

Beschaffungsmodalitäten von rettungsdienstlichen Leistungen (nach dem Vergabemodernisierungsgesetz vom 18.04.2016)

I Sachverhalt und Fragestellung:

Der bestehende Einbindungsvertrag mit den vier Hilfsorganisationen zur Erbringung rettungsdienstlicher Leistungen endet zum 02.10.2017. Für den darüber hinausgehenden Zeitraum müssen neue Verträge geschlossen werden.

Nach der bis 17.04.2016 geltenden Rechtslage unterlag die Beschaffung rettungsdienstlicher Leistungen, die nicht durch die Stadt Köln mit eigenen Kräften erbracht werden sollen, den vergaberechtlichen Bestimmungen. Grundsätzlich war hierfür aufgrund der hohen Auftragswerte ein EU-weites Ausschreibungsverfahren erforderlich. (vgl. EuGH, Urteil vom 29.04.2010, Rs C-160/08)

Mit Datum des 18.04.2016 wurden durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz die sogenannte „Bereichsausnahme“ in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) aufgenommen, die eine Ausnahme von der Anwendungspflicht der vergaberechtlichen Regelungen statuiert. In § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB heißt es:

„Dieser Teil [Anm. d. Verf: die Regelungen des GWB] ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und [Unterstreichung durch Verf.] unter die Referenznummern des Common Procurement Vocabulary 75150000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 und 85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung fallen; gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen im Sinne dieser Nummer sind insbesondere die Hilfsorganisationen, die nach Bundes- oder Landesrecht als Zivil- und Katastrophenschutzorganisation anerkannt sind.“

Die sich hieraus ergebende vergaberechtliche Fragestellung lautet:

- 1.) Unterfällt die Vergabe der rettungsdienstlichen Leistungen der Vorschrift des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB?
- 2.) Sind trotz der normierten „Bereichsausnahme“ weitere Vorgaben zur Auswahl der künftigen Vertragspartner zu beachten?

II Rechtliche Stellungnahme:

1.) Unterfällt die Vergabe der rettungsdienstlichen Leistungen der Vorschrift des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB?

a) Sachlicher Tatbestand

Schon hinsichtlich des sachlichen Tatbestandes des § 107 Abs. 4 GWB bestehen unterschiedliche Auffassungen. Fraglich ist, ob den im Gesetz genannten Begriffen „Katastrophenschutz“, „Zivilschutz“ und „Gefahrenabwehr“ über die Benennung der CPV-

Codes hinaus eine eigene Bedeutung zukommt, und wie der Begriff „Gefahrenabwehr“ im Kontext der Bereichsausnahme zu definieren ist. Diese Fragestellung ist maßgeblich für die Beurteilung der Frage, ob Rettungsdienstleistungen, die die Versorgung von Einzelpersonen außerhalb von Extremsituationen wie z B Krieg oder Naturkatastrophen betreffen (sogenannte Regel-Rettungsdienstleistungen) in den Ausnahmetatbestand der Bereichsausnahme fallen.

Das von den Johannitern in Auftrag gegebene Kurzgutachten der Kanzlei Luther vom 13.04.2016 kommt zu dem Ergebnis, dass die Bereichsausnahme nicht nur für Rettungsdienstleistungen im Zusammenhang mit Ereignissen katastrophalen Ausmaßes, sondern allgemein für die durch die genannten CPV-Codes umfassten Notfallrettungsdienste (sogenannte Regel-Rettungsdienste) gilt, sofern die weiteren Voraussetzungen gegeben sind.¹ Der Wortlaut erfasse eben neben dem Katastrophen- und Zivilschutz gerade auch die Gefahrenabwehr. Die der Bereichsausnahme unterfallenden Leistungen würden durch die benannten CPV-Codes konkretisiert. Daher zählten Regel-Rettungsdienste ebenfalls zu den von der Bereichsausnahme umfassten Leistungen. Eine eigene Bedeutung kommt den genannten Begriffen „Katastrophenschutz“, „Zivilschutz“ und „Gefahrenabwehr“ nach dieser Auffassung nicht zu.

Das durch die Falck Rettungsdienst GmbH in Auftrag gegebene ausführliche Rechtsgutachten der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer vom 22.05.2015 vertritt die Auffassung, dass den Begrifflichkeiten eine eigenständige Bedeutung zukomme.² Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut („und“) der Regelung. Die Aufnahme der drei genannten Begriffe sei erfolgt, um den unterschiedlichen Regelungsgehalten in den Mitgliedstaaten gerecht zu werden. Die Begrifflichkeiten „Katastrophenschutz“ und „Zivilschutz“ betreffe Extremsituationen in Friedens- und Kriegszeiten. Der Begriff „Gefahrenabwehr“ müsse eng ausgelegt werden, da letztlich alle in den CPV-Codes genannten Dienstleistungen Leistungen der Gefahrenabwehr seien. Die Aufzählung der drei Begriffe sei bei einer weiten Auslegung des Begriffes Gefahrenabwehr überflüssig. Der Begriff „Gefahrenabwehr“ beziehe sich daher ebenfalls auf Extremereignisse. Der Regel-Rettungsdienst falle mangels Extremereignisses nicht unter die Bereichsausnahme.

Rechtsprechung des EuGH zur Bereichsausnahme, die in Artikel 10 h) der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe vom 26.02.2014 (Richtlinie 2014/24/EU) normiert ist, und die durch die Aufnahme in § 107 Abs. 4 GWB in nationales Recht umgewandelt wurde, existiert derzeit noch nicht.

Auf nationaler Ebene hat sich die Vergabekammer Düsseldorf mit der Thematik befasst. Sie vertritt die Auffassung, dass alle Leistungen, die nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind, von der Bereichsausnahme umfasst sind.³ Eine Einschränkung des Begriffes „Gefahrenabwehr“ auf Extremsituationen sei nicht plausibel, da die Tätigkeit der gemeinnützigen Organisationen im Regel-Rettungsdienst im alltäglichen Einsatz hauptsächlich der Gefahrenabwehr in Notfällen begrenzten Ausmaßes diene. Der Begriff „Gefahrenabwehr“ in der gesetzlichen Regelung sei bei anderer Interpretation der Bereichsausnahme überflüssig.

Der Beschluss der Vergabekammer ist nicht rechtskräftig. Eine Entscheidung durch das OLG Düsseldorf in zweiter Instanz steht noch aus.

Das OLG Schleswig hingegen vertritt im Beschluss vom 28.08.2015 eine restriktive Auslegung der Bereichsausnahme.⁴ Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Bereichsausnahme des Artikels 10 h) der Richtlinie 2014/24/EU bzw. eine

¹ siehe Kurzgutachterliche Stellungnahme der Kanzlei Luther vom 13.04.2016, Seite 5.

² siehe Rechtsgutachten der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer vom 22.04.2015, Seite 21 ff.

³ VK Düsseldorf, Beschluss vom 19.08.2016, Seite 6 ff.

⁴ OLG Schleswig, Beschluss vom 28.08.2015 in NZBau 2015, 718 (720).

nationale (wortgleiche) Umsetzung derselben die sogenannten Regel-Rettungsdienstleistungen vollständig von der EU-Ausschreibungspflicht ausnimmt.

Aus Sicht des Zentralen Vergabebeamten kann nicht vorhergesagt werden, wie sich die Rechtsprechung zu dieser Thematik zukünftig entwickeln wird. Die Auffassung der Kanzlei Luther, dass die Bereichsausnahme die Regel-Rettungsdienstleistungen umfasst, erscheint zwar (noch) vertretbar.

Die gehaltvolleren Argumente sprechen jedoch für eine enge Auslegung der Bereichsausnahme, die die Vergabe der Regel-Rettungsdienste nicht umfasst. Schon aus dem Erwägungsgrund 28 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU ergibt sich, dass die Bereichsausnahme nicht über das notwendige Maß hinaus ausgeweitet werden soll. Die Nennung der Begrifflichkeiten „Katastrophenschutz“ und „Zivilschutz“ würde leerlaufen, würde der Begriff der Gefahrenabwehr in diesem Zusammenhang weit ausgelegt werden, da praktisch jedes Handeln der Rettungsdienste ein Handeln zur Gefahrenabwehr darstellt.

b) Persönlicher Tatbestand

Hinsichtlich des persönlichen Tatbestandes der Bereichsausnahme gem. § 107 Abs. 4 GWB bestehen ebenfalls unterschiedliche Auffassungen. Fraglich ist, ob die im Gesetz vorgenommene Definition des Tatbestandsmerkmals der „gemeinnützigen Organisationen“ ausreichend und europarechtskonform ist. Darüber hinaus steht in Rede, ob die Hilfsorganisationen in der Bundesrepublik Deutschland tatsächlich unter die Bereichsausnahme zu fassen sind.

Das Kurzgutachten der Kanzlei Luther befasst sich mit dieser Thematik nicht, sondern nimmt unter Darstellung eines Urteils des EuGH vom 28.01.2016⁵ zu einem in Italien anhängigen Rechtsstreit ein sogenanntes „Hilfsorganisationenprivileg“ an. Es geht ohne nähere Erläuterung davon aus, dass eine Direktvergabe an die Hilfsorganisationen in Deutschland entsprechend der vom EuGH mit Urteil vom 28.01.2016 aufgestellten Grundsätze gerechtfertigt werden kann.⁶

Das Urteil des EuGH vom 28.01.2016 sieht eine Direktbeauftragung von Freiwilligenorganisationen unter folgenden Voraussetzungen als gerechtfertigt an:

1. Der rechtliche und vertragliche Rahmen der Freiwilligenorganisationen muss den unionsrechtlich zu billigenden Zielen der Solidarität und der Haushaltseffizienz folgen.
2. Freiwilligenorganisationen dürfen keinen Gewinn erzielen. Es erfolgt eine ausschließliche Kostenerstattung.
3. Die Freiwilligenorganisationen erbringen die Leistung überwiegend durch Freiwillige. Auf Erwerbstätige darf nur insoweit zurückgegriffen werden, als es zur Aufrechterhaltung des geregelten Betriebes unbedingt erforderlich ist.

Das Rechtsgutachten der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer kommt diesbezüglich aufgrund einer systematischen Auslegung der Regelungen zu dem Ergebnis, dass gemeinnützige Organisationen die Voraussetzungen des Artikels 77 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU zu erfüllen haben.⁷ Artikel 10 h) der Richtlinie 2014/24/EU definiert den Begriff der gemeinnützigen Organisation nicht. Allerdings enthalte Artikel 77 der Richtlinie 2014/24/EU entsprechende Vorgaben. Danach müssten folgende Voraussetzungen gegeben sein: 1. Ziel der Organisation müsste die Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe sein, 2. Die Organisation müsste Gewinne reinvestieren, um ihr Ziel zu erreichen. Gewinnausschüttungen müssten auf partizipatorischen Erwägung-

⁵ EuGH Urteil vom 28.01.2016, Rs C-50/14 (CASTA)

⁶ siehe Kurzgutachterliche Stellungnahme der Kanzlei Luther vom 13.04.2016, Seite 12.

⁷ siehe Rechtsgutachten der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer vom 22.04.2015, Seite 26 ff.

gen beruhen. 3. Die Management- und Eigentümerstruktur der Organisation müsste auf der Eigenverantwortung der Arbeitnehmer oder auf partizipatorischen Grundsätzen beruhen oder die aktive Mitwirkung der Arbeitnehmer, Nutzer oder Interessenträger erfordern. Die in Deutschland tätigen Hilfsorganisationen dürften diese Voraussetzungen nicht erfüllen.

Wie oben dargestellt, existiert Rechtsprechung des EuGH zur Bereichsausnahme des Artikels 10 h) der Richtlinie 2014/24/EU bzw. des § 107 Abs. 4 GWB noch nicht. Die Grundsätze des EuGHs vom 28.01.2016 zur Direktbeauftragung von Freiwilligenorganisationen wurden oben geschildert.

Auf nationaler Ebene betrachtet die Vergabekammer Düsseldorf im derzeit angefochtenen Beschluss die im Rettungsdienst tätigen Hilfsorganisationen in Deutschland als gemeinnützige Organisationen gem. § 107 Abs. 4 GWB.⁸ Eine Definition der gemeinnützigen Organisationen ergebe sich aus der Gesetzesbegründung. Hier sei ein Verweis auf § 26 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes über den Zivilschutz und die Katastrophenhilfe (ZSKG) enthalten. Für die Definition der gemeinnützigen Organisation sei nationales Recht ausschlaggebend, da die Richtlinie 2014/24/EU dies selbst nicht definiere.

Aus Sicht des Zentralen Vergabebeamtes greift die Auffassung der Kanzlei Luther, eine Direktbeauftragung der Hilfsorganisationen falle unter das sog. Hilfsorganisationenprivileg, welches der EuGH mit Urteil vom 28.01.2016 aufgestellt habe, zu kurz. Es wird in keiner Weise dargestellt, dass die Hilfsorganisationen die aufgestellten Voraussetzungen tatsächlich erfüllen. Die Nachweisführung obliegt hier – da es sich um einen vergaberechtlichen Ausnahmetatbestand handelt – dem öffentlichen Auftraggeber. Der Rettungsdienst in Deutschland ist im Vergleich zum entschiedenen Fall in Italien anders konzipiert. So werden ehrenamtlich Tätige in Deutschland vornehmlich im Zivil- und Katastrophenschutz eingesetzt. Aufgrund der hohen qualitativen Anforderungen in Deutschland an den Regel-Rettungsdienst wird dieser in der Regel ausschließlich von hauptamtlich Beschäftigten erbracht. Inwieweit eine Nachweisführung hinsichtlich der Voraussetzung der fehlenden Gewinnerzielung gelingen mag, kann seitens des Zentralen Vergabebeamtes nicht beurteilt werden. Dies müsste durch die Hilfsorganisationen nachvollziehbar dargestellt werden. Ungewiss bleibt, ob eine solche Nachweisführung der gerichtlichen Überprüfung Stand halten würde.

Die Auffassung der VK Düsseldorf, der nationale Gesetzgeber habe durch Verweis auf die bundes- und landesgesetzlichen Regelungen zum Zivil- und Katastrophenschutz in § 107 Abs. 4 GWB eine Konkretisierung des Begriffs „gemeinnützige Organisation“ vorgenommen, geht aus Sicht des Zentralen Vergabebeamtes mangels Ermächtigung der Mitgliedstaaten in Art. 10 h) der Richtlinie 2014/24/EU, den Begriff der „gemeinnützigen Organisationen“ durch nationale Regelungen auszufüllen, fehl. Es bedarf hier zur Gleichschaltung des Rechts in den Mitgliedstaaten einer Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs auf Ebene des EU-Rechtes.

Die Rechtsauffassung der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer, die gemeinnützige Organisation gem. § 107 Abs. 4 GWB müsse den Vorgaben des Artikels 77 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU entsprechen, erscheint aufgrund der gleichen Zielrichtung der Regelungen – Verträge werden bestimmten Organisationen vorbehalten - vertretbar. Eine eigene Definition des Begriffs „gemeinnützige Organisation“ enthält Artikel 10 h) der Richtlinie 2014/24/EU nicht. Der Nachweis, dass die Hilfsorganisationen die genannten Voraussetzungen erfüllen, erscheint hinsichtlich der fehlenden Gewinnerzielung sowie der erforderlichen Struktur der Organisation fraglich.

Sofern die systematische Auslegung der Richtlinie 2014/24/EU und die damit ver-

⁸ VK Düsseldorf, Beschluss vom 19.08.2016, Seite 9ff.

bundene Anwendung des Artikels 77 Abs. 2 zur Definition der „gemeinnützigen Organisationen“ nicht angewendet werden, muss sich die Auslegung des Begriffs an der bisher ergangenen Rechtsprechung des EuGH messen lassen. Konkret bedeutet dies, dass die Voraussetzungen für eine Direktbeauftragung nach dem oben zitierten Urteils des EuGH vom 28.01.2016 vorliegen müssten. Aus Sicht des Zentralen Vergabeamtes gelingt die Nachweisführung nicht. Hierzu wird auf die Ausführungen des Zentralen Vergabeamtes zum Kurzgutachten der Kanzlei Luther in diesem Punkt (Seite 4, 4. Absatz) verwiesen.

c) Fazit

Es bestehen sowohl hinsichtlich der sachlichen als auch hinsichtlich der persönlichen Tatbestandsvoraussetzungen der Inanspruchnahme der Bereichsausnahme gem. § 107 Abs. 4 GWB erhebliche Unklarheiten, die nur durch künftige Rechtsprechung beseitigt werden können.

Bei einer derzeitigen Direktvergabe auf Grundlage des § 107 Abs. 4 GWB an eine gemeinnützige Organisation besteht das Risiko, dass die Direktvergabe im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens im Nachhinein als unzulässig betrachtet werden würde. Dies hätte die Nichtigkeit der Verträge und ggfls. Schadensersatzforderungen anderer Interessenten (sowohl weitere Hilfsorganisationen als auch Private) zur Folge. Sofern die Direktvergabe noch vor Vertragsabschluss angegriffen werden würde, darf bis zur Entscheidung der Vergabekammer Rheinland (Spruchkörper Köln) bzw. des OLG Düsseldorf in zweiter Instanz eine Zuschlagserteilung nicht erfolgen. Der Abschluss sog. Interimsverträge hilft hier nur bedingt weiter, da diese aus den gleichen Gründen wie der Abschluss des Ursprungsvertrages angreifbar sind.

In Anbetracht der Tatsache, dass es sich bei der in Rede stehenden Vergabe um einen sehr lukrativen Auftrag handelt, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Direktvergabe durch weitere Interessenten - insbesondere private Unternehmen - angegriffen wird.

Dem Risiko kann nur mittels Durchführung einer Ausschreibung nach förmlichen Vergaberecht als soziale bzw. andere besondere Dienstleistung gem. § 130 GWB i. V. m. § 64 VgV entgegengetreten werden.

2.) Sind trotz der normierten „Bereichsausnahme“ weitere Vorgaben zur Auswahl der künftigen Vertragspartner zu beachten?

a) Primärrecht

Unter der Prämisse, dass die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Ziffer 4 GWB auf die Vergabe des Regel-Rettungsdienstes in rechtlich zulässiger Weise Anwendung findet – was fraglich ist (siehe Ziffer 1) - stellt sich die Frage, ob neben den Voraussetzungen der Bereichsausnahme die primärrechtlichen Vorgaben zur öffentlichen Auftragsvergabe beachtet werden müssen, oder ob die Bereichsausnahme eine sogenannte „Sperrwirkung“ entfaltet mit dem Ergebnis, dass eine Direktvergabe ohne Beachtung des Primärrechtes möglich ist.

Das Kurzgutachten der Kanzlei Luther bestätigt eine grundsätzliche Geltung des Primärrechtes für aus dem Geltungsbereich der EU-Vergaberichtlinie (jetzt Richtlinie 2014/24/EU) ausgenommene Aufträge, wenn ein grenzüberschreitendes Interesse an dem Auftrag gegeben ist. Bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses bestehe grundsätzlich die primärrechtliche Verpflichtung, ein transparentes und nicht-

diskriminierendes Verfahren durchzuführen.⁹ Für den Fall der Bereichsausnahme gelten diese Vorgaben jedoch nicht, da sie durch den Unionsgesetzgeber bewusst geschaffen worden sei. Der EU-Sekundärrechtsgeber habe in den neuen Vergaberichtlinien unter Inanspruchnahme seiner Kompetenz zur „bewussten Nichtregelung“ auf Grundlage der Art. 62 AEUV i. V. m. Art. 51 Abs. 2 AEUV eine klar umrissene Ausnahme geregelt. Darüber hinaus seien „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“, die aufgrund der überragenden sozialen, medizinischen und humanitären Leistungen der Hilfsorganisationen zum Wohl der gesamten Gesellschaft gegeben seien, als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe für einen Eingriff in die Grundfreiheiten des AEUV anerkannt.¹⁰ Nach dieser Auffassung ist eine „Sperrwirkung“ der neuen Vergaberichtlinie gegeben.

Die Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände ist ebenfalls der Auffassung, dass das Primärrecht keine Anwendung findet, da es einen Widerspruch darstelle, wenn das EU-Primärrecht die Bereichsausnahme faktisch aushebeln könnte und führt als zusätzliches Argument das vom EuGH entschiedene „Hilfsorganisationenprivileg“ (s. o.) an. Die Bereichsausnahme sei als „bewusste Regelungslücke“ auf der Grundlage der Artikel 51 Abs. 2 sowie Artikel 52 Abs. 2 AEUV geschaffen worden, die den EU-Sekundärrechtsgesetzgeber ermächtigten, Ausnahmen vom Anwendungsbereich des AEUV und damit des Primärrechts zu schaffen.¹¹

Nach Auffassung der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer entfalteten die Vorgängerrichtlinien der jetzigen EU-Vergaberichtlinie (Richtlinie 2014/24/EU) keine Sperrwirkung, so dass Primärrecht bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses Anwendung finde. Dies habe der EuGH für die in den Vorgängerrichtlinien enthaltenen Ausnahmen (für nicht-prioritäre Dienstleistungen und für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte sowie für nicht in den Anwendungsbereich der Vorgängerrichtlinie fallende Konzessionen) entschieden. Eine Absicht des Unionsgesetzgebers, der Richtlinie 2014/24/EU nun Sperrwirkung zukommen zu lassen, sei schon mit Hinweis auf Erwägungsgrund 1 der Richtlinie abzulehnen.¹²

Aus Sicht des Zentralen Vergabebeamten ist die Argumentation der Kanzlei Luther, es handele sich bei der Bereichsausnahme um eine auf Artikel 51 Abs. 2 AEUV gestützte „bewusste Regelungslücke“, nicht vertretbar. Die Ermächtigung in Artikel 51 Abs. 2 AEUV setzt voraus, dass der EU-Sekundärrechtsgeber Regeln für Tätigkeiten aufstellt, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Dass diese Voraussetzungen im Bereich des Rettungsdienstes nicht gegeben sind, hat der EuGH schon mit Urteil vom 29.10.2010 (Rs C-160/08) entschieden.¹³ Auch greift der Verweis der kommunalen Spitzenverbände auf die Ermächtigung des Art. 52 Abs. 2 AEUV nicht: Der originäre Anwendungsbereich des Art. 52 Abs. 2 AEUV erstreckt sich nur auf ausländerrechtliche Maßnahmen.¹⁴ Unter der Voraussetzung, dass die EU-Sekundärrechtlichen Regelungen Situationen betreffen, die einen gleichfalls signifikanten Unterschied zwischen Staatsangehörigen und Ausländern aufweisen, kann der Geltungsbereich der Vorschrift des Artikels 52 Abs. 2 AEUV zwar „erweitert“ werden.¹⁵ Allerdings ist diese Voraussetzung im Fall der Bereichsausnahme nicht erfüllt, da hier kein Unterschied aufgrund Staatsangehörigkeit vorgenommen wird, sondern aufgrund der Organisationsform (gemeinnützige Hilfsor-

⁹ siehe Kurzugutachterliche Stellungnahme der Kanzlei Luther vom 13.04.2016, Seite 6

¹⁰ siehe Kurzugutachterliche Stellungnahme der Kanzlei Luther vom 13.04.2016, Seite 7f.

¹¹ Siehe Schreiben der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände NRW vom 27.04.2016 „Rettungsdienstliche Aufträge – Bereichsausnahme vom Vergaberecht seit 18.04.2016“

¹² siehe Rechtsgutachten der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer vom 22.04.2015, Seite 30ff.

¹³ EuGH Urteil vom 29.10.2010, Rs C-160/08, in ZfBR 2010,496 (501f)

¹⁴ Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 59. Ergänzungslieferung Juli 2016, Artikel 52 Rn. 7

¹⁵ Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 59. Ergänzungslieferung Juli 2016, Artikel 52 Rn. 16

ganisation – private Unternehmen).

Auch greift die Argumentation der Kanzlei Luther nicht, dass sich ein Eingriff in die Grundfreiheiten des AEUV aufgrund der überragenden sozialen, medizinischen und humanitären Leistungen der Hilfsorganisationen zum Wohl der gesamten Gesellschaft rechtfertigen lässt. Die Voraussetzungen für einen solchen Eingriff in Art. 51 AEUV hat der EuGH mit dem schon oben zitierten Urteil vom 28.01.2016¹⁶ für Rettungsdienstleistungen festgeschrieben (siehe Seite 3). Ob diese bei der Inanspruchnahme der Bereichsausnahme vorliegen, ist zweifelhaft. Hierzu wird auf die Ausführungen des Zentralen Vergabebeamten zum Kurzgutachten der Kanzlei Luther (Seite 4, 4. Absatz) verwiesen.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass keine gut vertretbaren Gründe für eine Sperrwirkung der Bereichsausnahme vorliegen. Auch der EU-Sekundärrechtsgeber hat in Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2014/24/EU konstatiert, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge im Einklang mit den Vorgaben des AEUV erfolgen muss. Es bleibt daher bei der allgemein anerkannten Geltung des Primärrechts im Fall des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Interesses des öffentlichen Auftrages.¹⁷ Die EU-Kommission hat hierzu in einer Mitteilung¹⁸ folgende, auf EuGH-Rechtsprechung basierende Grundanforderungen gestellt: 1. Es muss eine Bekanntmachung der Vergabeabsicht im Sinne des Aufrufes zur Teilnahme am Wettbewerb erfolgen. 2. Die Auftragsvergabe muss unter Beachtung der Grundprinzipien des Diskriminierungsverbotes sowie der Transparenz erfolgen.

Das Rechtsgutachten der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer führt hierzu aus, dass der Ausgang eines solchen primärrechtlichen Verfahrens ungewiss sei, da den Auftrag dann auch private Unternehmen erhalten könnten, bei denen es sich nicht um eine „gemeinnützige Organisation“ im Sinne der Bereichsausnahme handelt. Die Einhaltung des Primärrechts habe in diesem Fall eine Verletzung des Sekundärrechts zur Folge, da die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Bereichsausnahme bei Beauftragung eines privaten Unternehmens nicht gegeben seien.¹⁹

Diese Auffassung verkennt nach Ansicht des Zentralen Vergabebeamten, dass EU-Primärrecht nur auf den Bereich Anwendung findet, der von den sekundärrechtlichen Regelungen eben nicht umfasst ist. Ausgenommen wurden durch die Bereichsausnahme gem. § 107 Abs. 4 GWB – deren Zulässigkeit unterstellt - ausschließlich die Vergaben an gemeinnützige Organisationen. Folglich kann sich ein primärrechtliches Verfahren auch nur auf diesen Bereich, nämlich Vergaben an gemeinnützige Organisationen, beziehen. Ein solches auf gemeinnützige Organisationen beschränktes Verfahren wäre jedoch – die Zulässigkeit der Bereichsausnahme unterstellt – zwingend durchzuführen.

b) Beihilferecht

Nach Artikel 1 Abs. 4 der Richtlinie 2024/14/EU (Vergaberichtlinie) findet das europäische Beihilferecht nach Art. 107 ff AEUV unabhängig von den vergaberechtlichen Vorschriften Anwendung. Danach müssen u. a. Aufträge im Gemeinwohlsektor so vergeben werden, dass die Ausgleichsleistungen für die Erbringung dieser Dienstleistungen keine Überkompensation beinhalten. Als Nachweis hierfür ist die Durchführung einer Ausschreibung ein durch den EuGH anerkanntes Mittel.²⁰

¹⁶ EuGH Urteil vom 28.01.2016, Rs C-50/14 [CASTA]

¹⁷ EuGH Urteil vom 18.11.2010, C-226/09 [Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen]; EuGH Urteil vom 21.07.2005, C-231/03 [Coname]; EuGH Urteil vom 14.06.2007, C-06/05 [Medipac]

¹⁸ Siehe Mitteilung der Kommission vom 23.06.2006 zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen

¹⁹ Siehe Rechtsgutachten der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer vom 22.04.2015, Seite 34

²⁰ EuGH Urteil vom 24.07.2003, C-280/00 [Altmark Trans]

Sofern auf ein Ausschreibungsverfahren nicht zurückgegriffen werden kann, ist eine konkrete Analyse der Kosten, die bei der Erfüllung der übertragenen Gemeinwohlaufgaben entstehen, erforderlich. Ob diese in ausreichender Form gelingen würde, ist ungewiss.

c) Fazit

Die primärrechtlichen Vorgaben sind bei Inanspruchnahme der Bereichsausnahme, sofern diese in rechtlich zulässiger Weise Anwendung findet – was fraglich ist (siehe Ziffer 1) – bei der Vergabe von Regel-Rettungsdienstleistungen an Hilfsorganisationen zwingend zu beachten. Konkret bedeutet dies, dass ein auf gemeinnützige Hilfsorganisationen beschränktes transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren zwingend durchgeführt werden muss.

Die Durchführung eines solchen primärrechtlichen Verfahrens ist mit den schon unter 1c) aufgeführten Klagerisiken behaftet, da private Unternehmen eine solche Verfahrensweise unter Hinweis auf die Unzulässigkeit der Bereichsausnahme mit der oben geschilderten Argumentation angreifen können.

III Ergebnis

Aufgrund der vorgenannten Erwägungen ist die Inanspruchnahme der Bereichsausnahme mit zahlreichen rechtlichen Unsicherheiten belegt, denen nur mittels einer Ausschreibung nach förmlichen Vergaberecht als soziale bzw. andere besondere Dienstleistung gem. § 130 GWB i. V. m. § 64 VgV entgegengetreten werden kann.

Sofern die Bereichsausnahme in Kenntnis der damit verbundenen Risiken in Anspruch genommen werden soll, ist ein dem Primärrecht und dem Beihilferecht genügendes Ausschreibungsverfahren erforderlich.