftraggeberin eine Rügeverletzung der Antragstellerin in Bezug auf die falsche Verfahrensart hinsichtlich § 107 Abs. 3, Satz 1 GWB sieht, kann die Vergabekammer auch dieser Rechtsauffassung nicht beitreten.

Die Antragstellerin hat nach Auffassung der erkennenden Vergabekammer auch ihre Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB - im Hinblick auf die falsche Verfahrensart - erfüllt.

Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB hat der Antragsteller die bereits im Vergabeverfahren erkannten (mutmaßlichen) Verstöße gegen Vergabevorschriften unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber zu rügen.

Mit ihrem Rügevortrag vom 06.10.2008 reklamierte die Antragstellerin u.a., dass die Auftraggeberin den öffentlichen Auftrag nicht im Rahmen einer EU-weiten Vergabe ausschreibe und sie mahnte die Beachtung der Regelungen der VOL/A an. Nach dem schriftsätzlichen Vorbringen der Verfahrensbevollmächtigten hätten sich diese in unmittelbaren Zusammenhang stehenden Vergaberechtsverstöße aus der Bekanntmachung ergeben.

Die Vergabekammer vermag der, durch die Auftraggeberin aufgestellten Vermutung, dass bereits mit „Lesen" des Textes der Bekanntmachung der Ausschreibung auch die Kenntnis eines möglichen Vergaberechtsverstoßes im Hinblick darauf, dass die Auftraggeberin die Bestimmungen der VOL/A nicht beachten wolle bzw. dem Auswahlverfahren nicht zu Grunde lege, nicht zu folgen.

Dass sich bereits aus der bloßen Kenntnis der Bekanntmachung, die als „öffentliche Bekanntmachung" tituliert ist, auch zwangsläufig die Kenntnis eines möglichen Vergaberechtsverstoßes „Wahl der falschen Vergabeart" als offensichtlich zeige, stellt sich für die Vergabekammer nicht dar.

Weiterhin ist zu beachten, wenn man der Antragstellerin die Kenntnis eines möglichen Vergaberechtsverstoßes nach „Lesen" der Bekanntmachung unterstellen wollte, dass auch in dem bereits durch die Antragstellerin unter dem Az: 1/SVK/041-08 bestrittenen Vergabenachprüfungsverfahren die Vergabekammer deutlich machte, dass der Umstand, dass die Beauftragung mit der Durchführung von Notfallrettung und Krankentransport, auf der Grundlage von § 31 Abs. 1 SächsBRKG – durch Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages – , der Annahme eines Vertrages im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB nicht entgegen steht (vgl. auch OLG Dresden, Beschluss vom 04.07.2008, Az: WVerg 0003/08 und WVerg 0004/08, VK Sachsen, Beschluss vom 29.08.2008 - 1/SVK/041-08).

In die Überlegungen muss ebenso einbezogen werden, dass die Vergabekammer Sachsen zwischenzeitlich über sieben Nachprüfungsverfahren zu entscheiden hatte, die allesamt die Übertragung rettungsdienstlicher Leistungen zum Verfahrensgegenstand hatten. Im Ergebnis wurden diese Verfahren jedoch insbesondere hinsichtlich der Vergaberechtskonformität der Bekanntmachung jeweils unterschiedlich entschieden.Auch wenn allen diesen Verfahren letztlich immanent war, dass die Bestimmungen des Vergaberechts insbesondere die Normen der VOL/A keine Anwendung finden sollten, ergab sich dies nur in den beiden Verfahren, in denen die jetzige Antragstellerin selbst Antragstellerin war, unmittelbar aus der Bekanntmachung. Daher wurde in diesen beiden Verfahren 1/SVK/041 und 1/SVK/042-08 durch die Vergabekammer auch eine erneute Bekanntmachung verfügt, soweit der dortige Auftraggeber an seiner Beschaffungsabsicht festhalten wolle. Zu beachten ist außerdem, wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ergänzend ausführte, dass es in Sachsen zwischenzeitlich auch Auftraggeber gäbe, die solche, wie die hier in Streit stehende Leistungen vergabekonform ausgeschrieben und vergeben hätten. Somit konnte die Antragstellerin nicht ohne Rechtsrat erkennen, ob die streitgegenständliche Bekanntmachung nun vergabekonform war oder nicht.

Auch sieht die Vergabekammer die Verweisung der Auftraggeberin auf den Beschluss des OLG Dresden (B. v. 07.11.2008, WVerg 0005/08) vorliegend nicht als zutreffend an. Dem durch das OLG zu entscheidenden Verfahren lag ein anderer Sachverhalt zu Grunde. Vorliegend hatte die Antragstellerin zwar Kenntnis von der zwischenzeitlich erfolgten Rechtssprechung der erkennenden Vergabekammer als auch des Vergabesenates des OLG Dresden, allerdings musste ihr auch bewusst sein, dass diese nicht schematisch übertragbar sei. Aus der Bekanntmachung war vorliegend gerade nicht erkennbar, dass die Auftraggeberin kein Vergabeverfahren durchführen wolle. In den Verfahren, in denen die jetzige Antragstellerin bereits Antragstellerin war – 1/SVK/041-08 und 1/SVK/042-08 – hatte der jeweilige Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung verlautbart, kein Vergabeverfahren durchzuführen. Somit drängt es sich vorliegend geradezu auf, dass die Antragstellerin eine Analogie der vergaberechtlichen Situation nur aus der Kenntnis der Bekanntmachung nicht herleiten konnte.
In dem durch die Auftraggeberin in Bezug genommenen Beschluss des OLG Dresden, vom 07.11.2008, Az: WVerg 0005/08 war die dortige Antragstellerin in der öffentlichen Sitzung des Vergabesenates beim OLG Dresden, in dem dieser Vergabebeschwerden verhandelte, bei denen es um die Übertragung inhaltlich identischer Rettungsdienstleistungen durch andere öffentliche Träger ging, anwesend. Das Vergabeverfahren selbst, welches die Antragstellerin im Vergabenachprüfungsverfahren 1/SVK/033-08 angreifen wollte und in dem durch Beschluss des OLG Dresden vom 07.11.2008 (Az: W Verg 0005-08) festgestellt wurde, dass die Antragstellerin ihrer Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB nicht entsprochen hatte, waren nach der Bekanntmachung die Unterlagen für das Auswahlverfahren bis zum 17.03.2008 einzureichen. Daher hatte die Antragstellerin dieses Verfahrens zum Termin der öffentlichen Sitzung am 20.05.2008, an dem sie als Prozessbeobachter teilnahm, bereits umfänglich die Vergabeunterlagen zu dem durch

sie mit der Vergabenachprüfung angegriffenen Auswahlverfahren – 1/SVK/033-08 – bearbeitet, denn sie hatte auch ein Angebot eingereicht. Damit fehlte es der dortigen Antragstellerin zum Termin der mündlichen Verhandlung beim OLG Dresden lediglich an der rechtlichen Sicherheit, ob es sich vorliegend um einen Auftrag handelt, der dem Vergaberecht unterworfen ist. Der Vergabesenat des OLG Dresden hat in seinem Beschluss vom 07.11.2008, Az: WVerg 0005/08 daher zutreffend festgestellt, dass diese rechtliche Erkenntnis, dass die Vergabe von Rettungsdienstleistungen dem Vergaberecht unterliegt der Antragstellerin seit dem 20.05.2008 (Termin der mündlichen Verhandlung beim OLG Dresden) vorlag.

In dem hier streitgegenständlichem Verfahren hat die Antragstellerin jedoch allenfalls nach Erhalt der Vergabeunterlagen, also am 01.02.2008 - und nicht wie durch die Auftraggeberin behauptet bereits am 25.09.2008 - die rein theoretische Möglichkeit gehabt, festzustellen, ob die Auftraggeberin ein Verfahren nach den Bestimmungen der VOL/A durchführe, was nach Auffassung der Vergabekammer jedoch ohne Hinzuziehung ihres Rechtsbeistandes nicht realistisch erscheint. Allerdings ist es entsprechend § 107 Abs. 3, Satz 1 auch gerade nicht ausreichend, wenn die Möglichkeit des Erkennens gegeben ist (vgl. auch OLG Naumburg, Beschluss vom 05.12.2008, Az: 1 Verg 9/08). Ausschlaggebend ist das Erkennen, welches durch die Vergabekammer aber erst ab dem 06.10.2008 für die Antragstellerin durch ihren Rechtsbeistand festgestellt werden kann.

Nach ständiger Rechtsprechung des Vergabesenats des OLG Dresden, so im Beschluss vom 06.04.2004, Az: WVerg 0001/04, Beschluss vom 11.09.2006, Az: WVerg 13/06, Beschluss vom 07.11.2008, Az: WVerg 0005/08, wird für den Regelfall eine „Rügefrist" von einer Woche als hinlänglich betrachtet.
Beachtet man vorliegend, dass die Antragstellerin einen Tag nach Erhalt der Vergabeunterlagen ihren Verfahrensbevollmächtigten mit ihrer Interessenvertretung beauftragte, so kann dabei nicht festgestellt werden, dass die Antragstellerin nicht im Sinne von § 121 BGB gehandelt hätte. Auch dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin ist nicht vorzuwerfen, die Rüge nicht entsprechend § 107 Abs. 3, Satz 1 GWB i.V.m. mit § 121 BGB unverzüglich erhoben zu haben. Dabei verkennt die Vergabekammer nicht, dass es sich sowohl bei der Antragstellerin selbst als auch bei deren Verfahrenbevollmächtigten um Informierte und Fachkundige im Zusammenhang mit der ab 01.01.2009 veränderten Aufgabenübertragung von Leistungen des Rettungsdienstes und der Krankentransporte, insbesondere in Sachsen, handelt. Trotzdem muss, auch wegen der zuvor aufgezeigten diffizilen Unterschiede in der Verfahrensgestaltung und der Tatsache, dass nicht jede Bekanntmachung zur Übertragung der Durchführung der Notfallrettung und des Krankentransportes per se nicht den vergaberechtlichen Anforderungen genügen würde, der Antragstellerin die Einholung erneuten Rechtsrates eingeräumt werden.

In der mündlichen Verhandlung gelangte die Vergabekammer zu der Überzeugung, dass die Kenntnis von Vergaberechtsverstößen auch hinsichtlich der Wahl des falschen Verfahrens ab dem 06.10.2008 bei der Antragstellerin bestand. Ein früherer Zeitpunkt ist nicht feststellbar und auch nicht anzunehmen. An diesem Tag erreichten den Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin die Vergabeunterlagen, welche ihm durch die Antragstellerin auf dem Postweg übersandt waren.
Der Verfahrensbevollmächtigte verfasste am gleichen Tag, dem Tag der sicheren Kenntnis von Vergaberechtsverstößen, die Verfahrensrügen, nämlich am 06.10.2008 und übersandte sie die Auftraggeberin per Fax. Damit wählte die Antragstellerin für die Übersendung der Rüge auch die ihr schnellstmögliche Art der Versendung, nämlich per Fax, auch wenn die Auftraggeberin erst am 07.10.2008 von der Rüge tatsächlich Kenntnis nehmen konnte (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 25.01.2005, Az: 1 Verg 22/04; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.04.2008, Az: VK-SH 3/08)
Damit hat die Antragstellerin einen zulässigen Antrag entsprechend § 107 Abs. 3 GWB in Bezug auf die mit ihrem Rügevortag vom 06.10.2008 erhobenen Rechtsverletzungen insbesondere in Hinblick auf die Wahl der falschen Vergabeart eingereicht.

Nach Überzeugung der Vergabekammer ist der Antrag auch nicht rechtsmissbräuchlich verwirkt.

Obwohl der Antrag an die Vergabekammer im Gegensatz zur Rügeobliegenheit des § 107 Abs. 3 GWB grundsätzlich keinen zeitlichen Ausschlussfristen unterliegt, kann das Antragsrecht verwirkt sein, wenn zwischen einer form- und fristgerechten Rüge und der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens längere Zeit verstreicht, der Auftraggeber hieraus nach Treu und Glauben den Schluss ziehen durfte, die Beanstandung werde nicht weiterverfolgt und sich im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens darauf eingerichtet hat (OLG Naumburg, Beschluss vom 05.12.2008, Az: 1 Verg 9/08, OLG Frankfurt, Beschluss vom 05.05.2008, Az: 11 Verg 1/09, OLG Dresden, Beschluss vom 25.01.2008, Az.: WVerg 10/07; VK Sachsen, Beschluss vom 07.01.2008, Az: 1/SVK/077-07).
Für das Vorliegen einer Verwirkung, wie im Beschluss des OLG Naumburg, Beschluss vom 05.12.2008, Az: 1 Verg 9/08 dargestellt, ist neben dem sogenannten Zeitmoment auch ein Umstandsmoment zu beachten. Für das Zeitmoment ist danach anzunehmen, dass ein Nachprüfungsantrag grundsätzlich solange eingereicht werden kann, solange das Vergabeverfahren noch nicht beendet ist; teilweise ist sogar die Wirksamkeit der Beendigung des Vergabeverfahrens, zum Beispiel die Nichtigkeit eines Vertragsschlusses wegen Verstoßes gegen ein materielles Zuschlagsverbot oder die fehlende sachliche Rechtfertigung einer Aufhebung, noch einer Nachprüfung zugänglich.

Unter dem Umstandsmoment, welches für eine mögliche Verwirkung in Frage käme, sei ein solcher Umstand anzunehmen, der bei wertender Betrachtung aus objektivierter Sicht des Auftraggebers dessen Vertrauen rechtfertigte, dass die Antragstellerin die Rügen nunmehr fallengelassen habe.

Vorliegend ist für die erkennende Vergabekammer weder ein Zeitmoment noch ein Umstandsmoment erkennbar, welches die Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Verwirkung rechtfertige.

Die Auftraggeberin hat das Auswahlverfahren entsprechend ihrer Ausführungen in der mündlichen Verhandlung seit Oktober 2008 lediglich extern weiter bearbeiten lassen, so dass der Vergabeakte dazu nichts zu entnehmen ist. Eine Entscheidung durch eines der Gremien der Auftraggeberin ist noch nicht ergangen. Es wurde nicht abgeschlossen. Daher fehlt es vorliegend schon am Zeitmoment.
Auch ein mögliches Umstandsmoment ist nicht festzustellen. Die Antragstellerin hatte mit ihrem Rügevortrag, Schreiben vom 06.10.2008, zunächst ihrer Verpflichtung entsprechend § 107 Abs. 3 GWB genügt. Sie hat auch auf sämtliche durch die Auftraggeberin im Rahmen von Bieterinformationen verlautbarten Mitteilungen unverzüglich schriftsätzlich, so mit Telefax vom 17.10.2008, Schreiben vom 27.10.2008 und vom 06.11.2008 sowie mit E-mail vom 22.12.2008 reagiert und die Durchführung eines nach den Bestimmungen der VOL/A ausgerichtetes Verfahren immer zu angemahnt. Daher konnte die Auftraggeberin nicht annehmen, dass die Antragstellerin an ihrem Rügevortrag nicht mehr festhalten wolle.
Eine rechtsmissbräuchliche Verwirkung des Anspruches auf Beseitigung der mit der Rüge vorgebrachten Klagen ist nicht gegeben.

In dem Antrag auf Vergabenachprüfung vom 19.01.2009 äußerte die Antragstellerin auch die Vermutung einer unzulässigen **Interimsvergabe**. Ein diesbezüglicher Rügevortrag konnte durch die Vergabekammer nicht festgestellt werden. Auch in der mündlichen Verhandlung gab es zu einem Rügevortrag zu einer Interimsvergabe seitens der Antragstellerin keine Ausführungen.
Daher ist festzustellen, dass die Antragstellerin ihrer Rügeobliegenheit zu einer Interimsvergabe entsprechend § 107 Abs. 3 GWB nicht nachgekommen ist.

Der Antragstellerin wurde in diesem Zusammenhang auch ihre eigene E-mail vom 17.10.2008 entgegen gehalten, in der die Antragstellerin die Auftraggeberin u.a. erneut aufforderte, ein vergabekonformes Verfahren durchzuführen und in der sie auf Folgendes hinwies: „ *Die Durchführung des Rettungsdienstes ab dem 01. Januar 2009 ist durch die nach § 12 Abs. 5 SächsLRettDPVO mögliche Verlängerung der mit den bisherigen Leistungserbringern besteheden Verträge bis zur Entscheidung des BGH unproblematisch möglich. Wir verweisen auf die anliegende Entscheidung des BVerfG, die eine Verlängerung ohne weiteres als zulässig ansieht....*"

Nach Erörterung in der mündlichen Verhandlung am 03.03.2009 gab die Antragstellerin zu Protokoll, dass die Interimsvergabe nicht mehr von ihrem Nachprüfungsbegehren eingeschlossen sei. Sie führte aus, diese nicht mehr weiter zu verfolgen.

(bb) Die Antragstellerin hatte neben der als zulässig entsprechend § 107 Abs. 3 GWB festgestellten Rüge „Wahl der falschen Vergabeart" (Ziffer 1 des Rügevortrages vom 06.10.2008) noch weitere Rügen erhoben.

Nach den Feststellungen der Vergabekammer sind nicht alle durch die Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 06.10.2008 als Rüge bezeichneten Vorträgen auch als Rüge im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB zu qualifizieren.
Die Ausführungen unter den Ziffern 2, 4, 5, und 6 im Rügeschriftsatz der Antragstellerin umfassen nach der Auffassung der Vergabekammer lediglich Bieteranfragen gemäß § 17, Nr. 4 Abs. 1 VOL/A. Damit wurden durch die Antragstellerin mit den jeweiligen Vorträgen weitere Informationen zum Verfahren erbeten. Sie stellen keine Verletzung der Interessen der Antragstellerin durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften durch den Auftraggeber gemäß § 107 Abs. 2 GWB dar und unterfallen somit nicht der vergaberechtlichen Nachprüfung.

Anders sind nach Auffassung der Vergabekammer die Vorträge der Antragstellerin im Rügeschreiben vom 06.10.2008 unter den Ziffern 3, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 und 19 zu bewerten. Mit diesen Vorträgen stellte die Antragstellerin durch sie vermeintlich festgestellte Vergaberechtsverstöße der Auftraggeberin dar und sie bat um deren Abhilfe auf der Grundlage der vergaberechtlichen Bestimmungen.

Damit handelt es sich bei denen unter den Ziffern 3, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 und 19 vorgetragenen Rügen nach Auffassung der Vergabekammer um zulässige Rügen im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB.
Ausgehend von dem, in der mündlichen Verhandlung, festgestellten Sachverhalt, dass die Antragstellerin in Vertretung ihres Verfahrensbevollmächtigten am 06.10.2008 die Kenntnis über die sich aus der Zusammenschau der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen möglicherweise ergebenen Vergaberechtsverletzungen, hatte, sind dieses Rügen auch unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB i.V.m. § 121 BGB vorgetragen.

Der Antrag war gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 GWB schriftlich einzureichen. Am 19.01.2009 ging bei der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen der Antrag auf Vergabenachprüfung, eingereicht durch den Verfahrensbevollmächtigten, ein.

Der Antrag erfüllt nach Auffassung der Vergabekammer die Mindestanforderungen an die Begründungspflicht.
Gemäß § 108 Abs. 2 GWB muss die Begründung die Bezeichnung des Antragsgegners, eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel enthalten, so wie darlegen, dass die Rüge gegenüber dem Auftraggeber erfolgt ist. Die Antragstellerin bezeichnete die Landeshauptsstadt Dresden als für die Vergabe des Auftrages verantwortliche Stelle. Hinsichtlich des behaupteten Vergaberechtsverstoßes übersandte sie das Rügeschreiben, in dem sie den Auftraggeber dessen unzulässige, vergaberechtswidrige Vorgehensweise hinsichtlich ihres Teilnahmeantrages vorwarf.

2. Der zulässige Antrag ist begründet.

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Aus § 97 Abs. 1 GWB ergibt sich die Pflicht des Auftraggebers, zur Beschaffung der Leistungen ein gemeinschaftskonformes Vergabeverfahren unter Beachtung der jeweils einschlägigen Vergaberechtsbestimmungen durchzuführen.

(Ziffer 1 des Rügevortrages)
Die Auftraggeberin müsse entsprechend § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A ein Verfahren nach den Bestimmungen der Basisparagraphen der VOL/A und der §§ 8a und 28 a VOL/A durchführen.

Wie in diesem Verfahren bereits unter der Zulässigkeitsprüfung ausgeführt, ist die Auftraggeberin nach Auffassung der Vergabekammer verpflichtet, ein Verfahren nach den Bestimmungen der Basisparagraphen der VOL/A und der §§ 8a und 28 a VOL/A durchführen.
Diese prinzipielle Verpflichtung des Auftraggebers bei der Vergabe von Leistungen zur Notfallrettung und des Krankentransportes wurde durch die Vergabekammer bereits in ihren Beschlüssen 1/SVK/004-08 vom 26.03.2008, 1/SVK/005-08 vom 26.03.2008, 1/SVK/033-08 vom 31.07.2008, 1/SVK/040-08 vom 09.09.2008, 1/SVK/041-08 vom 29.08.2008, 1/SVK/042-08 vom 29.08.2008 und 1/SVK/046-08 vom 09.09.2008 festgestellt.

<u>Zu den weiteren Rügevorträgen</u>
Es kann dahinstehen, ob das durchgeführte Auswahlverfahren im Weiteren vergaberechtskonform ist. Insoweit ist hier darauf hinzuweisen, dass der Vergabenachprüfungsantrag bereits begründet ist.
Soweit also die Auftraggeberin an ihrer Beschaffungsabsicht festhält, wird sie ein Vergabeverfahren, welches insbesondere den Bestimmungen der VOL/A gerecht wird und im Übrigen den Anforderungen des § 97 Abs. 7 entspricht, durchführen müssen.

Daher beschränkt sich die Vergabekammer hier auf einige exemplarische Hinweise hinsichtlich des weiteren Rügevortrages.

(Ziffer 7 des Rügevortrages)
Unklare Vorgaben hinsichtlich des Vorliegens eines Betriebsübergangs
Die Antragstellerin trug vor, dass mit der durch die Auftraggeberin vorgesehene Vorgehensweise hinsichtlich des Personalübergangs entsprechend § 613a BGB der Auftraggeberin ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet würde. Die entstehenden Mehrkosten würden durch die Auftraggeberin nur unter besonderen Bedingungen erstatten.

Gegen die durch die Auftraggeberin gewählte Vorgehensweise insbesondere in Ausgestaltung durch § 11 des Vertragsentwurfes bestehen aus Sicht der Vergabekammer keine vergaberechtlichen Bedenken.
Dem Vortrag der Auftraggeberin in ihrem Schreiben vom 17.10.2008 ist vollumfänglich zuzustimmen. *„.....Das mit dem Betriebsübergang verbundene kalkulatorische Risiko hat die Landeshauptstadt den Bewerbern nach Maßgabe des § 11 des Vertragsentwurfes so weit es geht abgenommen, indem der künftige Leistungserbringer unter den dort genannten Voraussetzungen die Erstattung von Mehrkosten verlangen kann, die ihm durch die Überleitung von Arbeitsverhältnissen unvermeidbar erwachsen werden. Mehr kann nicht gefordert werden."*
Eine Benachteiligung eines künftigen Leistungsträgers, wie durch die Antragstellerin vorgetragen, ist für die Vergabekammer nicht erkennbar.
Der Antragstellerin ist nicht zuzustimmen, soweit sie sich darauf beruft, der Auftraggeber sei verpflichtet gewesen die bestehenden Arbeitsverhältnisse und die Gesamtpersonalkosten offen zu legen. Es ist dem Auftraggeber nicht möglich und nicht zumutbar, jedwede rechtliche Konstellation eines Eintritts einen neuen Auftragnehmers zu antizipieren um mit Blick darauf festzulegen, ob ein Betriebsübergang voraussichtlich eintreten wird oder in welcher Ausgestaltung dieser eintreten wird. Dies abschließend zu klären ist letztendlich Sache der Arbeitgerichte. Vor dem Hintergrund dieses Meinungsstreits über die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einem Betreiberwechsel ein "Betriebsübergang" stattfindet, liegt es im Ermessen der Vergabestelle, sich für eine vertretbare Auslegung zu entscheiden. Der Auftraggeber hat vorliegend sein Ermessen ohne Rechtsfehler ausgeübt. Er hat den Bietern vor Augen geführt, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einem Betriebsübergang zu rechnen sei und hat das Risiko das sie eingehen, mit einer vertragliche Ausgleichsregelung in § 11 des Vertrages zu minimieren versucht. Dies ist aus Sicht der Vergabekammer nicht zu beanstanden (vgl. hierzu: OLG Hamburg Beschluss vom 21.11.2003, Az: 1 Verg 3 / 03). Mehr kann von einem sorgfältigen Auftraggeber nach Auffassung der Vergabekammer nicht gefordert werden. Zudem ist festzuhalten, dass etwaige Ungewissheiten hinsichtlich etwaiger erhöhter Personalkosten für die Dauer des einjährigen Betriebsüberganges über Wagniszuschläge hätten berücksichtigt werden können (vgl. bspw. VK Bund, Beschluss vom 09.05.2007, Az: VK 1-26/07). Letztlich ist darauf zu verweisen, dass

die wesentlichen Parameter der Personalkosten sich ohnedies aus dem Anforderungsprofil in den Auswahlunterlagen ergeben. Nach alledem ist insoweit keine Rechtsverletzung festzustellen.

(Ziffer 8 und 13 des Rügevortrages)
Unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien, vergabefremde (Zuschlags)Kriterien
Die Antragstellerin trug vor, dass in dem Bewertungsschema Eignungs- und Bewertungskriterien unzulässig vermischt würden. Die grundsätzliche Trennung der einzelnen Stufen bei der Wertung würde von der Auftraggeberin nicht beachtet. So sei vorgesehen nach der Prüfung der Angebotspreise Mitwirkungsbescheinigungen oder entsprechende Absichtserklärungen in Bezug auf die Mitwirkung im Katastrophenschutz zu prüfen. Dabei sollen nach dem Willen der Auftraggeberin nur diejenigen Angebote weitere Berücksichtigung finden, denen derartige Erklärungen beiliegen. Damit würde es sich nach der Auffassung der Antragstellerin um ein formelles Ausschlusskriterium handeln, welches zur Eignungsprüfung gehöre. Ein „Mehr an Eignung" wie es die Auftraggeberin in ihren Ausschreibungsunterlagen vorsehe, gäbe es nicht. Die Auftraggeberin beabsichtige die vergabefremden Kriterien - Mitwirkung bei Großschadensereignissen und im Katastrophenschutz – zu einem beträchtlichen Anteil im Auswahlverfahren – nämlich mit 25 % - zu berücksichtigen. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung der erkennenden Vergabekammer, Beschluss vom 09.09.2008, Az: 1/SVK/046-08 wäre ein solch hoher Wertungsanteil bedenklich.

Zunächst ist der Antragstellerin grundsätzlich beizupflichten, dass Eignungs- und Zuschlags bzw. Auswahlkriterien zu trennen sind. Ein „Mehr" an Eignung gibt es nicht (BGH, Urteil vom 15.04.2008 - X ZR 129/06, VK Bund, Beschluss vom 09.10.2008 - VK 1-123/08).

Vorliegend ist allerdings eine Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht festzustellen. Die Auftraggeberin hat mit den Vergabeunterlagen verlautbart, innerhalb von fünf Schritten/Stufen das Auswahlverfahren durchführen zu wollen. Der Prüfungskanon entsprechend § 25 VOL/A umfasst (nur) vier Prüfungsstufen, wie von der Antragstellerin zutreffend beschrieben.
Soweit man allerdings diese fünf dargestellten Prüfungsschritte der Auftraggeberin in Augenschein nimmt, ist festzustellen, dass zwar keine Vermischung von Zuschlags- und Eignungskriterien feststellbar ist; jedoch hat die Auftraggeberin nach Abschluss der Eignungs- und Auskömmlichkeitsprüfung ein zusätzliches „Eignungskriterium" und zwar ein vergabefremdes Eignungskriterium als „k.o.-Kriterium" – als vierten Prüfungsschritt aufgenommen.
Das Bewertungsschema der Auftraggeberin umfasst unter dem Abschnitt A die formale Angebotsprüfung, Vollständigkeit der geforderten Pflichtenangaben/-nachweise und entspricht damit § 25 Nr. 1 VOL/A. Unter dem Abschnitt B erfasst die Auftraggeberin die Eignung des Bewerbers nach § 31 Abs. 2 Sächs.BRKG (Leistungsfähigkeit, Betriebssicherheit, Zuverlässigkeit,

Fachkunde), Prüfung anhand der geforderten Angaben. Auch dieser zweite Prüfungsabschnitt entspricht § 25 Nr. 2, Abs. 1 VOL/A. Unter dem Abschnitt C gab die Auftraggeberin die Auskömmlichkeit des Angebotes an. Auch dieser Abschnitt ist unproblematisch dem Prüfungskanon des § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A zuzuordnen und nicht zu beanstanden. Unter dem Abschnitt D wollte die Auftraggeberin nunmehr entsprechend ihres Bewertungsschemas die Mitwirkung im Katastrophenschutz anhand Vorlage einer Mitwirkungserklärung nach § 40 Abs. 1 SächsBRKG oder verbindlicher Erklärung, die Mitwirkung entsprechend § 40 SächsBRKG zu erklären, prüfen. Dieser Prüfungsabschnitt zielt nicht auf ein Wertungskriterium ab, sondern nach Auffassung der Vergabekammer auf die Abgabe einer zusätzlichen, besonderen und insbesondere vergabefremden Erklärung, dessen Vorlage die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung für unverzichtbar erklärte. Die Auftraggeberin führte in der mündlichen Verhandlung aus, dass die dort bezeichnete Mitwirkungsverpflichtung zwingend durch den Bewerber erklärt werden müsse, um letztlich in die eigentlich vierte Wertungsstufe nach § 25 Nr. 3 VOL/A (hier Abschnitt E) zu gelangen. Diese zwingende Handhabung vermag die Vergabekammer nicht nachzuvollziehen. Sie ergibt sich weder aus dem Gesetzestext des SächsBRKG noch aus der nachfolgenden SächsLRettDPVO. In § 31 Abs. 1 Satz 5 SächsBRKG heißt es: *„Im Auswahlverfahren und bei der Auswahlentscheidung kann die Mitwirkung der Leistungserbringung im Katastrophenschutz vorrangig berücksichtigt werden."* Unter § 12 Abs. 4, Satz 1 SächsLRettDPVO ist formuliert: „Bei der Auswahl der Bewerber soll neben den kalkulierten Kosten vorrangig die Mitwirkung im Katastrophenschutz berücksichtigt werden."

Wie schon die Vergabekammer in ihrem Beschluss vom 29.08.2008 zu dem Verfahren 1/SVK/042-08 dargestellt hat, bedingen Katastrophenfälle die Einbeziehung rettungsdienstlicher Leistungen und sind mit diesen verzahnt. Allerdings erscheint die bisherige Vorgehensweise der Auftraggeberin dazu zu führen, dass dem zukünftigen Leistungserbringer zwingend ein ihn möglicherweise in erheblichem Maße wirtschaftlich belastendes Zugeständnis abverlangt wird, nämlich – so die Ausführungen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung – ehrenamtlich im Katastrophenschutz mitzuwirken. Ohne Abgabe einer solchen - zumindest in Form einer verbindlichen Erklärung - eingeräumten Zusicherung gelangt der Bewerber nach dem bisherigen Bewertungsschema nicht in die nächste Wertungsstufe, hier Abschnitt E; sein Angebot würde vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.

Diese Vorgehensweise erscheint der Vergabekammer außerordentlich bedenklich. Die Auftraggeberin wird diese Vorgehensweise insbesondere unter Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze, § 97 Abs. 1 GWB bei fortbestehender Beschaffungsabsicht sorgfältig abwägen müssen.

Schlussendlich wird dann im Bewertungsschema unter Abschnitt E, welcher grundsätzlich § 25 Nr. 3 VOL/A entspricht, die Bewertung anhand der Auswahlkriterien vorgenommen. Hier hat die Auftraggeberin neben dem Preis, der mit max. 75 Punkten bewertet werden soll, zwei weitere Auswahlkriterien aufgeführt, die sich der Vergabekammer als vergabefremde Auswahlkriterien

darstellen. Zum einen ist dies die Möglichkeit der Einbindung bei Großschadenslagen mit einer möglichen Bewertung von 15 Punkten und zum anderen das Ehrenamtliche Engagement mit einer maximalen Punktzahl von 10 Punkten.

Wie schon die Vergabekammer in ihrem Beschluss vom 09.09.2008, Az: 1/SVK/046-08 ausführte, kann es grundsätzlich gegen § 97 Abs. 1, Abs. 5 GWB und § 16 Nr. 2 VOL/A verstoßen, wenn die Zuschlagserteilung letztlich von einem Zugeständnis abhängig gemacht wird, das mit dem eigentlich ausgeschriebenen Vertragsgegenstand nichts zu tun hat (vgl. VK Lüneburg, Beschluss vom 12.11.2001, Az: 203-VgK-19/2001). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der EuGH auch die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte zulässt, wenn sich diese - wie z. B. Umweltschutz, Bekämpfung der Arbeitslosigkeit - mit anderen Zielen des EG-Vertrages vereinbaren lassen und unter Wahrung des Transparenzgebotes ausdrücklich zum Inhalt der Leistungsbeschreibung gemacht worden sind (vgl. EuGH, Urteil v. 20.09.1988, Rs. 31/87 ("Beentjes-Urteil")). Bei einer Ausschreibung können beispielsweise auch Umwelt- und Qualitätskonzepte zulässige Vergabekriterien sein (EuGH, Urteil vom 17.09.2002 - Rs. C-513/99). Voraussetzung der Zulässigkeit vergabefremder Kriterien ist allerdings, dass sie unmittelbar mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen, Sie dürfen sich daher nur auf Leistungen beziehen, welche für den öffentlichen Auftraggeber erbracht werden (vgl. Frenz in Willenbruch/Bischoff, Kompaktkommentar Vergaberecht, § 97 GWB, Rnr. 60 ff.).

Zunächst ist an dieser Stelle klar herauszustellen, dass die Vergabekammer nicht verkennt, wie schon oben zu der Mitwirkung in Katastrophenfällen dargestellt, dass die hier zur Wertung herangezogenen Kriterien durchaus eine gewisse Verzahnung mit der zu beschaffenden Dienstleistung ausweisen. Allerdings könnte die hier abgefragte Leistung nach Auffassung der Vergabekammer einen Verstoß gegen § 8 Nr.1 Abs.3 VOL/A darstellen.

Die hier in der vierten Wertungsstufe neben dem Preis zu Grunde gelegten Auftragskriterien legen den Bewerbern möglicherweise ungewöhnliche bzw. unzumutbare Wagnisse auf.
„Welches Wagnis ungewöhnlich und vergaberechtlich nicht zulässig ist, kann nur einzelfallbezogen nach Art und Umfang der nachgefragten Leistung unter Beachtung des Gesichtspunkts der Branchenüblichkeit geklärt werden. Entscheidend ist, dass dem Bieter im Rahmen der Leistungsbeschreibung hinreichende Grundlagen für die erforderliche Kostenkalkulation zur Verfügung gestellt werden. Ist das nicht der Fall, wird vom Vorliegen eines ungewöhnlichen Wagnisses auszugehen sein (Müller - Wrede a.a.O. Rdn. 8). Stets dürfen dem Bieter nur leistungstypische Wagnisse, also solche, die er nach dem jeweiligen Vertragstyp gemeinhin zu tragen hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Juli 2003; Verg 26 / 03), aufgebürdet werden. Er soll nicht mit Risiken belastet werden, die sich aus Umständen oder Ereignissen ergeben, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkungen auf Preise und Fristen er nicht im voraus einschätzen kann. Sinn von § 8 Nr.1 Abs.3 VOL/A ist es, zu verhindern, dass öffentliche Auftragge-

ber als Nachfrager die Vertragsbedingungen diktieren und den häufig spezialisierten, auf diese Aufträge angewiesenen Bietinteressenten, unternehmerische Risiken jedweder Art im Wege eines" Diktates" überbürden können (Müller - Wrede a.a.O. Rdn. 35 f. zu § 8, vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.09.2004, Az: 1 Verg 6/04).

Auch diese Überlegungen werden bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht durch die Auftraggeberin mit einbezogen werden müssen.

(Ziffer11 des Rügevortrages)
Vergaberechtswidrige Losaufteilung
Soweit die Antragstellerin vorträgt, die Dienstleistung hätte in Verkehrsdienstleistungen und Notfallrettung getrennt werden müssen, um Chancen der Antragstellerin zu erhöhen, so ist ihr nicht zuzustimmen. Die durchgeführte Losaufteilung ist nach Rechtsauffassung der Vergabekammer nicht zu beanstanden.

Die Entscheidung zur Vergabe in Lose widerspiegelt sich ausreichend in den Vergabeunterlagen.

Grundsätzlich ist der Auftraggeber bei der Ausgestaltung der Vergabe frei. Es ist ihm überlassen, welche Leistungen er wie nachfragt. Allerdings hat er dabei die Grundsätze des Wettbewerbs zu beachten. Er hat grundsätzlich die Ausschreibung auch nicht so auszugestalten, dass jeder Bieter die Leistung anbieten kann. Allerdings hat die Dispositionsfreiheit des Auftraggebers Grenzen, wo subjektive Rechte der Bieter entgegenstehen.
§ 5 Nr. 1 VOL/A regelt die vornehmliche Vergabe in Losen. Jedoch besitzt ein Bieter keinen uneingeschränkten Anspruch auf Losvergabe. Ein Anspruch aus §§ 97 Abs. 3 GWB, 5 Nr. 1 VOL/A auf Losaufteilung besteht nicht schon dann, wenn eine solche technisch möglich ist. Die Bestimmung verbürgt nur das Recht auf eine angemessene Berücksichtigung mittelständischer Interessen vornehmlich durch Aufteilung in Lose (VK Nordbayern, Beschluss vom 16.04.2008 - 21.VK-3194-14/081).

Es ist hauptsächlich die Entscheidung des Auftraggebers, welche Aufgabe verwirklicht werden soll, er ist also grundsätzlich frei in der Definition dessen, was er beschaffen möchte (OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 19.01.2007, 1 Verg 14/06; OLG Jena, Beschluss vom 06.06.2007, 9 Verg 3/07; Beschluss vom 26.06.2006, 9 Verg 2/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2006, Verg 19/06). Der öffentliche Auftraggeber muss als späterer Nutzer der nachgefragten Leistung schließlich am besten wissen, was er braucht (3. VK Bund, Beschluss vom 05.03.2008, VK 3-32/08).

Auch besteht für einen Auftraggeber keine Verpflichtung, seinen Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind (VK

Nordbayern, Beschluss vom 16.04.2008, 21.VK-3194 - 14/08; VK Hessen, Beschluss vom 10.09.2007, 69 d VK-37/2007).

Nach Auffassung der Vergabekammer ist eine derartige Aufteilung, wie auch schon im Beschluss vom 29.08.2008, Az: 1/SVK/042-08 dargestellt, lebensfremd. Schließlich wird sich in vielen Fällen erst im Rahmen des Einsatzes herausstellen, inwieweit eine Notfallrettung oder ein Krankentransport unter Hinzuziehung qualifizierten medizinischen Personals erforderlich sein wird.

(Ziffer10 des Rügevortrages)
Nachreichen von Unterlagen
Soweit die Antragstellerin sich gegen die Nachforderung von Unterlagen wandte, dass das Fehlen von Pflichtangaben zum Ausschluss des Angebotes führe aber gleichzeitig sich die Auftraggeberin eine Nachforderung von Unterlagen vorbehalte, so ist dem Vortrag zunächst grundsätzlich beizupflichten.
Zu Recht hat die Antragstellerin auf den Beschluss der erkennenden Vergabekammer vom 29.08.2008, Az: 1/SVK/041-08 hingewiesen. Danach bestände lediglich die Möglichkeit Unterlagen „auf Verlangen" zu fordern.
Dabei verkennt die Vergabekammer nicht, dass die Auftraggeberin mit der gewählten Formulierung in den Vergabeunterlagen unter Ziffer 2 der Bewerbungs- und Verfahrensbedingungen, Anlage 1, Seite 1 „.... *Vollständigkeit des Angebots: Die in der Anlage 2 unter den Abschnitten A (Allgemeines) B (Wirtschaftliche Angaben), C (Rettungsdienstspezifische notwendige Angaben), D (Mitwirkung im Katastrophenschutz und ((Angebotspreis) geforderten Angaben, Unterlagen und Nachweise sind dem Angebot* ***zwingend*** *beizufügen, es sei denn, in der Anlage 2 ist dazu etwas anderes bestimmt (Pflichtengaben). Fehlen Pflichtangaben, wird der Bewerber vom Auswahlverfahren ausgeschlossen. Diese Angaben können grundsätzlich weder nachgefordert noch nachgereicht werden. Die Landeshauptsstadt behält sich eine solche Nachforderung jedoch für den Fall vor, dass alle Bewerbungen an einem solchen Mangel leiden und daher ausgeschlossen werden müssten"* sicher stellen wollte, das Auswahlverfahren in dem Fall, dass keines der Angebote vollständig eingereicht worden wäre, dennoch zum Abschluss zu bringen und so einer Aufhebungsentscheidung zu begegnen.

Allerdings verkennt die Auftraggeberin, dass ihr zu dieser Vorgehensweise § 12 Abs. 3 SächsLRettDPVO entgegensteht. Dieser bestimmt die im Auswahlverfahren festgelegten Fristen zu Ausschlussfristen. Damit ist die Auftraggeberin an die durch sie gesetzten Fristen nach Auffassung der Vergabekammer abschließend gebunden.
Damit bestände für die Auftraggeberin bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht jedoch nach wie vor die Möglichkeit, den Zeitpunkt für die Vorlage der gewünschten Unterlagen in der Be-

kanntmachung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen mit „ auf Verlangen" anzugeben (vgl. auch VK Sachsen, Beschluss vom 29.08.2008, Az: 1/SVK/041-08).

(Ziffer12 des Rügevortrages):
Gefährdung des Geheimwettbewerbs
Durch die Antragstellerin wurde vorgetragen, dass mit dem durch die Auftraggeberin beabsichtigten Bescheid zur Auswahlentscheidung der Geheimwettbewerb verletzt würde, soweit damit Angaben aus den Bewerbungsunterlagen der Konkurrenten bekanntgemacht würden. Die Angabe, dass die Auftraggeberin auf Betriebsgeheimnisse und Geschäftsgeheimnisse „angemessen" Rücksicht nehme, würde nicht genügen und eine Verletzung ausschließen.

Auf Befragen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung erklärte diese, dass der zur Versendung vorgesehene Auswahlbescheid einer Bieterinformation entsprechend § 13 VgV entspräche. Die Befürchtung der Antragstellerin, dass auch die Preise der jeweiligen Bieter an die konkurrierenden Bewerber versandt würden, bestätigte sich damit nicht.
Nach Ansicht der Vergabekammer ist die geschilderte Vorgehensweise der Auftraggeberin vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

(Ziffer14 des Rügevortrages)
Forderung nach einer Niederlassung des Leistungsträgers in Sachsen
Auch mit dem Vortrag, durch die Auftraggeberin würde in wettbewerbswidriger und damit rechtswidriger Weise zwingend verlangt werden, dass der Bewerber eine Niederlassung in Sachsen habe oder eine entsprechende Absichtserklärung zur Niederlassung abgebe. Diese Forderung würde auswärtige Unternehmen benachteiligen und wäre im Übrigen nicht erforderlich, da der zukünftige Leistungserbringer die bestehenden Rettungswachen nebst hierfür erforderlichem Inventar übernehme, kann die Antragstellerin nicht durchdringen.

In den Ausschreibungsunterlagen, Anlage 2 , Erforderliche Unterlagen und Nachweise, Abschnitt A Allgemeine Angaben, Nr. 4 formulierte die Auftraggeberin: *„Für Bewerber mit Sitz außerhalb Sachsens: (Zweig-)Niederlassung in Sachsen und Einsetzen einer zur Führung der Geschäfte bestellten Person an der (Zweig-)Niederlassung oder rechtsverbindliche Absichtserklärung, eine solche Niederlassung im Auftragsfalle zu errichten. Wird das Angebot des Bewerbers ausgewählt, ist die Niederlassung zwei Monate nach Leistungsübernahme nachweisbar zu errichten und für die Laufzeit des Vertrages aufrecht zu erhalten...."*

Nach Auffassung der Vergabekammer ist diese Forderung der Auftraggeberin vergaberechtlich nicht zu beanstanden, zumal dem „Zuschlagsbieter" eine Frist von zwei Monaten eingeräumt wird, um seine Geschäfte in einem beliebigen Ort, der in Sachsen gelegen ist, einzurichten. Die

Annahme der Antragstellerin, dass sie zukünftig die dem jeweiligen Los zugeordnete Leitstelle personell besetzten wird, entspricht nicht den Ausschreibungsunterlagen.
Nach Auffassung der Vergabekammer wäre es der Auftraggeberin gerade im Hinblick auf die hier im besonderen zu übertragende Leistung nicht zumutbar, mit ihrem zukünftigen Leistungserbringer über weite Distanzen miteinander zu kommunizieren.

Maßnahme der Vergabekammer

Die Vergabekammer hat gemäß § 114 Abs. 1 GWB die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen. Hierbei hat sie das für den Eingriff in das Vergabeverfahren das mildeste Mittel zu wählen, das notwendig ist, um die Rechtsverletzung zu beseitigen.
Insoweit war die Vergabekammer nicht gehalten, die Rechtmäßigkeit des SächsBRKG weiter zu überprüfen, da sich zumindest hieraus nach Auffassung der Vergabekammer der Ausschluss vergaberechtlicher Bestimmungen nicht zwingend ergibt.

Der Antragstellerin ist somit zu untersagen, in diesem bekannt gemachten Verfahren den Zuschlag zu erteilen bzw. einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abzuschließen, da das Verfahren nicht den Anforderungen eines Vergabeverfahrens, welches nach den Bestimmungen der VOL/A durchzuführen ist, gerecht wird.

Vorliegend ist auch bei fortbestehender Beschaffungsabsicht der Auftraggeberin eine erneute Veröffentlichung des streitgegenständlichen Beschaffungsgegenstandes zu verfügen, da die Bekanntmachung des öffentlich-rechtlichen Auswahlverfahrens selbst hinter den Bekanntmachungsanforderungen nach § 31 SächsBRKG zurück bleibt.

Bei Neuabfassung einer Vergabebekanntmachung wird sich der Auftraggeber fragen müssen, ob es im Sinne des § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit m) VOL/A vergaberechtskonform war, gar keine Eignungsnachweise in der Vergabebekanntmachung anzugeben. So führt das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 02.05.2007 - Verg 1/07) aus: Prinzipiell sollen nach § 17 Nr. 1 Abs. 2 m VOL/A öffentliche Bekanntmachungen mindestens die mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen (§ 7 Nr. 4 VOL/A), die gegebenenfalls vom Auftraggeber für die Beurteilung der materiellen Eignung verlangt werden, enthalten.
Auch diese Überlegungen sollten durch die Auftraggeberin bei (erneuter) Vergabebekanntmachung Berücksichtigung finden.

III.

Als unterliegende Partei trägt die Auftraggeberin die Kosten des Verfahrens (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB). Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der erkennenden Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 2 GWB).

Der Gesetzgeber hat mit dieser an § 80 Abs. 2 GWB angelehnten Regelung klargestellt, dass - wie im Kartellverwaltungsverfahren - vorrangig auf die wirtschaftliche Bedeutung des Verfahrens abzustellen ist (Kollmorgen in Langen/Bunte GWB, 8. Auflage 1998, § 80 Rdnr. 18). Die Vergabekammern des Bundes haben eine zum 01.01.2003 überarbeitete Gebührenstaffel erarbeitet, die die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernimmt. Diese Staffel sieht demnach in Abhängigkeit von den vorliegend geschätzten Auftragskosten der Auftraggeberin eine Gebühr in Höhe von 13.550,00 Euro vor. Dieser Betrag kann entsprechend § 128 Abs. 2 Satz 2 ermäßigt werden, ggf. bis auf ein Zehntel. Als Gründe einer Ermäßigung sind dabei nur solche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Bedeutung sowie dem erforderlichen Verwaltungsaufwand stehen (vgl. Boesen, a.a.O., Rn. 16 ff. zu § 128). Gründe, die dies rechtfertigten, waren hier nicht gegeben. Daher wird die Gebühr auf 13.550,00 Euro festgesetzt. Die Auftraggeberin ist jedoch gemäß § 8 VerwKostG von der Erstattung der Gebühren in diesem Verfahren befreit.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin war gemäß § 128 Abs. 4 S. 2 GWB i. V. m. § 80 VwVfG notwendig. Beim Vergaberecht handelt es sich auch aufgrund vielfältiger europarechtlicher Überlagerung um eine wenig übersichtliche und zudem stetigen Veränderungen unterworfene Rechtsmaterie, die wegen des gerichtsähnlich ausgestalteten Verfahrens bei der Vergabekammer bereits prozessrechtliche Kenntnisse verlangt. Die Notwendigkeit der Hinzuziehung einer anwaltlichen Bevollmächtigten ist dabei nach den individuellen Umständen des einzelnen Nachprüfungsverfahrens zu beurteilen. Vorliegend war eine erhöhte rechtliche Schwierigkeit zu bejahen. Obwohl allein die Vergabekammer Sachsen zwischenzeitlich innerhalb des letzten Jahres in sieben Verfahren Entscheidungen zur Beschaffung von Leistungen der Notfallrettung und Krankentransport nach § 31 SächsBRKG getroffen hat, stellt sich die Materie als sehr diffizil dar und ohne vergaberechtlichen erweiterten Sachverstand, der über die Kenntnisse eines am Markt tätigen Unternehmers üblicherweise hinausgeht, nicht zu bewältigen.

IV.

Gegen die Entscheidungen der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gem. § 116 Abs. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt (§ 117 Abs. 1 GWB), schriftlich beim Beschwerdegericht einzulegen. Beschwerdegericht für die 1. Vergabekammer des Freistaates ist das Oberlandesgericht Dresden, Vergabesenat, Schlossplatz 1, 01067 Dresden. Die Beschwerde muss zugleich mit ihrer Einlegung begründet werden (§ 117 Abs. 2 GWB. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:
die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Kammer angefochten wird und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
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 vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.
Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.

Kadenbach

Neugebauer

Dr. Gutsfeld

Der ehrenamtliche Beisitzer, Herr Dr. Gutsfeld, hat nach Beschlussfassung auf eine Unterschrift verzichtet. Diese ist nach § 5 Nr. 1 der Geschäftsordnung der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen nicht notwendig.