

# Beglaubigte Abschrift

Verg W 4/09 Brandenburgisches Oberlandesgericht  
VK 3/09 Vergabekammer des Landes Brandenburg beim MfW

**E I N G A N G**

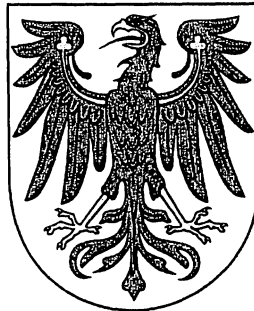
**0 6. Aug. 2010**

**B R A U N & R I E S K E**  
**R E C H T S A N W Ä L T E**

Anlage zum Protokoll vom 15.07.2010

Verkündet am 15.07.2010

Hos Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamte der Geschäftsstelle



## Brandenburgisches Oberlandesgericht

### Beschluss

**In dem Vergabenachprüfungsverfahren**

**betreffend die Durchführung des Rettungsdienstes im Landkreis [REDACTED]**  
**(Rettungswachen S [REDACTED], N [REDACTED], B [REDACTED]-F [REDACTED] und B [REDACTED])**

**an dem beteiligt sind:**

**1.**

[REDACTED]  
vertreten durch den Vorstand,  
[REDACTED]

**Antragstellerin und  
Beschwerdeführerin**

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED]

**2.**

**Landkreis [REDACTED]**  
vertreten durch den Landrat [REDACTED]  
[REDACTED]

**Antragsgegner und  
Beschwerdegegnerin**

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED]

3.

vertreten durch die Geschäftsführer

**Beigeladene zu 1.**

Verfahrensbevollmächtigte:

4.

vertreten durch den Geschäftsführer

**Beigeladener zu 2.**

Verfahrensbevollmächtigte : Rechtsanwälte

hat der Vergabesenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichtes

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr.König,  
den Richter am Oberlandesgericht Kuhlig  
und die Richterin am Amtsgericht Janik

**am 8. Juli 2010**

b e s c h l o s s e n:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 12. Februar 2009 (Az.: VK 3/09) wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Beigeladenen zu 1. und 2..

## I.

Der Auftraggeber ist Träger des Rettungsdienstes im Landkreis Er übertrug im Jahr 1995 die Rettungsdienstaufgaben auf die Beigeladenen zu 1. und 2. für die Dauer von fünf Jahren mit einer Verlängerungsoption von weiteren fünf Jahren. Mit Wirkung zum 31. Dezember 2005 wurden diese Verträge gekündigt. Der Auftraggeber wandte sich an die Beigeladenen und forderte sie zur Abgabe von Angeboten bis zum 2. Juni 2005 auf. Die Rettungsdienste sollten in insgesamt sieben Rettungswachen erbracht werden. Ziffer 5.2.33. der Leistungsbeschreibung sieht vor:

„Der Landkreis [REDACTED] ist berechtigt, die Vorhaltung der Rettungsmittel veränderten Rahmenbedingungen anzupassen. Insbesondere gilt das für ein verändertes Einsatzaufkommen. Eine Anpassung ist ferner möglich, wenn z.B. aufgrund einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung eine Anpassung der Vorhalteleistung notwendig wird.“

Auf die fristgerecht eingereichten Angebote übertrug der Auftraggeber mit Vertrag vom 21. Juni 2005 die Rettungsdienstaufgaben in Bereich 1 (Rettungswachen E [REDACTED], E [REDACTED] und M [REDACTED]) auf die Beigeladene zu 1. und mit Vertrag vom 21. Juni/19. Juli 2005 im Bereich 2 (F [REDACTED], E [REDACTED], Bad [REDACTED] und St [REDACTED]) auf den Beigeladenen zu 2, jeweils für die Dauer von fünf Jahren. Das Leistungsverzeichnis des Auftraggebers und die Angebote der Beigeladenen wurden in § 1 Abs. 2 der Verträge jeweils zum Vertragsbestandteil gemacht. Nach Ziff. 5.2. des Leistungsverzeichnisses haben die Auftragnehmer das für den Rettungsdienst erforderliche Personal vorzuhalten. Die notwendigen Sachmittel (Gebäude, Einsatz- und Krankentransportfahrzeuge, Ausrüstungsgegenstände) stellt der Auftraggeber; er trägt die damit verbundenen laufenden Kosten. In § 3 der Verträge (Bl. 1414, 1420 d. A.) ist ein Weisungsrecht des Auftraggebers enthalten:

„Der Träger ist berechtigt, dem Leistungserbringer generell und im Einzelfall Weisungen zur Durchführung dieses Vertrages zu erteilen. Das Weisungsrecht dient insbesondere der Sicherstellung einer einheitlichen und gleichmäßigen Erfüllung der Aufgaben des Rettungsdienstes im Rettungsdienstbereich Landkreis [REDACTED] und der Gewährleistung gegenseitiger Hilfe mit anderen Trägern des Rettungsdienstes. Der Leistungserbringer handelt nach den Anweisungen des Trägers.“

Nach der Jahresstatistik 2006 des Ministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Familie, veröffentlicht am 28. Januar 2008, wurde im Bezirk des Auftraggebers eine Überschreitung der gesetzlich vorgesehenen Hilfsfrist von 15 Minuten in 17,73 % der bemessungsrelevanten Rettungseinsätze festgestellt. Die Antragstellerin beantragte daraufhin mit Schreiben vom 15.02.2008 die Beteiligung am Rettungsdienst im Landkreis [REDACTED]. Der Auftraggeber lehnte dies mit Schreiben vom 14. März 2008 ab. Er gab ein Gutachten zur Berechnung der bedarfsgerechten Rettungsmittelvorhaltung in Auftrag, das zum 16. Oktober 2008 die Einrichtung zusätzlicher Standorte für die Notfallrettung und die Reduzierung der vorzuhaltenden Fahrzeuge vorsah.

Der Auftraggeber vereinbarte mit der Beigeladenen zu 1. mit einem Änderungsvertrag mit Wirkung zum 1. Mai 2008 die Reduzierung der Rettungsmittelvorhaltung für die Rettungs-

wache in E [REDACTED] und vereinbarte die Besetzung zusätzlicher Wachen in Sp [REDACTED] und N [REDACTED], befristet bis zum 31. Dezember 2008.

Mit dem Beigeladenen zu 2. vereinbarte er die Reduzierung der Rettungsmittelvorhaltung für die Wache in F [REDACTED] und vereinbarte die Stationierung eines zusätzlichen Rettungswagens in B [REDACTED], befristet bis zum 31. Dezember 2008.

Mit Schreiben vom 6. Oktober 2008 teilte er den Beigeladenen die Besetzung der Rettungswachen ab dem 1. Januar 2009 mit: Danach entfielen auf die Beigeladene zu 1. die Rettungswachen E [REDACTED] und E [REDACTED] sowie die neuen Wachen Sp [REDACTED], B [REDACTED]-F [REDACTED] und N [REDACTED]. Gleichzeitig wurde die Vorhaltung im Bereich Krankentransport und die Dienstzeiten in E [REDACTED] reduziert. Auf den Beigeladenen zu 2. entfielen die Rettungswachen F [REDACTED], Bad [REDACTED], Be [REDACTED], Mü [REDACTED] sowie eine neue Wache in Briesen.

Die Antragstellerin hatte zunächst mit Antrag vom 4. Juni 2008 vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) begehrt, den Auftraggeber zu verpflichten, sie am Rettungsdienst im Landkreis [REDACTED] zu beteiligen, hilfsweise Rettungsmittel des Antragstellers einzusetzen. Der Antrag ist vom VG Frankfurt (Oder) mit Beschluss vom 20. Februar 2009 als unzulässig zurückgewiesen worden.

Unter dem 22. Dezember 2008 hat sie die fehlende Ausschreibung gegenüber dem Auftraggeber gerügt. Mit ihrem am 12. Januar 2009 gestellten Nachprüfungsantrag hat sie die Auffassung vertreten, die Übertragung der Aufgaben für die vier neuen Rettungswachen in S [REDACTED] [REDACTED] N [REDACTED], Br [REDACTED]-F [REDACTED] und B [REDACTED] bis zum Jahresende 2008 sei vergaberechtswidrig erfolgt. Es handele sich um neue Aufträge, keine Anpassung bestehender Verträge. Der zusätzliche Dienstleistungsumfang betrage 2 Mio €, da das Entgelt von 7,6 auf 9,6 Mio € jährlich erhöht werde. Allein daraus ergebe sich die Ausschreibungspflicht.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren gegen die de-facto-Vergabe der Notfallrettung und des Krankentransportes in den neuen Rettungswachen S [REDACTED] N [REDACTED], B [REDACTED]-F [REDACTED] und B [REDACTED] einzuleiten;

2. den Auftraggeber zu verpflichten, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Dienstleistungen im Bereich der Notfallrettung und Krankentransport nur nach Vergabebekanntmachung und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer im Rahmen eines förmlichen, gemeinschaftsrechtskonformen Vergabeverfahrens durchzuführen.

Der Auftraggeber hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Er hat die Ansicht vertreten, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil die Antragstellerin den Streitgegenstand bereits vor dem Verwaltungsgericht und damit anderweitig rechtshängig gemacht habe. Es liege keine vergabepflichtige Auftragsvergabe vor, weil er lediglich von seinem im Ursprungsvertrag vorbehaltenen Recht zur Erteilung von Weisungen bei der Durchführung des Vertrages Gebrauch gemacht habe.

Die Vergabekammer des Landes Brandenburg hat mit dem angefochtenen Beschluss vom 12. Februar 2009 den Antrag als unzulässig verworfen, weil die Änderung der Verträge zwischen der Auftraggeberin und den Beigeladenen keine vergabepflichtige Auftragsvergabe sei. Bereits im Ursprungsvertrag sei die Anpassung der Vorhalteleistungen vorgesehen gewesen, die keine wesentliche Änderung der Vertragsumstände bedeute, die aber nach der Entscheidung des EuGH vom 19. Juni 2008 (Az.: C 454/06, „pressetext“) vorliegen müsse. Gegenstand der Auftragsvergabe sei im Jahr 2006 die Erbringung der Rettungsdienstleistungen im Landkreis gewesen, die durch die Vereinbarungen im Mai 2008 lediglich modifiziert worden seien. Der Leistungsumfang werde dadurch in der Gesamtbetrachtung nicht wesentlich verändert. Es handele sich lediglich um eine Ergänzung des ursprünglich Vereinbarten. Auch würden lediglich zusätzlich anfallende Personalkosten vergütet, während die Rettungsmittel weiterhin vom Auftraggeber bereitgestellt würden.

Gegen den ihr am 13. Februar 2009 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 20. Februar 2010 sofortige Beschwerde eingelegt. Zur Begründung führt sie aus, es handele sich bei der Vergabe der Leistungen für vier neue Rettungswachen um eine wesentliche Vertragsänderung, weil sich auch andere Bewerber auf diesen Auftrag hätten bewerben können. Zudem

habe ursprünglich kein Vergabeverfahren stattgefunden, so dass Ausschreibungsmängel der Vertragserweiterung nicht unter Hinweis auf das ursprüngliche Vergabeverfahren als geheilt angesehen werden könnten. Das Auftragsvolumen verpflichte zur Ausschreibung. Die in der Ausschreibung vorgesehene Klausel, die zur Vertragsänderung ermächtigen solle, sei bereits nicht hinreichend bestimmt, zudem sei der Begriff der „Rettungsmittel“ in Ziff. 5.2.33 der Leistungsbeschreibung dahin zu verstehen, dass er sich ausschließlich auf Rettungsdienstfahrzeuge und Rettungsmaterial beziehe, nicht aber auf Rettungswachen oder Einsatzkräfte.

Die Antragstellerin hat beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses dem Auftraggeber zu untersagen, die Dienstleistungen der Notfallrettung in den neuen Rettungswachen (S██████████, N██████████, B██████████-F██████████ und B██████████) weiterhin aufgrund der erfolgten de-facto-Vergabe ausführen zu lassen und den Auftraggeber zu verpflichten, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht die streitgegenständlichen Leistungen im Bereich der Notfallrettung und Krankentransporte bei Überschreiten der Schwellenwerte aufgrund eines förmlichen, gemeinschaftsrechtskonformen Vergabeverfahrens zu vergeben.

Mit Schriftsatz vom 25. März 2010 hat sie mitgeteilt, dass der Antragsgegner sich entschieden habe, die streitgegenständlichen Leistungen zu rekommunalisieren.

Die Antragstellerin beantragt nunmehr,

1. festzustellen, dass sie durch die Beauftragung der Dienstleistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes in den neuen Rettungswachen aufgrund der erfolgten De-facto-Vergaben in ihren Rechten verletzt wurde.
2. der Auftraggeberin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Beschwerdeführers aufzuerlegen.

Die weiteren Anträge erklärt sie für erledigt.

Der Auftraggeber beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Der Auftraggeber ist der Ansicht, der Antrag sei bereits unzulässig, weil die Antragstellerin nicht als Bieterin an einem Vergabeverfahren teilgenommen habe; außerdem enthalte der Betrag von 2 Mio € auch die Sachleistungen, die von ihm, nicht von den Beigeladenen finanziert würden. Im Übrigen handele es sich lediglich um eine Erweiterung eines bestehenden Vertragsverhältnisses aufgrund von Regelungen, die bereits im Ursprungsvertrag angelegt gewesen seien. Im Jahr 2005 habe keine Ausschreibung der Leistungen erfolgen müssen, weil nur die Beigeladenen aufgrund ihrer Ausstattung und ihrer personellen Qualifikation geeignet gewesen seien, im Land Brandenburg die Rettungsdienstleistungen zu übernehmen (§ 3 Nr. 4 lit a. VOL/A). Eine Gefahr der Wettbewerbsverzerrung ergebe sich aufgrund der im Vertrag angelegten Möglichkeit der Vertragsänderung nicht.

Die Beigeladenen beantragen,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Beigeladene zu 1. ist der Auffassung, dass die bis zum 31. Dezember 2010 erteilten Aufträge nicht wesentlich geändert worden sind und eine isolierte Neuausschreibung der Vergabe von vier Rettungswachen weder möglich noch zulässig gewesen wäre. Denn die neu errichteten Wachen befänden sich in den Versorgungsbereichen S [REDACTED], E [REDACTED] und F [REDACTED], die bereits an die Beigeladenen vergeben worden seien. Zudem läge keine Rechtsverletzung der Antragstellerin vor, weil sie im Jahr 2008 nicht über die erforderlichen Mittel zur Ausstattung weiterer Rettungswachen verfügt habe und auch unzuverlässig sei. Gegen den Geschäftsführer der Antragstellerin würden strafrechtliche Ermittlungen geführt, weil er den Rettungsdienstfunk abgehört haben soll, um zusätzliche Aufträge zu erhalten (vgl. Bl. 217).

Der Beigeladene zu 2. ist der Auffassung, dass eine Ausschreibungspflicht nicht bestanden habe, weil die Änderungen hinsichtlich der Einrichtungen zusätzlicher Rettungswachen in Ausübung einer Vertragsanpassungsoption geregelt worden seien. Vertragsanpassungen aufgrund einer Option seien nicht vergabepflichtig. Selbst wenn man aber annähme, dass eine Vertragsänderung vorliege, sei diese jedenfalls nicht vergabepflichtig, weil sie nicht wesentlich sei. Das wirtschaftliche Gefüge des Vertrages werde durch die Einrichtung zusätzlicher Wachen in demselben Landkreis nicht berührt. Es handele sich lediglich um eine nähere Ausgestaltung des ursprünglichen Vertrages.

Wegen der Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vorbringen der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze Bezug genommen.

## II.

Die sofortige Beschwerde gegen die im Tenor näher bezeichnete Entscheidung der Vergabekammer des Landes Brandenburg ist zulässig, insbesondere fristgemäß eingelegt worden. Sie hat in der Sache jedoch auch mit dem nunmehr gestellten Antrag auf Feststellung, dass die Antragstellerin durch die Beauftragung der Dienstleistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes in den neuen Rettungswachen an die Beigeladenen zu 1 und 2 in ihren Rechten verletzt sei, keinen Erfolg.

A. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist unzulässig.

Die begehrte Feststellung dient der Vorbereitung von Schadensersatzansprüchen wegen im Vergabenachprüfungsverfahren festgestellter Vergaberechtsverstöße des Auftraggebers. Sie setzt deshalb voraus, dass ein Vergabenachprüfungsverfahren zulässigerweise eingeleitet worden ist, in dem die Feststellung der im Rahmen des § 123 S. 3 GWB interessierenden Verstöße allein erfolgen kann.

An der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin fehlt es. Das Nachprüfungsverfahren dient seiner Natur nach dem Ziel, vom Auftraggeber zu vertretende Mängel eines Vergabeverfahrens abzustellen, die die Aussicht eines Bieters auf den Erhalt des zu vergebenden Auftrags beeinträchtigen. Dauert das Vergabeverfahren nicht mehr an, weil der Auftraggeber durch wirksamen Vertragsschluss (Zuschlag) sich die geforderten Leistungen beschafft hat, ist das ausschließlich auf Primärrechtsschutz – also auf die Wahrung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten - gerichtete Nachprüfungsverfahren nicht mehr eröffnet.

Im vorliegenden Fall kann dahinstehen, ob der Auftraggeber zur Vornahme der von der Antragstellerin gerügten Maßnahmen bereits aufgrund der im Jahre 2005 mit den Beigeladenen getroffenen vertraglichen Regelungen berechtigt war und deshalb seine Maßnahmen keine Neuvergabe darstellen. Auch wenn – was hier unterstellt wird - die getroffenen Maßnahmen als Vergabe öffentlicher Aufträge zu werten sind, hat der Auftraggeber mit der dann mangels ordnungsgemäßer Ausschreibung vorliegenden de-facto-Vergabe seinen Beschaffungsbedarf hinsichtlich der Dienstleistungen, an deren Erbringung die Antragstellerin interessiert war, befriedigt. Im Zeitpunkt der Einreichung des Nachprüfungsantrages war das Vergabeverfahren also bereits beendet.



Die von der Antragstellerin gerügten, nach ihrer Auffassung als de-facto-Vergaben relevanten Vereinbarungen über die Fortführung der Rettungsdienste im Landkreis [REDACTED] also

- die Vertragsänderung mit Wirkung vom 1. Mai 2008 gegenüber der Beigeladenen zu 1. vom 21. Mai 2008, betreffend die Reduzierung der Rettungsmittel um einen Rettungswagen in der Wache E [REDACTED], Stationierung dieses Rettungswagens in S [REDACTED] und eines zusätzlichen Rettungswagens in N [REDACTED] bis zum 31. Dezember 2008 und

- die am 7. Mai 2008 vertraglich mit der Beigeladenen zu 2. vereinbarte Reduktion der Rettungsmittelvorhaltung in F [REDACTED] um einen Krankentransportwagen und Stationierung eines Krankentransportwagens in B [REDACTED] ab dem 1. Mai 2008 befristet bis zum 31. Dezember 2008 (Bl. 1440 VK-Akte) sowie

- die von dem Auftraggeber mit Schreiben an die Beigeladenen vom 6. Oktober 2008 (Bl. 1448 und 1452 VK-Akte) mitgeteilte Anordnung, in welcher Weise ab dem 1. Januar 2009 die Rettungsmittel im Landkreis nach Auswertung des eingeholten Gutachtens verteilt werden sollen,

lagen sämtlich vor Einreichung des Nachprüfungsantrages am 12. Januar 2009. Ihre Wirksamkeit beurteilt sich also nicht nach der für de-facto-Vergaben nunmehr geltenden Regelung des § 101 b GWB, sondern gem. § 131 Abs. 8 GWB n.F. nach den vor dem 24. April 2009 geltenden vergaberechtlichen Vorschriften (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 8. Oktober 2009, 1 Verg 9/09). Denn die dann anzunehmenden Verfahren über die Auftragsvergaben haben jedenfalls vor dem 24. April 2009 begonnen.

Bei Zugrundelegung der bis zum 23. April 2009 geltenden Rechtslage erscheinen alle gerügten Maßnahmen des Auftraggebers als wirksam.

a) Eine direkte Anwendung des § 13 Satz 6 VgV a. F., der für den Fall mangelnder rechtzeitiger Information im Vergabeverfahren ausgeschlossener Bieter die Nichtigkeit der durch den Zuschlag zustande gekommenen Verträge anordnet, scheidet aus, weil ein Vergabeverfahren, an dem die Antragstellerin als Bieterin beteiligt gewesen wäre, gerade nicht stattgefunden hat.

b) Die Unwirksamkeit der Maßnahmen folgt auch nicht aus einer analogen Anwendung der genannten Vorschrift. Dahinstehen mag, ob bezogen auf die vorliegende Fallgestaltung die für die analoge Anwendung erforderliche planwidrige Regelungslücke angenommen werden kann. Jedenfalls aber wird die vorliegende Fallgestaltung durch eine andere als die der Vorschrift zugrunde liegende Interessenlage charakterisiert und vom Zweck der Norm nicht gedeckt, die als Ausnahmeregelung von dem Grundsatz der Wirksamkeit einmal erteilter

Zuschläge nach allgemeinen Auslegungsregeln eng am Wortlaut auszulegen und nur beschränkt analogiefähig ist.

Nach dem für das Verständnis der geregelten Interessenlage maßgeblichen Wortlaut des § 13 S. 1 VgV a.F. erscheinen die „Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen“ als Adressaten der Information und der „Bieter, dessen Angebot angenommen werden soll“ als derjenige, über den informiert werden muss. Vorausgesetzt wird also, dass mehrere Bieter sich um denselben Auftrag beworben haben, der Auftraggeber also das Bieterfeld überschaubar und daher vor dem Zuschlag seiner Informationspflicht ohne zeitraubende Ermittlungen anstellen zu müssen nachkommen kann.

§ 13 S. 6 VgV a.F. kann bei de-facto-Vergaben infolgedessen nur dann entsprechende Anwendung finden, wenn in einem auf Beschaffung einer Leistung durch den öffentlichen Auftraggeber durchgeführten Verfahren mehrere Bieter beteiligt worden sind und Angebote abgegeben haben, eine Auswahl stattgefunden hat und der Zuschlag ohne vorherige Information des oder der ausgeschlossenen Bieter erteilt worden ist; nur in diesem Fall liegt eine Interessenlage vor, die der dem unmittelbaren Anwendungsbereich des § 13 S. 6 VgV a.F. zugrunde liegenden Interessenlage vergleichbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 01. Februar 2005, X ZB 27/04, BGHZ 162, 116; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18. März 2008, 17 Verg 8/07, VergabeR 2008, 985; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Februar 2005, VII-Verg 88/04, zitiert nach juris, Tz. 22; Willenbruch/Bischoff-Scharen, 13. Los, § 126 GWB Rz. 85; Müller-Wrede-Kriener, GWB Vergaberecht, § 101 b Rz. 8).

Die entsprechende Anwendung der Vorschrift auf Fälle, in denen eine vergleichbare Bietersituation nicht vorliegt, würde zu einer den Interessen des Auftraggebers nicht gerecht werdenden, unter Umständen für längere Zeit fortdauernden Rechtsunsicherheit bei der Durchführung des ohne Vergabeverfahren geschlossenen Vertrages führen. Denn § 13 S. 6 VgV a.F. trifft – anders als die Neuregelung in § 101 b GWB – keine Vorkehrungen, die die Geltendmachung der Nichtigkeit – etwa durch Ausschlussfristen oder sonstige Ausschlussmodalitäten – begrenzen. Auch kann der Auftraggeber von sich aus die dadurch hervorgerufene Unsicherheit nicht beenden, weil er in aller Regel den Kreis der potentiell am Auftrag interessierten Unternehmen nicht vollständig übersehen und damit auch nicht mit einer nachgeholten Information sich endgültige Klarheit über den Bestand des von ihm abgeschlossenen Vertrages verschaffen kann.

Ein Verfahren, an dem mehrere Bieter beteiligt worden wären und unter deren Angeboten ausgewählt worden wäre, hat hier gerade nicht stattgefunden. Dass die Antragstellerin bereits

am 15. Februar 2008 ihr Interesse an einer Auftragsvergabe bekundet hat, ändert daran nichts. Denn der Auftraggeber hat in der Annahme zu den von ihm getroffenen Maßnahmen – auch soweit sie in der Form vertraglicher Vereinbarungen mit den Beigeladenen erfolgten – aufgrund der im Jahr 2005 abgeschlossenen Verträge berechtigt zu sein, nicht mit mehreren Bietern, insbesondere auch nicht mit der Antragstellerin, sondern ausschließlich mit der jeweils durch die angeordneten Änderungen betroffenen Beigeladenen verhandelt.

Dies gilt sowohl hinsichtlich der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden befristeten Änderungen, als auch hinsichtlich der Änderungen für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2010.

In keinem Fall hat der Auftraggeber über die Vergabe neuer Leistungen mit mehreren Bietern verhandelt. Er hat vielmehr lediglich die Neustrukturierung der bereits von den Beigeladenen zu 1. und 2. versorgten Gebiete verändert, ohne dass andere Bieter in die Entscheidung über die Änderungen einbezogen wurden.

- So sind zusätzliche Wachen in den bereits von den Beigeladenen zu 1. und 2. aufgrund der Verträge vom 21. Juni 2005 versorgten Bereichen (jeweils § 1 des Vertrages, Bl. 1420, 1432 VK-Akte) eingerichtet worden, etwa bis zum 31. Dezember 2008 in dem von der Beigeladenen zu 1. versorgten Bereich E [REDACTED] eine Wache in N [REDACTED] und in dem von dem Beigeladenen zu 2. versorgten Bereich Fürstenwalde eine Wache in B [REDACTED]. Soweit bis zum 31. Dezember 2008 eine Wache aus dem Bereich des Beigeladenen zu 2. von der Beigeladenen zu 1. übernommen werden sollte (Sp [REDACTED] aus dem Rettungswachenbereich Storkow), stellte auch dies keine Auftragsvergabe dar, über die unter mehreren Bietern entschieden worden wäre. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass auch im Rahmen dieser Änderung nur mit den ursprünglichen Vertragspartnern verhandelt worden ist, andererseits daraus, dass die Besetzung des von der Beigeladenen zu 1. in S [REDACTED] einzusetzenden Rettungswagens auch von der Beigeladenen zu 1. gestellt werden sollte, indem er aus der Wache Erkner abgezogen wurde.

- Gleiches gilt für die ab dem 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 vereinbarten Änderungen (Bl. 1456 und 1448 VK-Akte): Die Erweiterung der Anzahl der Wachen blieb innerhalb des ursprünglich vereinbarten örtlichen Leistungsbereiches der Beigeladenen. Die von der Beigeladenen zu 1. zu versorgenden Wachen N [REDACTED] und B [REDACTED]-F [REDACTED] befinden sich im Rettungsbereich E [REDACTED], der von der Beigeladenen zu 1. nach dem Vertrag vom 21. Juni 2005 versorgt werden musste. Gleiches gilt für die Beigeladene zu 2. für die Wache in Briesen, die im Bereich F [REDACTED] liegt.

- Auch soweit die Leistungen ab dem 1. Januar 2009 für den Bereich M██████, die ursprünglich von der Beigeladenen zu 1. zu erbringen waren, auf die Beigeladene zu 2. übergegangen sind und die Wache in Sp██████, also im der Beigeladenen zu 2. übertragenen Bereich Storkow, nunmehr von der Beigeladenen zu 1. versorgt wird, handelt es sich um strukturelle Änderungen innerhalb der vorhandenen Verträge, die nicht aufgrund von Verhandlungen mit mehreren Bietern, sondern in der Absicht der Fortführung schon geschlossener Verträge ausschließlich aufgrund von Verhandlungen mit den jeweiligen Vertragspartnern geführt worden sind.

Die entsprechende Anwendung des § 13 S. 6 VgV a.F. ist auch nicht unter Berücksichtigung der Regelungen der Richtlinie 1989/665 EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 (ABl. L 395 vom 30.12.1989) geboten. Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie kommt nicht in Betracht. Sie würde voraussetzen, dass die Vorgaben der Richtlinie in Art. 1 Abs. 1 und 3 so bestimmt formuliert sind, dass sie geeignet sind, unmittelbare Wirkungen zu entfalten, ohne dass es zur Ausführung weiterer Rechtsvorschriften bedarf (EuGH 1986, 723, Rs. 152/84, „Marshall“). Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie sieht aber vor, dass die Bedingungen für die Eröffnung eines Nachprüfungsverfahrens von den Mitgliedstaaten erst festzulegen sind. Außerdem ist der Kreis der von der Vorschrift begünstigten Personen nicht hinreichend eindeutig bestimmt, da die Bezeichnung desjenigen, „der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte“ einerseits im Hinblick auf das „Interesse“ weit formuliert ist, andererseits eine Eingrenzung auf den „bestimmten“ Lieferauftrag gefordert wird.

Eine direkte Anwendung der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (ABl. L 335/31 vom 20.12.2007) kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der dem Streitfall zugrunde liegende Sachverhalt sich zeitlich vor Ablauf der Umsetzungsfrist ereignete, die erst am 20. Dezember 2009 endete (Artikel 3 der Richtlinie).

Auch eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts dahin, dass § 13 S. 6 VgV a.F. entsprechend für das De-facto-Vergabeverfahren Anwendung findet, wenn der Auftraggeber mit nur einem Bieter bzw. mit seinem ursprünglichen Vertragspartner verhandelt hat, ist nicht möglich. Die richtlinienkonforme Auslegung muss den Beurteilungsspielraum, den das nationale Recht einräumt, ausschöpfen (EuGH, Rs. 14/83, „von Colson und Kamann“, Slg. 1984, 1921), aber auch berücksichtigen. Grenze der Auslegung ist der Wortlaut der Vorschrift (Streinz-Schroeder, EUV/EGV, Art. 249 Rz. 128 mwN.). Der Wortlaut des § 13 S. 6 VgV a.F. wäre bei einer entsprechenden Anwendung auf Fälle der De-facto-Vergabe, in denen nur ein Angebot vorlag, aus den oben dargestellten Gründen überschritten.“

Die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung des OLG Naumburg (Beschluss vom 3. September 2009, 1 Verg 4/09) gebietet nicht die Vorlage gemäß § 124 Abs. 2 GWB, da dem dort betroffenen Vergabeverfahren – anders als im Streitfall – eine europaweite Ausschreibung mit mehreren Bietern vorangegangen ist.

Die Unwirksamkeit der von der Antragstellerin gerügten Anordnungen ergibt sich auch nicht aus § 138 BGB. Ein zur Sittenwidrigkeit führendes kollusives Zusammenwirken der Antragstellerin mit den Beigeladenen mit dem Ziel, die Vergabevorschriften zu Lasten der Antragstellerin und anderer Interessenten zu umgehen, könnte nur dann angenommen werden, wenn sich die Vertragspartner der Tatsache bewusst waren, dass ihr gemeinsames Vorgehen gegen vergaberechtliche Vorschriften verstieß (KG Berlin, Beschluss vom 11. November 2004, 2 Verg 16/04; OLG Naumburg, Beschluss vom 25. September 2006, 1 Verg 10/06; OLG Celle, Beschluss vom 25. August 2005, 13 Verg 8/05). Diese Voraussetzungen liegen schon deshalb nicht vor, weil zum Zeitpunkt der Änderungen der Verträge entsprechend der damaligen Rechtsprechung des zuständigen Vergabesenats die hier in Rede stehenden Leistungen als nicht vergabepflichtig anzusehen waren. An dieser Rechtsprechung, die eine Änderung erst infolge der Entscheidung des BGH vom 1. Dezember 2008 (X ZB 32/08) erfahren hat, durfte sich der Auftraggeber orientieren.

B. Der Feststellungsantrag wäre überdies auch nicht begründet Eine Pflicht zur Ausschreibung der vom Auftraggeber mit den Beigeladenen vereinbarten Vertragsänderungen bestand nicht, weil es sich nicht um wesentliche Änderungen der bestehenden Verträge handelte.

Wesentliche Vertragsänderungen die zur Ausschreibung verpflichten, sind insbesondere gegeben (EuGH,Urteil vom 19. Juni 2008, C-454/06, „presstext“, NZBau 2008, 518 ff),

- wenn durch eine Änderung ein anderer Bieterkreis zugelassen werden müsste,
- wenn im Kreis möglicher Bieter auf den Ursprungsantrag ein anderes Angebot hätte angenommen werden müssen,
- wenn die Änderung den Auftrag auf zuvor nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert, maßgeblich ist auch insoweit, ob die Dienstleistungen Gegenstand des ursprünglichen Vertrages waren,
- wenn das wirtschaftliche Gleichgewicht zugunsten des Auftragnehmers in einer vom ursprünglichen Vertrag nicht vorgesehenen Weise verändert wird.

Solche Änderungen liegen hier nicht vor.

Gegenstand der Verträge mit den Beigeladenen ist die Erfüllung der Rettungsdienstaufgaben in den in § 1 des Vertrages aufgeführten Rettungswachenbereichen (Bl. 423 bzw. 435 VK-Akte). Welche Rettungswachenbereiche welche Orte erfassen, ergab sich aus Ziffer 2.3. ff. der Aufforderung zum Angebot (Bl. 497 ff. VK-Akte). Darin sind jeweils alle Orte benannt, die sich im Einzugsbereich einer Rettungswache befinden. Ziffer 4. des Leistungsverzeichnisses sieht vor, dass der Leistungserbringer die Leistungen im Leistungsbereich erbringen muss (Bl. 520, 522 d. A.) Es folgen Beschreibungen der bei Vertragsabschluss vorhandenen Wachen und deren Dienstzeiten.

Vergleicht man den in § 1 der Verträge vom 21. Juni 2005 vorgesehenen Leistungsgegenstand mit den vorgenommenen Änderungen, so ergibt sich, dass die Einrichtung von weiteren Rettungswachen in den bereits von den Beigeladenen versorgten Rettungswachenbereichen ebensowenig eine zusätzliche Leistung darstellt, wie die vorgenommene Zuweisung von Rettungswachen aus dem ursprünglichen Vertragsbereich einer Beigeladenen in den Bereich der jeweils anderen Beigeladenen. Die Anpassungsklausel in Ziffer 5.2.33 der Leistungsbeschreibung sieht gerade vor, dass die Vorhaltung von Rettungsmitteln angepasst werden soll. Die Definition der Antragstellerin, dass Rettungsmittel im Sinne des Vertrages nur Sachleistungen seien, überzeugt nicht: Denn die Anpassung der Sachleistungen erfordert zwingend auch einen veränderten Personaleinsatz. Die Anpassung von Rettungsmitteln ohne Personalaufstockung oder Einschränkung wäre nicht sinnvoll. Zudem obliegt nach Ziffer 2.1. der Leistungsbeschreibung (Bl. 495 VK-Akte) gerade den Beigeladenen der Personaleinsatz, nicht hingegen die Gestellung technischer Rettungsmittel. Es hätte daher keiner vertraglichen Klausel bedurft, um den Auftraggeber zu berechtigen, weitere Rettungswagen anzuschaffen, ohne dass diese auch von dem von den Beigeladenen zu haltenden Personal besetzt werden müssten. Ferner ermächtigt § 3 Abs. 1 der Verträge vom 21. Juni 2005 den Auftraggeber, mit den Beigeladenen eine Änderung der Strukturierung der zu erbringenden Leistungen im gesamten Rettungsdienstbereich des Auftraggebers herzustellen und hierbei auch anderen Trägern des Rettungsdienstes Hilfe zu leisten, wodurch insbesondere auch die Übertragung eines Rettungswachenbereiches ermöglicht wird.

Das Gleichgewicht der Verträge wird dadurch nicht zugunsten der Beigeladenen verändert: Die Beigeladenen müssen zusätzliches Personal einsetzen für zusätzliche gleichartige

Leistungen, die bei Vertragsabschluss noch nicht zu erbringen waren. Die Vergütung des Personals erfolgt auf der Grundlage der Ausgangsverträge, sie ist in den Änderungsvereinbarungen nicht angepasst worden. Daher ist auch nicht davon auszugehen, dass der Einsatz von Personen in zusätzlichen Rettungswachen einen anderen Bieterkreis eröffnet hätte oder dass hypothetisch einem anderen Bieter der Zuschlag hätte erteilt werden müssen.

Die Änderungen sind daher im ursprünglichen Vertrag vorgesehen und nach den oben genannten Kriterien auch im Übrigen zulässig.

Zwar hat nach dem Vortrag der Antragstellerin die Vertragsänderung ein erhebliches finanzielles Volumen, das für sich gesehen schon den Auftragswert übersteigt. Auch nach der von der Antragstellerin zitierten Rechtsprechung (OLG Celle, NZBau 2010, 194 ff.) ist das aber nicht maßgeblich, wenn sich aus dem ursprünglichen Vertrag eine Ermächtigung zur Anpassung ergibt.

Die Anpassungsklausel in Ziffer 5.2.33 der Leistungsbeschreibung ist zwar weit gefasst; welche Umstände indes zu einer Anpassung der Rettungsdienstleistungen während der Laufzeit eines Vertrages zwingen, ergibt sich aber aus dem bei Abschluss der Verträge geltenden Brandenburgischen Rettungsdienstgesetz (BbgRettG vom 18. Mai 2005, GVBl.I, S. 202), insbesondere dessen § 3 Abs. 3, der die Einrichtung und den Unterhalt der notwendigen Anzahl von Rettungswachen vorsieht und § 4 Abs. 4, in dem die Anlegung von Rettungsdienstbereichsplänen vorgesehen ist. Entsprechendes gilt nach den §§ 8, 10 des am 15. Juli 2008 in Kraft getretenen BbgRettG (GVBl. I/08, S. 186). Dem Ziel, eine flächendeckende Versorgung im Bereich des Rettungsdienstes zu gewährleisten, dient die branchenspezifisch erforderliche Anpassungsklausel in den mit den Beigeladenen vereinbarten Verträgen.

Nach Auffassung des Senates ist auch nicht maßgeblich, ob der ursprünglich erteilte Auftrag aufgrund eines förmlichen Vergabeverfahrens vergeben worden ist. Der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 19. Juni 2008 (NZBau 2008, 518) lag gerade ein Vertrag zugrunde, der nicht aufgrund einer öffentlichen Auftragsvergabe geschlossen worden ist und geschlossen werden konnte. Ist der vergaberechtswidrig geschlossene Ursprungsvertrag nicht mehr anfechtbar, gibt es kein Gebot, bei unwesentlichen Änderungen dieses Vertrages

nunmehr die Ausschreibungspflicht als maßgebliches Kriterium anzusehen und eine Vergabepflicht anzunehmen. Der Unanfechtbarkeit vergaberechtswidrig geschlossener Verträge liegt das Interesse an Vertrauensschutz der am Vertrag beteiligten Parteien zugrunde. Dieses Interesse ist im Hinblick auf mögliche Änderungen, die in dem wirksam geschlossenen Ausgangsvertrag angelegt sind, nicht weniger schutzwürdig.

Die Kostenentscheidung ergeht gemäß den §§ 131 Abs. 8 GWB n.F., § 97 Abs. 1 ZPO. Beigeladene sind kostenrechtlich wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn sie die durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren auch nutzen, indem sie sich an diesem Verfahren beteiligen (BGHZ 158, 43, 59, Beschluss vom 26.9.2006, X ZB 14/06). Im Streitfall haben sich die Beigeladenen im Beschwerdeverfahren geäußert, am Termin zur mündlichen Verhandlung teilgenommen und Anträge gestellt.

**Dr. König**

**Kuhlig**

**Janik**

**Beglaubigt**

**Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle**

