



Bereichsausnahme Rettungsdienst in Niedersachsen grundsätzlich anwendbar

Die Bereichsausnahme Rettungsdienst soll selbst dann anwendbar sein, wenn der Auftraggeber europaweit ausschreibt und private Anbieter nicht ausschließt, weil er sich aus Gründen der Rechtsunsicherheit hierzu gezwungen sieht.

März 2019, Daniel Bens

1. Sachverhalt

Der Träger des Rettungsdienstes führte ein europaweites offenes Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB durch. Die Entscheidung für das förmliche Vergabeverfahren begründet der Träger mit der aktuell bestehenden Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Bereichsausnahme. Darüber hinaus war vor Ort ein privater Leistungserbringer im öffentlichen Rettungsdienst tätig, der für die anstehende Vergabe nicht ausgeschlossen werden sollte. Der Auftrag umfasste Leistungen der Notfallrettung, des qualifizierten Krankentransportes und des erweiterten Rettungsdienstes.

Am Verfahren beteiligten sich sowohl Hilfsorganisationen als auch der private Anbieter. Das Angebot des privaten Anbieters belegte in der Wertung den 3. Rang und war daher nicht für den Zuschlag vorgesehen. Der private Anbieter rügte die Wertung seines Angebots und verlangte eine detailliertere Begründung der Wertungsentscheidung. Der Träger des Rettungsdienstes wies die Rüge zurück und übersandte dem privaten Anbieter eine detailliertere Begründung der Wertung seines Angebots. Der private Anbieter legte mehr als zehn Tage nach Übersendung der Vergabedokumentation Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Niedersachsen ein.

Die Vergabekammer wies den Antrag mangels Zuständigkeit als unzulässig zurück.

Nach Ansicht der Vergabekammer sei diese im vorliegenden Fall nicht zuständig, da

der 4. Teil des GWB aufgrund der in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB geregelten gesetzlichen Ausnahme nicht anwendbar sei. Darüber hinaus sei die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen zur Angebotswertung präkludiert

2. Unzuständigkeit wegen Bereichsausnahme

Die Vergabekammer hält § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB auf den vorliegenden Fall für anwendbar. Hieran ändert sich nach Ansicht der Vergabekammer auch dadurch nichts, dass der Träger sich „freiwillig dem Kartellvergaberecht unterwerfen“ wollte. Die freiwillige Unterwerfung des Trägers sei tatsächlich eine Unterwerfung aus Verunsicherung aufgrund der vielfach geäußerten Kritik an der Bereichsausnahme. Eine derartige Verunsicherung löse allerdings keine Zuständigkeit der Vergabekammer aus; diese ergebe sich ausschließlich aus den gesetzlichen Vorgaben und sei nicht gegeben, da die Ausnahmeregelung des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB greife.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sieht die Vergabekammer als erfüllt an, da der Auftrag Notfallrettung, qualifizierter Krankentransport und die Bewältigung von Großschadensereignissen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 3 Niedersächsisches Rettungsdienstgesetz (NRettDG) und somit Rettungsdienstleistungen im Sinne des CPV-Codes 75252000-7 und den Einsatz von Krankenwagen gemäß CPV 85143000-3 betreffe.

Krankentransport

Zwar umfasse der Auftrag auch qualifizierten Krankentransport und damit den Einsatz von Krankenwagen im Sinne der Rückausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB, welche für reine Patientenbeförderung wiederum den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts eröffnet.

Für die Vergabekammer betrifft der hier vergebene qualifizierte Krankentransport im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 NRettDG allerdings nur die Überstellung eines Patienten als Notfall vom Einsatzort ins Krankenhaus oder in eine andere Behandlungsstelle sowie die medizinisch gebotene Verlegung von Patienten und damit Maßnahmen der Gefahrenabwehr. Der Leistungsgegenstand umfasse nicht den Transport eines Patienten vom Krankenhaus nach Hause, in eine Reha oder Kur, auch wenn er mit einem Krankenwagen durchgeführt werde.

Derartige Leistungen würden im gegenständlichen Fall nicht von den im Wege des Vergabeverfahrens Beauftragten erbracht. Hierfür stünde dem Träger der private Anbieter zur Verfügung, so dass derartige Leistungen gerade nicht Gegenstand der Vergabe und damit zum Leistungsspektrum der Beauftragten gemacht worden seien. Folglich umfasse der Auftrag nur qualifizierte Krankentransporte zur Gefahrenabwehr, so dass die Rückausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht greife.

Gemeinnützige Organisationen

Darüber hinaus war der Träger auch bereit, gemeinnützige Organisationen mit der Durchführung des Rettungsdienstes zu beauftragen; ein Ausschluss dieser Organisationen sollte nicht erfolgen. Für die Begriffsbestimmung der gemeinnützigen Organisation im Sinne der Bereichsausnahme darf nach Ansicht der Vergabekammer nicht auf die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen CASTA und Spezzino zurückgegriffen werden, da diese ausschließlich das „alte“ Vergaberecht betrafen. Maßgeblich seien damit nur der Erwägungsgrund 28 sowie Art. 10 h der Richtlinie 2014/24/EU. Aus diesen ginge hervor, dass die Kommission den unmittelbaren Zusammenhang zwischen der überwiegend ehrenamtlichen Tätigkeit der Organisationen im Zivil- und Katastrophenschutz einerseits und die weitestgehend hauptamtlich organisierte Tätigkeit im Rettungsdienst anerkennen wolle. Damit sei ein stillschweigendes Einverständnis verbunden, dass der Nutzen der gemeinnützigen Organisationen in ihrer Gesamtheit eher volkswirtschaftlich statt betriebswirtschaftlich zu bewerten sei. Es sei demnach gerade nicht gewollt, dass jeder einzelne Geschäftszweig dieser Organisationen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit anderen Anbietern verglichen werden soll, die nur Rettungsdienstleistungen erbringen und gerade nicht im Zivil- und Katastrophenschutz mitwirken.

Zulassung Privater

Dass der Träger dennoch private Anbieter im Verfahren zugelassen hat, führt nach Ansicht der Vergabekammer zu keinem anderen Ergebnis. Zwar dürfe die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme mit der Vergabekammer Südbayern nicht vom zufälligen Ergebnis des jeweiligen Auswahlverfahrens abhängen. Der Träger habe gegenwärtig jedoch nur aufgrund der gravierenden Rechtsunsicherheit darauf verzichtet private Anbieter vom Verfahren auszuschließen. Hierin könne aber keine freiwillige Entscheidung gesehen werden, die Bereichsausnahme nicht anzuwenden, so dass sich die Vergabekammer „an einer Entscheidung gemäß den Erwägungen der VK Südbayern gehindert“ sieht.

In der Folge scheint die Vergabekammer davon auszugehen, dass die für den Zuschlag vorgesehene Hilfsorganisation die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfüllt und keine weitere Prüfung veranlasst ist.

3. Zusätzlich: Präklusion der Rügen durch Zeitablauf

Die Vergabekammer wies den Antrag darüber hinaus aber auch als unzulässig zurück, da die Rügen betreffend die Wertungsentscheidung präkludiert seien. Dem Antragsteller hätten mit Übersendung der Vergabedokumentation sämtliche Informationen für die Erkennbarkeit eines etwaigen Rechtsverstößes vorgelegen. In der Folge hätte der Nachprüfungsantrag spätestens 10 Tage nach Erhalt dieser Informationen eingereicht werden müssen. Dass der Antragsteller zwischenzeitlich Rechtsrat eingeholt hat, verlängert den Zeitraum für den Ablauf der Präklusionsfrist nicht. Maßgeblich ist allein, dass es *dem Bieter* möglich war, aufgrund der ihm

überlassenen Vergabedokumentation etwaige Mängel zu erkennen.

4. Einschätzung

Die Vergabekammer hält – wie auch der Generalanwalt des EuGH – die Bereichsausnahme für die Notfallrettung, aber nicht für den qualifizierten Krankentransport für anwendbar. Letzteres allerdings nur, soweit der qualifizierte Krankentransport Einsätze ohne Gefahrenlage für den Patienten betreffe. Dass der Träger ein europaweites förmliches Verfahren unter Beteiligung privater Anbieter durchführen wollte und auch hat, wirkt sich nach Ansicht der Vergabekammer nicht auf die Bereichsausnahme aus. Offen bleibt an dieser Stelle, ob die Bereichsausnahme auch dann in der von der Vergabekammer dargestellten Art und Weise gegriffen hätte, wenn der private Anbieter den Zuschlag erhalten hätte.

Problematisch erscheint zudem die von der Vergabekammer vorgenommene Differenzierung im Zusammenhang mit dem qualifizierten Krankentransport, die darauf fußt, dass der ausgeschriebene qualifizierte Krankentransport tatsächlich nur Einsätze betreffe, bei denen eine Gefahr für den Patienten bestehe. In der Praxis wird bei der Disposition von Krankentransporten regelmäßig nicht danach unterschieden, ob der Patient zu einem Krankenhaus hin oder von diesem nach Hause zu befördern ist. Es werden vielmehr auch qualifizierte Krankentransporte ohne die von der Vergabekammer beschriebene Gefahrensituation durch den öffentlichen Rettungsdienst durchgeführt, so dass abzuwarten bleibt, ob sich diese Art der Differenzierung durchsetzen wird.

Letztlich bleibt noch festzuhalten, dass aus der Entscheidung leider keine konkreten Kriterien dafür entnommen werden können, welche Anforderungen an eine gemeinnützige Organisation im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB zu stellen sind und ob bzw. wie der Träger diese Anforderungen prüfen kann oder muss.

[Informiert bleiben](#)

Ansprechpartner:

[Daniel Bens](#)

E-Mail: bens@buse.de | Tel: +49 89 288 030-0

Web Version: <https://buse.de/insights/bereichsausnahme-rettungsdienst-in-niedersachsen-grundsuetzlich-anwendbar/>