

Rhein-Sieg-Kreis
Der Landrat
38

30.08.2016

**An die
SPD-Kreistagsfraktion**

nachrichtlich an:
CDU-Kreistagsfraktion
Grüne-Kreistagsfraktion
FDP-Kreistagsfraktion
Linke-Kreistagsfraktion
AfD-Kreistagsfraktion
Gruppe im Kreistag FUW-Piraten
sowie die Einzelabgeordneten Herrn Dr. Fleck und Frau Meise

**Anfrage vom 28.07.2016 gemäß § 26 Abs. 4 Satz 1 KrO NRW
„Vergabenachprüfungsverfahren Rettungsdienste“**

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu den Ihrerseits in der Anfrage gestellten Fragen nehme ich – nach Abstimmung mit meiner Rechtsabteilung – wie folgt Stellung:

1. Zur Wahl des Verhandlungsverfahrens in der Form eines freihändigen Verfahrens:

Teilen Sie nach Prüfung des Beschlusses die Rechtsauffassung des Senats zu diesem Komplex?

Nein.

Wenn nein, begründen Sie bitte Ihre gegenteilige Rechtsauffassung.

Nach der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf war die Wahl des Verhandlungsverfahrens in der Form eines freihändigen Verfahrens unzulässig, jedoch sah das Oberlandesgericht im Unterschied zur Vergabekammer Rheinland diesen Fehler als im Ergebnis geheilt an. Ein Teil der Begründung für die Unzulässigkeit findet sich in dem angeführten Zitat (in der Anfrage der „Vergabekammer“ zugeordnet) zu § 3 Abs. 1 Satz 3, Abs. 5 lit. h) VOL/A.

Eine freihändige Vergabe ist zulässig, wenn die Leistung nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können (§§ 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VgV a. F., 3 Abs. 5 h) VOL/A). Mit dem am 31.03.2014 bekanntgemachten Auftrag wurden nicht lediglich Leistungen des Rettungsdienstes im Sinne des § 2 RettG NRW ausgeschrieben, sondern diver-

se Leistungen im Bereich des Bevölkerungsschutzes mit einem Schwerpunkt im Bereich des Rettungsdienstes (Notfallrettung und Krankentransport einschließlich der Bewältigung von Großschadensereignissen). Mit dieser Vorgehensweise sollte eine qualitativ hochwertige Verzahnung des Rettungsdienstes mit dem weiteren Bevölkerungsschutz, insbesondere dem Katastrophenschutz im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 3 BHKG NRW einschließlich eines nachhaltigen ehrenamtlichen Engagements, hergestellt bzw. bewahrt werden. Die Bewerber bzw. Bieter hatten zu diesem Zweck insbesondere ein Konzept zur Stärkung des Bevölkerungsschutzes im Rhein-Sieg-Kreis zu erstellen und vorzulegen, das auch die Förderung der Selbsthilfefähigkeit der Bevölkerung zum Gegenstand hat. Diese über den Rettungsdienst hinausgehenden weiteren Bestandteile des Bevölkerungsschutzes, für welche das Amt für Bevölkerungsschutz (38) insgesamt die Zuständigkeit und Verantwortung innehat, hängen auch von den Möglichkeiten, Ressourcen und Plänen der Bewerber ab und konnten insofern nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden. Im Vergabevermerk vom 19.03.2014, Vergabe-Nr. 0060-38-14-VOL, wurde die Wahl des Vergabeverfahrens dementsprechend dokumentiert und begründet. Den Standpunkt der Vergabekammer Rheinland (VK VOL 15/2014) im Beschluss vom 10.09.2015 (S. 31) und des Oberlandesgerichts Düsseldorf (VII-Verg 49/25) im Beschluss vom 15.06.2016 (S. 12 f.), dass lediglich Leistungen des Rettungsdienstes ausgeschrieben worden seien, teile ich vor diesem Hintergrund weiterhin nicht.

Hat Ihnen die beauftragte Anwaltskanzlei zur Wahl des o. g. Verfahrens geraten?

Die Rechtsanwälte SKW Schwarz haben die Wahl des Verhandlungsverfahrens und damit einer freihändigen Vergabe befürwortet. Nach allseitiger Auffassung der Beteiligten schien dieses Verfahren am ehesten geeignet, den Befürchtungen aus Politik, Bevölkerung und Mitarbeitern entgegenzukommen, dass das Ergebnis der Ausschreibung zu Nachteilen bei der Qualität des Rettungsdienstes und der Sicherung des Bevölkerungsschutzes führen könnte.

Wenn ja, erwägen Sie die Kanzlei wegen fehlerhafter Beratung in Anspruch zu nehmen, da es vorliegend ja um eine falsche Rechtsanwendung geht?

Nein

Wenn nein, warum nicht?

Die Voraussetzungen eines Rechtsanwaltsregresses gemäß §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 611, 675 BGB sind nicht gegeben, da keine fehlerhafte anwaltliche Beratung gegeben ist. Die Entscheidung zur Durchführung einer freihändigen Vergabe wurde, u. a. unterstützt durch die Rechtsabteilung, gemeinsam mit den Rechtsanwälten SKW Schwarz, getroffen. Es war zu diesem Zeitpunkt nicht abzusehen, dass die Vergabekammer Rheinland und das Oberlandesgericht Düsseldorf den Standpunkt einnehmen würden, Gegenstand des Auftrages seien allein Leistungen des Rettungsdienstes und nicht auch Leistungen des weiteren Bevölkerungsschutzes.

2. Zum Bewertungssystem: Schulnoten bei Wikipedia

Teilen Sie nach Prüfung des Beschlusses des Oberlandesgerichts Düsseldorf (VII Verg 49/15) vom 15.06.2016 die Rechtsauffassung des Senats zu diesem Komplex? Nein.

Wenn nein, begründen Sie bitte Ihre gegenteilige Rechtsauffassung.

Die Schulnoten 1 (sehr gut) bis 6 (ungenügend) werden in der Bundesrepublik Deutschland seit etlichen Jahrzehnten inhaltlich unverändert verwendet, sodass für alle Bewerber bzw. Bieter offensichtlich war, was gemeint war. Im Gegensatz zum zitierten Oberlandesgericht Düsseldorf teilt die Vergabekammer Rheinland im Beschluss vom 10.09.2015 (S. 41) diese Auffassung (wie auch OLG Schleswig, Beschluss vom 25.01.2013 – 1 Verg 6/12; OLG Celle, Beschluss vom 12.01.2012 – 13 Verg 8/11). Der Verweis auf die Wikipedia-Homepage erfolgte lediglich ergänzend.

Es bedurfte entgegen der Ausführung auf den Seiten 13 f. des Beschlusses vom 15.06.2016 nicht der Angabe konkreter Kriterien, anhand derer die Schulnoten vergeben werden sollten, bzw. die Angabe solcher konkretisierender Kriterien war nicht möglich. Es liegt im Wesen der Forderung eines Konzeptes ohne limitierende Vorgaben, dass von dem öffentlichen Auftraggeber nicht im Vorhinein angegeben werden kann, unter welchen Voraussetzungen welche Kriterien mit welcher Schulnote bewertet werden und auf welche konkreten Leistungen der Rhein-Sieg-Kreis als der Auftraggeber Wert legte. Der Senat stellt auf Seite 14 seines Beschlusses vom 15.06.2016 auch nicht beispielhaft dar, wie der Auftraggeber eine Konkretisierung der Schulnotenbewertung im Vorhinein hätte vornehmen können, obwohl sich der Rhein-Sieg-Kreis als Antragsgegner nach der mündlichen Verhandlung vom 02.03.2016 in seinem Schriftsatz vom 22.03.2016 ausführlich mit den Schwierigkeiten auseinander gesetzt hatte, die mit einer solchen vorherigen Konkretisierung der Konzeptbenotung verbunden sind.

Angesichts der Bedeutung der Kriterien für eine Benotung von abgeforderten Konzepten der Bieter hatte der Rhein-Sieg-Kreis gegenüber dem Oberlandesgericht Düsseldorf angeregt, die Frage des Bewertungsmaßstabes gemäß § 124 Abs. 2 GWB a. F. dem Bundesgerichtshof vorzulegen.

Hat Ihnen die beauftragte Anwaltskanzlei zur Wahl des o. g. Vorgehens geraten?

Die Rechtsanwälte SKW Schwarz haben die von mir vorgesehene Bewertung der Konzepte anhand der Schulnotenskala von 1 (sehr gut) bis 6 (ungenügend) befürwortet.

Wenn ja, erwägen Sie die Kanzlei wegen fehlerhafter Beratung in Anspruch zu nehmen, da es vorliegend ja um eine falsche Rechtsanwendung geht?

Nein.

Wenn nein, warum nicht?

Es liegt keine Pflichtverletzung der Rechtsanwälte SKW Schwarz vor.

Was hat Sie dazu bewogen, sofortige Beschwerde gegen den erstinstanzlichen Beschluss einzulegen? Bitte begründen Sie, was Sie zu der Annahme bewogen hat, in der nächsten Instanz obsiegen zu können.

Auch nach Eingang und juristischer Prüfung des Beschlusses der Vergabekammer Rheinland (VK VOL 15/2014) vom 10.09.2015 wurde die Durchführung einer freihändigen Vergabe gemäß §§ 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VgV a. F., 3 Abs. 5 h) VOL/A für rechtmäßig gehalten. Insbesondere wurde die auf Seite 31 des Beschlusses vom 10.09.2015 getroffene maßgeblich entscheidungserhebliche Feststellung nicht geteilt, dass Leistungen außerhalb des Rettungsdienstes in der Auftragsbekanntmachung vom 31.03.2014 „nicht ansatzweise aufgeführt“ worden wären.

Es lagen zudem eine Reihe weiterer tatsächlicher und rechtlicher Streitfragen vor, welche die Vergabekammer lediglich am Rande erwähnte. Zum Beispiel stand eine gerichtliche Klärung aus bezüglich des Themas, dass der Bieter die Grundstücke für die Rettungswache selbst stellen muss, und auch zum Thema, ob einzelne von Bietern konkret angebotene Standorte für den Betrieb einer Rettungswache geeignet sind. Der Antragsteller war nämlich u. a. wegen Nichteignung angebotener Standorte auszuschließen gewesen.

Zeitlich war zu berücksichtigen, dass das Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer sich deutlich länger hinzog, als die in § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F. vorgesehenen 5 Wochen, letztlich ca. 16 Monate (Eingang des Nachprüfantrags am 06.05.2014, Beschluss der Vergabekammer am 10.09.2015). Um zusätzliche Verzögerungen zu begrenzen, war daher auch im laufenden Nachprüfungsverfahren das Ausschreibungsverfahren fortgesetzt worden. Dies ist möglich, da § 115 GWB während des Nachprüfungsverfahrens lediglich den Zuschlag verwehrt, nicht dagegen die Fortsetzung des Verfahrens bis zur Zuschlagsreife. Im August 2014 wurden Verhandlungsgespräche geführt; am 05.12.2014 wurden die erfolgreichen Bewerber zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert.

Hierdurch erreichte das Vergabeverfahren 11.2-0060-38-14-VOL vergaberechtlich das Stadium eines offenen Verfahrens im Sinne von § 101 Abs. 2 GWB a. F. bzw. einer öffentlichen Ausschreibung im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 VOL/A. Die vorherige Durchführung eines vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs war damit zeitlich überholt. Dementsprechend stellte das Oberlandesgericht Düsseldorf (VII Verg 49/15) auf den Seiten 9 f. seines Beschlusses vom 15.06.2016 fest, dass ein Fehler bei der Wahl der Art des Verhandlungsverfahrens inzwischen geheilt war. Da die Vergabekammer Rheinland den gewählten Bewertungsmaßstab als zulässig angesehen hatte, hätte sie sich auf die von ihr gesehene Fehlerhaftigkeit des Verfahrens wegen dieser Heilung nicht stützen und den ablehnenden Beschluss nicht fassen dürfen.

Des Weiteren mussten in zeitlicher Hinsicht die zum 18.04.2016 in Kraft getretenen Änderungen im Vergaberecht durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergR-ModG) vom 17.02.2016 (BGBl. I 2016, S. 203) beachtet werden. Gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB n. F. findet das Kartellvergaberecht gemäß Teil 4 (§§ 97 bis 184) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) keine Anwendung u. a. auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu Dienstleistungen der Rettungsdienste (CPV Nr. 752520000-7), die von

gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden. Aufgrund von § 186 Abs. 2 GWB n. F. gilt für das Vergabeverfahren sowie das Nachprüfungsverfahren das Recht, wie es zu Verfahrensbeginn in Kraft war. Es war jedoch davon auszugehen, dass das Oberlandesgericht Düsseldorf die am 25.09.2015 eingegangene sofortige Beschwerde unter Berücksichtigung der sich ändernden Rechtslage entscheiden würde. Aber auch für den Fall des erneuten Unterliegens hätte es zudem die Möglichkeit gegeben, das neue Recht bei einer neuen Ausschreibung zugrunde legen zu können, wenn das Oberlandesgericht Düsseldorf – ebenso wie davor die Vergabekammer – das Vergabeverfahren insgesamt aufgehoben hätte.

Hat Ihnen die beauftragte Rechtsanwaltskanzlei zur Einlegung der sofortigen Beschwerde geraten?

Ja.

Wenn ja, erwägen Sie die Kanzlei wegen fehlerhafter Beratung in Anspruch zu nehmen, da vorliegend ja keine Tatsachen, sondern Rechtsfragen strittig waren?

Nein

Wenn nein, warum nicht?

Es liegt keine Pflichtverletzung der mandatierten Rechtsanwälte vor. Dass eine Partei in einem Rechtsstreit unterliegt, indiziert keine anwaltliche Pflichtverletzung. Entscheidungserheblich war die Frage der Auslegung der Auftragsbekanntmachung vom 31.03.2014.

3. Kosten

Welche Kosten – aufgeschlüsselt nach Rechtsanwaltskosten und Gerichtskosten – sind dem Rhein-Sieg-Kreis

- in der ersten Instanz und
 - in der zweiten Instanz
- entstanden?

Gerichtskosten sind dem Rhein-Sieg-Kreis weder in der ersten noch in der zweiten entstanden, da er gebührenbefreit ist.

Wegen des Aufwandes der Rechtsanwaltskanzlei wird auf den beigefügten Anhang verwiesen. Dabei wurde unterschieden zwischen den normalen Beratungsleistungen im gesamten Vergabeverfahren und den Kosten der beiden Gerichtsinstanzen.

Außerdem liegt zwischenzeitlich ein Kostenfestsetzungsantrag der gegnerischen Anwaltskanzlei vor, der derzeit noch geprüft wird.

Mit freundlichen Grüßen