Gericht:	Thüringer Oberlandesgericht Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	12.06.2024
Aktenzeichen:	Verg 1/24
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	Art 8 Abs 1 EURL 23/2014, § 103 GWB, § 105 Abs 1 Nr 2 GWB, § 105 Abs 2 GWB, § 106 Abs 1 GWB ... mehr

---

Vergabe einer Erbringung von Rettungsdienstleistungen; Vorliegen einer Bereichsausnahme; gerichtliche Zuständigkeit bei Bereichsausnahme

Orientierungssatz

1. Gemäß § 155 GWB unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen der Nachprüfung durch die Vergabekammern.(Rn.90)

2. Nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sind die Regelungen des 4. Teils des GWB über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen zu Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden. Hinsichtlich dieser Vorschrift ist eine enge Auslegung geboten (Anschluss EuGH, Urteil vom 7. Juli 2022 - C-213/21).(Rn.90)

3. Rettungsdienstleistungen - die Bereitstellung von sächlichen Mitteln und von Personal zur Durchführung der Notfallrettung - sind Dienstleistungen der Gefahrenabwehr im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB.(Rn.93)

4. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist nicht eröffnet, wenn die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB eingreift. Für einen solchen Rechtsstreit sind die Verwaltungsgerichte zuständig.(Rn.89)

Tenor

1.

Auf die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin (AG) und der Beigeladenen zu 5 (BEI 5) wird der Beschluss der Vergabekammer Freistaat Thüringen vom 19.01.2024 (Ges.z. ...) aufgehoben.

Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist unzulässig.

Das Verfahren wird auf den entsprechenden Hilfsantrag der Antragstellerinnen an das Verwaltungsgericht Gera verwiesen.

2.

Die Antragstellerinnen (AST) haben die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Vergabekammerverfahren notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin (AG) zu tragen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten seitens der Antragsgegnerin (AG) wird für notwendig erklärt.

3.

Die Kostenentscheidung für das gerichtliche Verfahren bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

4.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1 Die Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin (im folgenden: die AG) hat als kreisfreie Stadt gemäß § 5 Abs. 1 des Thüringer Rettungsdienstgesetzes (im folgenden: ThürRettG) im eigenen Wirkungskreis den bodengebundenen Rettungsdienst mit Ausnahme der notärztlichen Versorgung bedarfsgerecht und flächendeckend sicherzustellen. Die AG als Aufgabenträger kann durch öffentlich-rechtlichen Vertrag gemäß § 6 ThürRettG sogenannten Durchführenden (§ 3 Abs. 5 ThürRettG) die Durchführung des Rettungsdienstes durch öffentlich-rechtlichen Vertrag übertragen.

2 Die AG schloss 2003 bzw. 2010 mit den BEI 1-4 auf vier bzw. sechs Jahre befristete öffentlich-rechtliche Verträge über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen ab. Diese verlängerten sich seither mangels Kündigung automatisch jährlich. Die - nicht vom AG, sondern von den Kostenträgern gemäß ThürRettG zu zahlende - Vergütung ist Gegenstand einer separaten, jährlich aktualisierten Ergänzungsvereinbarung. Die Gesamtvergütung stieg von 2014/15 schrittweise von ca. 3,4 Mio € auf ca. 5.6 Mio € im Zeitraum 2021/22.

3 Die BEI 4 war zunächst ein Unternehmen des Einzelkaufmannes G... S... und mit der Firma "F..." im Handelsregister eingetragen. Ausweislich des Handelsregisterauszuges entstand entstand zunächst die A... durch Ausgliederung aus dem einzelkaufmännischen Unternehmen, deren Firma auf P... geändert wurde und sodann auf "P...". Die übrigen BEI sind seit jeher als e.V. bzw. gGmbH organisiert.

4 Im März 2022 wurde im Rettungsdienstbereichsbeirat der AG bei Anwesenheit der BEI 1-4 und des Kostenträgers die Notwendigkeit einer Ausweitung der Leistungserbringung (Vorhaltung weiterer Einsatzfahrzeuge) ab April 2022 festgestellt und beschlossen ("Sofortmaßnahme"). Diese Maßnahme sollte nach 12 Monaten ausgewertet werden. Zur Umsetzung vereinbarten die BEI 1-4 mit Dokument vom 27.04.2022 eine gemeinsame Übernahme der Mehrleistung und teilten die Bereitschaft hierzu der AG mit. Es wurde kein förmliches Vergabeverfahren in Bezug auf die Rettungsmittelerweiterung durchgeführt, eine Bekanntmachung der Vergabe im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte nicht. In einer Mitteilung der AG vom 30.6.2022 wurde die Aufstockung der Leistungen durch die BEI 1-4 im Rahmen der zu diesem Zweck von diesen gegründeten BEI 5

ab ... im Internet publiziert. Sodann erfolgte die Realisierung der Maßnahme. Ein Beauftragungsdokument existiert nicht.

5 Leistungserbringung und -abrechnung erfolgen durch die BEI 1-4. Nach Ablauf der Testphase wurde die Aufstockung fortgesetzt.

6 Am 31.8.2022 wurde - nach Rüge der AST vom 01.08.2022 und Stellung eines Nachprüfungsantrags am 24.08.2022 - von der AG ein "Ergänzender Vergabevermerk" gefertigt. Darin wurden u.a. Kosten für die sechsmonatige Testphase ab 01.07.2022 i.H.v. ca. 365.000 € geschätzt und der Vorgang als Vergabe einer Dienstleistungskonzession unterhalb der Schwellenwerte qualifiziert.

7 Die Vergabekammer hat mit dem nunmehr angefochtenen Beschluss vom 19.01.2024 eine rechtwidrige de facto-Vergabe von Dienstleistungskonzessionen oberhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte und die Nichtigkeit der (Zusatz-)Vereinbarung der AG mit der BEI 5 festgestellt. Die Ausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sei in Thüringen nicht einschlägig. Außerdem hat sie die AG verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein formelles Vergabeverfahren durchzuführen. In den Gründen hat sie überdies die Pflicht der AG für gegeben erachtet, die bestehenden Beauftragungen der BEI 1-4 zu kündigen. Ergänzend wird auf den Beschluss der Vergabekammer vom 19.01.2024 Bezug genommen.

8 Der Beschluss der Vergabekammer wurde der AG am 19.01.2024 zugestellt und der BEI 5 am 20.01.2024. Die Beschwerde der AG und die Beschwerde der BEI 5 sind beide am 02.02.2024 bei Gericht eingegangen.

9 **Mit ihrer Beschwerde trägt die AG vor,**

10 Die Vergabekammer sei bereits unzuständig.

11 Sie habe die an die Beigeladene zu 5 vergebenen Leistungen zu Recht als Konzession im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB eingeordnet.

12 Die Bereichsausnahme gem. § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sei in Thüringen grundsätzlich anwendbar. Der Ausschluss der auf EU-Recht basierenden und bundesrechtlich umgesetzten Bereichsausnahme sei kompetenz- und verfassungswidrig. Eine explizite Umsetzung der EU- und bundesrechtlich vorhandenen Bereichsausnahme sei nicht notwendig. Die im Bundesgesetz festgeschriebene Befugnis zur Privilegierung der Hilfsorganisationen könne nicht durch eine landesrechtliche Regelung modifiziert oder gar aufgehoben werden. § 6 ThürRettG) zeige, dass in Thüringen de lege lata auch bei GWB-Vergaben eine Privilegierung von gemeinnützigen Anbietern möglich sei, die einen Mehrwert für den Bevölkerungsschutz erbringen. Insbesondere werde die (ehrenamtliche) "personelle Mitwirkung im Katastrophenschutz" bonifiziert. Damit schaffe der Gesetzgeber den Anreiz und den Rechtsrahmen dafür, bei (vergaberechtlich "gleichen Leistungsangeboten") den Dritten zu bevorzugen, der mehr im Katastrophenschutz mitwirke. Dies gelte umso mehr bei Vergaben außerhalb des GWB im (sich entwickelnden) Verwaltungsvergaberecht. Damit sei die Bereichsausnahme sogar im aktuellen Thüringischen Landesrecht umgesetzt. Die Beschwerdeführerin beabsichtige (dies komme auch in der interimistischen Vergabe an die Bestandsdienstleister zum Ausdruck), das Gesamtsystem der Gefahrenabwehr unter den konkreten Umständen vor Ort zu stärken und die Bereichsausnahme zu nutzen, zumal die Voraussetzungen hierfür bei den Bestandsdienstleistern gegeben seien. Die Aussagen und Vorgaben der Vergabekammer zur Bereichsausnahme schränkten diesen

legitimen verwaltungsrechtlichen Ermessensspielraum im Gefahrenabwehrrecht rechtswidrig ein.

13 Der maßgebliche Schwellenwert sei nicht erreicht. Eine realistische und rechtskonforme Betrachtung zum Streitwert lege den Umsatz der ergänzenden interimistischen Beauftragung der A... (ca. TEUR 730 p.a.) zugrunde und rechne diesen auf maximal 5-6 Jahre hoch (die gesetzliche Regelbefristung für Konzessionen sei gem. § 3 Abs. 1 KonzVgV fünf Jahre, der Abschreibungszeitraum für die angeschafften Fahrzeuge sei sechs Jahre, dies sei rein wirtschaftlich und konzessionsrechtlich gesehen die Obergrenze nach GWB und damit auch für den Streitwert in casu). Möglicherweise sei die ursprünglich angedachte Beschränkung auf sechs Monate nicht klar vereinbart worden. Allerdings gehe aus allen Äußerungen hervor, dass es sich um eine eilbedürftige Erweiterung gehandelt habe, welche für einen Übergangszeitraum ins Werk gesetzt worden sei. Allen Beteiligten sei bekannt gewesen, dass parallel der gesamte Rettungsdienstbereich der Beschwerdeführerin incl. des umschließenden Landkreises begutachtet werde. Das besagte Gutachten sei am ... vorgestellt worden. Somit sei nun die weitere Planung für die beiden Rettungsdienstträger möglich. Die Beigeladenen hätten sich auch eine längere Laufzeit als das zunächst genannte halbe Jahr gewünscht, weil die Fahrzeuge eine erhebliche Investition bedeuten, die über sechs Jahre abgeschrieben werde. Realistisch sei somit ein Übergangszeitraum von 2-4, maximal 6 Jahren. Auch bei einer formellen Konzessionsvergabe hätte man den Abschreibungszeitraum von 6 Jahren zugrunde gelegt. Aus der Tabelle "Einsatzzahlen Rettungsmittelaufwuchs" (AG 29) zeige sich, dass der Schwellenwert auch in der Realität bei weitem unterschritten werde.

14 Die Auftraggeberin sei nicht verpflichtet, die vergaberechtlich bestandskräftigen Verträge zu kündigen. Diese seien bestandskräftig ("pacta sunt servanda"). Die Ausführungen der Vergabekammer zu dem Vorliegen einer wesentlichen Änderung seien logisch inkonsistent: Einerseits nehme die Vergabekammer an, dass keine wirksame Beauftragung der A... vorliege, andererseits komme sie zu dem Ergebnis, dass im Endergebnis eine Wesentliche Änderung vorliege.

15 Die Beauftragungsverträge aus den Jahren 2003 und 2010 seien unabhängig von der Beauftragung der A... zu betrachten. Der Konzessionsvertrag mit der A... vom 22.04.2022 stelle eine Neubeauftragung dar. Die Vergabekammer lasse unbeachtet, dass der zentrale Grund für die A... die Personalrotation sei. Dies stelle den wesentlichen Unterschied zu den anderen Konzessionen da. Da die A...-Fahrzeuge auch klar benannt seien, sei die Abgrenzung ohne weiteres möglich. Es gebe demnach unterschiedliche Verträge: Zum einen sei die grundsätzliche Aufgabenübertragung in schon lange bestandskräftigen Konzessionsverträgen aus den Jahren 2010 sowie 2003 geregelt. Bei diesen gebe es keine Pflicht zur Kündigung. Zum anderen werde, wie in vielen Bundesländern üblich, mit den Kostenträgern ein voraussichtliches Jahresbudget verhandelt und die daraus folgenden Benutzungsentgelte pro Fall/Einsatz festgelegt, § 20 Abs. 1 ThürRettG. Die grundlegenden Konzessionsverträge seien dabei getrennt von den jährlich abgeschlossenen Verträgen (nachfolgend: "Kostenvereinbarung(en)"), in denen das Ergebnis der Verhandlungen mit den Kostenträgern festgehalten werde. Diese Kostenvereinbarungen seien nur Ergebnis der Verhandlungen innerhalb der bestehenden Konzessionen und keine "Neubeauftragung".

16 Die Beauftragungsverträge aus den Jahren 2003 bzw. 2010 sähen jeweils eine automatische Verlängerung vor. Demnach seien die Verträge schon vor diesem Hintergrund nicht zu kündigen. Die automatische Verlängerung eines Vertrages bzw. das Unterlassen einer

Kündigung stelle keinen vergaberechtlich relevanten Vertragsschluss dar, da das bisherige Vertragsverhältnis lediglich fortgesetzt werde. Die unselbstständige Fortschreibung der bereits im Ursprungsvertrag angelegten Option sei vergaberechtlich neutral.

17 Die bisherigen Umsätze der Konzessionen (ausgeformt durch die jeweiligen Ergänzungsvereinbarungen) seien zu addieren und Bestandteil der öffentlich-rechtlichen Beauftragungsverträge aus 2003 bzw. 2010. Die interimsweise Beauftragung (begrenzt auf höchstens 6 Jahre) sei demnach nicht als wesentliche Änderung anzusehen, da der Wert der interimsweisen Beauftragung deutlich unter 10% bleibt, § 132 Abs. 3 Nr. 2 GWB. Zudem werde der maßgebliche Schwellenwert (§ 106 GWB) mit der Beauftragung der ARGE nicht überschritten, § 132 Abs. 3 Nr. 1 GWB.

18 Darüber hinaus wäre die Beauftragung der A... gem. § 132 Abs. 2 Nr. 2 GWB als zulässige Änderung gerechtfertigt. Dies ist vorliegend aufgrund der nachfolgenden Gründe der Fall: Schwierige Personalsituation insgesamt in J... und den angrenzenden Landkreisen; Aufstockung der Vorhaltung durch einen Durchführenden alleine nicht möglich; Externe Anbieter waren/sind kurzfristig nicht realistisch (Wachensituation, Personal). Es gebe keine Grundstücke bzw. Immobilien im Bereich der Stadt J..., in welchen man eine bzw. mehrere Fahrzeuge und Mannschaften vorgabekonform unterbringen könne. Die Stadt J... bzw. deren Gesellschaften/Eigenbetriebe (z.B. Kommunale Immobilien J...) verfügten durch Verkäufe in den letzten Jahrzehnten kaum noch über eigene verfügbare Liegenschaften bzw. Grundstücke.

19 Eine Vorlageverpflichtung bestehe, wenn das Oberlandesgericht (wie die Vergabekammer) zu der Ansicht käme, dass die Bereichsausnahme Rettungsdienst in Thüringen nicht anwendbar sei. In diesem Fall stünde das Oberlandesgericht in direktem Widerspruch zu der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (B. v. 22.03.2022 - Verg 28/22) sowie dem aktuellen Beschluss des OLG Celle (B.v. 03.01.2024 - 13 Verg 6/23).

20 Mit dem Vergabevermerk vom 31.08.2022 sei der Vorgang in Bezug auf Vergabe der Konzession (Vorhalteerhöhung) durch die Antragsgegnerin dokumentiert worden. Es reiche dabei aus, wenn der Vergabevermerk am Ende des Vergabeverfahrens angefertigt werde. Auch wenn § 6 KonzVgV grds. bewerber- bzw. bieterschützend sei, könne ein Bewerber oder Bieter seinen Rechtsschutz auf die Verletzung dieser Norm nur insoweit stützen, als sich die Versäumnisse des öffentlichen Auftraggebers auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren negativ auswirkten. Allein eine mangelhafte Dokumentation stelle noch keine Verletzung der Bewerber- oder Bieterrechte dar. Der Mangel müsse auch kausal sein. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Aufgrund des umfangreichen Vortrages im Rahmen des Verfahrens vor der VK bzw. des OLG könne jede Entscheidung auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens nachvollzogen und durch die Antragsgegnerin begründet werden. Sämtliche Unterlagen, die den Vorgang betreffen, seien den Nachprüfungsinstanzen durch die Antragsgegnerin vorgelegt worden. Eine "reine Förmelei" sei nicht gefragt. Eine mögliche Verletzung der Dokumentationspflicht sei nicht kausal, da schon seit der damaligen Konzessionsvergabe jederzeit mit Nutzung der Bereichsausnahme ebenfalls die Konzession an die A... interimistisch hätte übertragen werden können.

21 **Die AG beantragt,**

22 1. Der Beschluss der Vergabekammer des Landes Thüringen vom 19.01.2024 zum Geschäftszeichen ... wird aufgehoben.

23 2. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

24 3. Hilfsweise: Die Vergabekammer wird verpflichtet, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenates über die Sache erneut zu entscheiden.

25 4. Hilfsweise: die Sache wird dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (§ 179 Abs. 2 GWB, Divergenzvorlage)

26 5. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

27 6. Der Antragstellerin werden die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin gemäß § 182 Abs. 4 GWB einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten auferlegt.

28 **Die BEI 5 trägt mit ihrer Beschwerde vor:**

29 Die Beigeladenen zu 1) bis 4) als Gesellschafterinnen der Beigeladenen zu 5) hätten ihren Verfahrensbevollmächtigten gemeinsam am 30.01.2024 mit der Wahrnehmung der rechtlichen Interessen und Prozessführung beauftragt. Eine unterzeichnete Mandatsvereinbarung liege vor. Diese werde im Termin auf Verlangen des Gerichts diesem gegenüber vorgelegt werden können.

30 Sie sei eine aus den BEI 1) bis 4) bestehende Arbeitsgemeinschaft in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB). Die Beigeladenen zu 1) bis 4) hätten sich nach der Auswertung der Einsatzzahlen und der Statistik zur Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Hilfsfristen im Rettungsdienstbereich J... und den daraus resultierenden (gravierenden) Feststellungen einer erheblichen Nichtgewährleistung der flächendeckenden und bedarfsgerechten Rettungsdienstversorgung nach der Rettungsdienstbereichsratssitzung vom ... (Anlage AG25) sowie der Umsetzungsberatung mit der Antragsgegnerin am 11.04.2022 zu einer Gesellschaft zusammengeschlossen, um die notwendigen unverzüglichen Sofortmaßnahmen im Umfang einer Vorhalteerhöhung zeitlich begrenzt gemeinsam umzusetzen. Die Inhalte der Vereinbarung ergäben sich aus der Erklärung der Leistungserbringer vom 27.04.2022. Bei den Unterschriften handele es sich um die der Geschäftsführer bzw. Vorstandsvorsitzenden der Beigeladenen zu 1) bis 4). Die Privaturkunde sei am 27.04.2022 durch die Beigeladenen zu 1) bis 4) mit deren Willen unter Anerkennung der darüber befindlichen Erklärungen unterzeichnet worden. Die Beigeladenen zu 1) bis 4) hätten unter den am 29.03.2022 und 11.04.2022 bekannten Umständen, der Annahme der erforderlichen Evaluierung der zeitlichen begrenzten Aufgabenübertragung für ursprünglich zunächst sechs Monate, den damit verbundenen besonderen technischen und personellen Schwierigkeiten und den somit zu schaffenden tatsächlichen Voraussetzungen festgestellt, dass sie - also jeder getrennt - allein die personelle Besetzung der Rettungsmittel, insbesondere des RTW, KTW und NEF nicht sicherstellen könnten, weil aufgrund der Dringlichkeit das dafür notwendige Personal nicht zu finden wäre. Dementsprechend hätten die Beigeladenen zu 1) bis 4) die Gründung der Beschwerdeführerin beschlossen, die im Außenverhältnis auftretend und als solche auch auf den Fahrzeugen erkennbar, die von den Beigeladenen 2) bis 4) vorgehaltenen Rettungsmittel vorgabekonform mit Personal besetze. Aus pragmatischen Gründen habe man sich dazu entschlossen, dass die Gesellschafterinnen die bereitgestellten Sachmittel (RTW, KTW, NEF) gegenüber dem Aufgabenträger entsprechend den Kostenvereinbarungen mit dem Aufgabenträger, den Beigeladenen zu 1) bis 4) und Kostenträgern ord-

nungsgemäß für die Beschwerdeführerin abrechnen, die Benutzungsentgelte direkt vereinnahmen und dass die Kostenträger den Gesellschafterinnen die für die Umsetzung der Vorhalteerhöhung erforderlichen Personalkosten im Organisationsbereich der Beigeladenen zu 1) bis 4) anerkennen und den Budgets hinzurechnen, weshalb in dem als Anlage AG... vorgelegten Rettungsdienstbereichsplan (Fortschreibung vom ...) auch die von der A... verwalteten und organisierten Personalressourcen der Beigeladenen zu 1) bis 4) gesondert "paritätisch" oder "anteilig" bei den Gesellschafterinnen einzeln ausgewiesen seien und nicht die A... an den Wachestandorten der Beigeladenen 1) bis 4) nochmals zusätzlich aufgeführt werde. Dies erspare schlicht und ergreifend weitergehende Verzögerungen bei der dringend erforderlichen Vorhalteerhöhung durch umfangreiche Anpassungen des Rettungsdienstbereichsplans und der Kostenvereinbarungen mit den Kostenträgern. Die Beschwerdeführerin führe aktuell die Vorhalteerhöhung weiterhin aus. Hierzu stimmten sich die Gesellschafterinnen über die Dienstpläne für die Besetzung der Fahrzeuge regelmäßig ab, während die einzelnen Gesellschafterinnen die entsprechend für Einsatzzeiten anfallenden Benutzungsentgelte bei der Antragsgegnerin zur Abrechnung brächten. Ohne die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als neue Form der Kooperation der Durchführenden wäre die schnelle Vorhalteerhöhung und Sicherstellung der personengerechten Fahrzeugbesetzung nicht möglich gewesen. Im Innenverhältnis hätten die einzelnen Gesellschafterinnen entsprechende Vereinbarungen zum Umgang mit Sachmitteln, Haftung, Kennzeichnungsverpflichtung, etc. getroffen. Die als Anlage B... vorgelegte Erklärung diene für alle Gesellschafterinnen als wesentliche Geschäftsgrundlage.

31 Die BEI 3 sei Gesellschafterin der BEI 5. Die Erklärung vom 27.04.2022 hätten alle Mitglieder der Beigeladenen zu 5) unterzeichnet, sodass zweifelsfrei ersichtlich sei, wer Mitglied der A... sei. Indem sodann auch der Beweis dafür geführt worden sei, dass die Privaturkunde mit der darin abgegebene Erklärung echt ist, sei auch die Gesellschafterstellung der Beigeladenen zu 3) erwiesen. Die Beigeladene zu 3) habe mit Schriftsatz ihres anwaltlichen Vertreters vom 21.03.2024 selbst erklärt, unverändert Mitglied der Beigeladenen zu 5) zu sein. Der Geschäftsführer der Beigeladenen zu 3) habe dem Unterzeichner selbst bestätigt, dass der von der Geschäftsstelle erstellte Telefonvermerk nicht dem tatsächlich Gesagten entspreche, sondern es sich um eigene Schlussfolgerungen handeln müsse.

32 Auch die BEI 4 sei Gesellschafterin. Am 09.05.2003 seien der Firma G... S..., Krankentransport und Behindertenfahrdienst durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag nach § 4 Abs. 1 a. F. ThürRettG teilweise Aufgaben des Rettungsdienstes übertragen worden. Am 16.12.2010 sei in das Handelsregister A beim Amtsgericht Jena zur Registernummer HRA ... die handelsrechtliche Firma "F..." als Unternehmen des Einzelkaufmanns G... S... eingetragen und am 25.10.2019 als erloschen vermerkt worden. Die Beigeladene zu 4) sei im Handelsregister B beim Amtsgericht Jena unter der Registernummer HRB ... eingetragen (Anlage AST ...). Aus dem Registerauszug ergebe sich, dass aus der Firma "F..." die A... durch Ausgliederung am selben Firmensitz hervorgegangen sei. Diese Firma sei nach einem Veräußerungsgeschäft in Bezug auf die Geschäftsanteile in die P... umbenannt worden. Im Rahmen von Bestrebungen, innerhalb des Rettungsdienstbereiches einen sog. Baby-NAW (Baby-Notarztwagen), einen speziell ausgebauten und durch die bekannte Björn-Steiger-Stiftung bereitgestellten Kraftwagen für die Versorgung von Klein- und Kleinstkindern, bereitstellen zu können, habe die Beigeladene zu 4) Ende 2021 mit der Vorbereitung eines Wechsels bzw. Änderung der Gesellschaftsform begonnen. Die Björn-Steiger-Stiftung stelle einen solchen Baby-NAW grundsätzlich nur kommunalen

Aufgabenträgern bereit. Voraussetzung sei jedoch, dass der Betreiber des Baby-NAW gemeinnützig handele. Im November 2021 sei der Notar W... mit Sitz in J... mit der Erstellung eines Satzungsentwurfs betraut worden, um die Voraussetzungen für eine gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung herzustellen. Gleichzeitig seien die Steuerbevollmächtigten der Beigeladenen zu 4) beauftragt worden, die notwendigen steuerrechtlichen Maßnahmen zu ergreifen. Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 07.04.2022 sei die P... in die P... umgewandelt worden. Die Eintragung sei zum Handelsregister am 20.04.2022 angemeldet worden. Während des gesamten Prozesses hätten sich die Beigeladene zu 4) und die Fachabteilung der Antragsgegnerin im Austausch über die Änderung der Gesellschaftsform als Voraussetzung für den Betrieb des Baby-NAW befunden. Am 11.04.2022 sei im Rahmen der Besprechung zwischen der Antragsgegnerin und den Beigeladenen zu 1) bis 4) der Stand zum Baby-NAW erörtert worden, wobei auch über den Wechsel in die Gemeinnützigkeit ab dem 07.04.2022 informiert worden sei.

33 Die Vergabekammer sei sachlich unzuständig, weil der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts nicht eröffnet sei.

34 Bei der Beauftragung der Beschwerdeführerin handele es sich um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession.

35 Der Schwellenwert sei nicht erreicht. Für die vorliegende Dienstleistungskonzession habe der maßgebliche Schwellenwert im Zeitpunkt der Konzessionsvergabe gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 4 GWB iVm. Artikel 8 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28.März 2014, S. 1) iVm. Art. 1 der delegierten Verordnung (EU) 2021/1951 der europäischen Kommission vom 10. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Konzessionen (ABl. L 398/21 v. 11.11.2021) 5.382.000 EUR betragen. Es sei im Hinblick auf den Zeitpunkt der Konzessionsvergabe auf den 27.04.2022 (oder alternativ auf den Tag des Beginns der Ausführung: 01.07.2022) abzustellen. Zu diesem Zeitpunkt habe festgestanden, dass der Vertragswert der Konzession für die Evaluierungsphase 365.000,00 EUR beträgt. Die Antragsgegnerin sei mit einer korrekten Vertragswertschätzung von einem Vertragswert von 730.000.- Euro pro Jahr ausgegangen. Die Berechnung sei nach dem systematischen Schema erfolgt, das durch den Landesgesetzgeber für die Vergütung und Finanzierung des Rettungsdienstes mit der ThürKLNVO gesetzlich vorgeschrieben worden sei. Sofern die Beschwerdegegnerinnen die Berechnung der Kosten für den konkreten gegenständlichen Auftrag an die Beigeladene zu 5) mit Nichtwissen bestritten, sei dieses Bestreiten als unzulässig zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerinnen behaupteten selbst von sich, im öffentlichen Rettungsdienst tätig zu sein. Diese seien daher in der Lage, eine KLN-Berechnung durchzuführen und hierbei insbesondere die sich aus Anlage B... ergebenden Zahlen zu Einsätzen, einzusetzenden Personal und Rettungsmitteln zu würdigen. Zudem sei die aktuelle Kostenvereinbarung zwischen dem Aufgabenträger und den Durchführenden des Rettungsdienstes für den maßgeblichen Zeitraum vorgelegt worden (Anlage AG...). Aus dieser ergäben sich die entsprechenden Benutzungsentgelte, sodass die Richtigkeit der Berechnung selbst nachvollzogen werden könne. Maßgeblich für die Eröffnung des Rechtswegs zu der Vergabekammer seien nicht die tatsächlich entstandenen Kosten, sondern der im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vergabeunterlagen (oder des Beginns des Vergabeverfahrens) geschätzte Vertragswert (§ 2 Abs. 1 und 5 KonzVgV). Die Antragsgegnerin und die Beigeladenen zu 1) bis 4) hät-

ten den dringenden Bedarf einer Vorhalteerhöhung durch die zusätzliche Beschaffung von Rettungsfahrzeugen erkannt, um den Rettungsdienst vorgabekonform bis zur Überarbeitung des Rettungsdienstbereichsplans sicherstellen und umsetzen zu können. Alle Beteiligten, dies ergebe sich bereits aus dem Protokoll der Rettungsdienstbereichsratssitzung vom ... (Anlage AG...), seien sich zu diesem Zeitpunkt bewusst und darüber im Klaren gewesen, dass die vorgenommene Vorhalteerhöhung vorübergehend und damit interimsweise erfolgen sollte, bis neben der Auswertung der Vorhalteerhöhung (nach 6 Monaten) selbst, auch eine Evaluation der bereichsübergreifenden Rettungsdienstorganisation für die Rettungsdienstbereiche der Stadt J... und des benachbarten S... erfolgt sei. Gerade die zeitliche Begrenzung, die einer vollständigen Amortisation und einen wirtschaftlichen Betrieb der Rettungsfahrzeuge entgegengestanden habe, habe dazu geführt, dass die Beigeladenen zu 1) bis 4) sich zur Beigeladenen zu 5) und jetzigen Beschwerdeführerin (A...) zusammengeschlossen hätten, um die Vorhalteerhöhung vornehmen und gemeinsam gegenüber der Antragsgegnerin dafür einstehen zu können.
Es sei zwischen den Bestandsverträgen ("Altverträge") der Beigeladenen zu 1) bis 4) und dem verfahrensgegenständlichen - durch die Anträge des Nachprüfungsanträge zu Ziffer 2 angegriffenen - Konzessionsvertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Beschwerdeführerin für die Vorhalteerhöhung zu unterscheiden, so dass nicht auf die Laufzeiten der Verträge aus 2003 bzw. 2010 abgestellt werden könne. Die entscheidenden Vertragspflichten und -inhalte ergäben sich ausschließlich aus den öffentlich-rechtlichen Verträgen nach § 6 Abs. 1 ThürRettG, die den Durchführenden nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Durchführung des Rettungsdienstes auferlegten. Die Kostenvereinbarungen regelten im Wesentlichen die Vergütung der rettungsdienstlichen Aktivitäten des Aufgabenträgers und der Durchführenden entsprechend des maßgeblichen Rettungsdienstbereichsplans sowie das Leitstellenentgelt für die Aufgabenträger. Weitergehende Regelungen bezögen sich dabei noch auf die Art und Weise der Abrechnung und einzelne Verfahrensvorgaben. Diese Verträge regelten ausschließlich das Verhältnis zwischen den Beteiligten am Rettungsdienst und den Entgeltzahlungsverpflichteten, ohne dass sich aus diesen Verträgen weitergehende Leistungsverpflichtungen in Bezug auf die konkreten rettungsdienstlichen Aktivitäten ergäben. Aus den Kostenvereinbarungen gingen keine weitergehenden Leistungspflichten für das vergaberechtlich hier maßgebliche Verhältnis zwischen Aufgabenträger und Durchführenden hervor. Selbst wenn man aber annehmen wollte, dass durch die fehlende ausdrückliche, schriftliche Dokumentation die Konzessionsvergabe tatsächlich unbefristet sei, könne hierfür keine unendliche Rückschau in die Vergangenheit und erst recht keine unbegrenzte und unendliche Vorschau in die Zukunft erfolgen. Eine Rückschau und damit ein Abstellen auf die Vertragswerte der Konzessionen aus 2003 bzw. 2010 scheide bereits deshalb aus, weil die Verträge mit der hier gegenständlichen Vorhalteerhöhung nicht im Zusammenhang stünden und diese Verträge auch nicht geändert worden seien. Eine Vorschau habe dabei auch die Wertungen des § 3 KonzVgV zu berücksichtigen. Es würden üblicherweise Konzessionen für die Dauer des Abschreibungszeitraums erteilt. Aufgrund der Abschreibungszeit von sechs Jahren für die anzuschaffenden und zu betreibenden Rettungsfahrzeuge sei für eine Vorausschau längstens ein Zeitraum von sechs Jahren anzunehmen, sodass der dafür notwendige Vertragswert anhand der auf Grund einer KostenLeistungs-Nachweis-Berechnung erstellten Kostenschätzung sich aus der Multiplikation des Vertragswertes pro Jahr (730.000 EUR/Jahr) und dem Faktor sechs (6 Jahre) ergebe. Dieser Vertragswert betrage sodann 4.380.000,00 EUR.

36 Es liege die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB vor. Die bundesgesetzliche Norm, wonach eine Privilegierung von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigun-

gen im Sinne von § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB möglich und zulässig sei, sei auch auf die Vergabe rettungsdienstlicher Leistungen in Thüringen anwendbar. Die Beigeladene zu 4) habe im Rahmen einer Satzungsänderung und Umbenennung die bestehende Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu einer gemeinnützigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung geändert, die die Anforderungen der § 55 iVm. § 52 Abs. 1, 2 Nr. 11, und 12 AO erfülle. Daher würden zwangsläufig unter Berücksichtigung der Regelungen und Wertungen des §§ 52 Abs. 1, 55 Abs. 1, 60 und 53 AO etwaige Gewinne der Beigeladenen zu 4) ausschließlich zur Erfüllung der gemeinnützigen Aufgaben verwendet und nicht an die Gesellschafterinnen und Gesellschafter ausgeschüttet (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 und Nr. 2 AO). Ob eine Gewinnerzielungsabsicht vorliege oder nicht, sei anhand der für die juristische Person maßgeblichen Satzung zu beurteilen. Und aus dieser ergebe sich - schon aufgrund der Anerkennung nach §§ 52, 55 AO - dass steuerbegünstigte, gemeinnützige Zwecke selbstlos verfolgt werden. Für die Bestimmung der Gemeinnützigkeit komme es im Übrigen nicht darauf an, ob eine Gewinnerzielungsabsicht, in dem Verständnis, dass es um das Ziel geht, Überschüsse zu erwirtschaften, vorliege oder nicht. Auch gemeinnützige Organisationen dürften eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen; für die Anerkennung der Gemeinnützigkeit komme es dann jedoch - auch nach der Rechtsprechung des EuGH - auf die konkrete Gewinnverwendung (als Verwendung des verbleibenden Überschusses) an. Die Beigeladene zu 4) habe bereits seit Ende 2021 mit der Fachabteilung Feuerwehr in Bezug auf den Baby-NAW in Kontakt gestanden und über die notwendigen gesellschaftsrechtlichen Änderungen informiert, um den Baby-NAW durch die Björn-Steiger-Stiftung erhalten zu können. Insofern enthalte die Annahme der Antragsgegnerin im ergänzenden Vergabevermerk einen Irrtum der Stadt. Auch in den in Bezug auf die Vorhalteerhöhung maßgeblichen Besprechungen sei den Mitgliedern des Rettungsdienstbereichsrates und vor allem der Fachabteilung Feuerwehr bewusst gewesen, dass die - dann auch am 07.04.2022, also vor der Beauftragung umgesetzte - Umwandlung in eine gemeinnützige GmbH bevorgestanden habe.

37 Die Antragstellerinnen seien in Bezug auf die geltend gemachte Pflicht zur Kündigung der Altverträge und die Rüge der fehlenden Laufzeitbegrenzung nicht antragsbefugt. § 133 GWB räume dem Auftraggeber ein Ermessen ein. Dieser Entscheidungsspielraum, ob das Entschließungsermessen, also die Entscheidung zur Ausübung oder Nichtausübung des Kündigungsrechts ausgeübt werde oder nicht, obliege allein dem öffentlichen Auftraggeber, der dieses Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls pflichtgemäß ausübe. § 133 GWB sei bereits aus diesem Grund nicht bieterschützend und könne zumindest nicht im Rahmen des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes geltend gemacht werden. Die Geltendmachung müsse auf dem ordentlichen Rechtsweg oder Verwaltungsrechtsweg erfolgen, weil die Kündigung eines bestehenden Vertrages denklogisch nach Abschluss des Vergabeverfahrens liege und damit der Prüfung der Vergabekammer entzogen sei. Die Vergabekammer habe sich mit Ihrer Entscheidung, festzustellen, dass die Antragsgegnerin verpflichtet sei, die Altverträge zu kündigen, in Widerspruch zu der herrschenden Auffassung gesetzt, dass im vergaberechtlichen Primärrechtsschutzverfahren die Beendigung von ggf. auch vergaberechtswidrig zustande gekommener Verträge nicht verlangt werden könne. Es sei auch nicht erkennbar, dass die Beschwerdegegnerinnen im Falle einer Laufzeitbeschränkung bessere Chancen oder größere Aussichten auf die Erteilung der Konzession hätten. Hierzu fehlten sämtliche Anhaltspunkte und entsprechender Sachvortrag, wonach die Antragstellerin in der Lage gewesen wären, den Auftrag zu erfüllen.

38 Die in Ziffer 3 ausgesprochene Verpflichtung der Auftraggeberin, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht, ein europarechtskonformes Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen, sei formal unbegründet geblieben; jedenfalls sei zu dieser Sachentscheidung kein Bezug zu den Entscheidungsgründen hergestellt worden, sodass diese Sachentscheidung bereits aus Gründen der Rechtsklarheit und dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes aufzuheben sei. Die Beschwerdeführerin gehe hier insoweit - für den Zweck dieser Beschwerde - davon aus, dass die Vergabekammer der Antragsgegnerin aufgeben wollte, dass eine Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht anwendbar sei und die Altverträge zu kündigen seien. Denn die Anordnung weiterer Maßnahmen, die auf künftige Vergabeverfahren gerichtet sind, habe die Vergabekammer nicht treffen und anordnen dürfen.

39 Es liege keine unzulässige de-facto-Vergabe vor. Die Antragsgegnerin habe an die Beschwerdeführerin eine Dienstleistungskonzession vergeben. Auf die Veröffentlichung der Absicht zur Konzessionsvergabe habe sie verzichten dürfen.

40 Die Antragsgegnerin habe von der Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung nach § 151 GWB iVm. § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KonzVgV absehen dürfen, weil ein Wettbewerb im vorliegenden Fall aus technischen Gründen zum Zeitpunkt der Konzessionsvergabe nicht bestanden habe. Im Stadtgebiet J... hätten im Zeitpunkt des (zwingend notwendigen) Beschaffungsbedarfs keine weitergehenden städtischen Wachen, Gebäude oder sonstige Unterkünfte zur Verfügung gestanden, die die Anforderungen an eine vorgabekonforme Wachenausstattung hätten erfüllen können. In den Einsatzbereichen, in denen die Rettungsfahrzeuge stationiert werden sollten, um die Hilfsfristen einhalten zu können, seien ebenso wenig entsprechende, flächenmäßig notwendige Grundstücke oder Gebäude verfügbar gewesen, sodass bereits hieraus der notwendige Nachweis durch einen externen Durchführenden nicht habe erbracht werden können. Der erst notwendige Aufbau der technischen Infrastruktur durch einen externen Durchführenden hätte die rechtzeitige Realisierung des notwendigen Beschaffungsbedarf nicht ermöglicht. Zugleich wäre der für die Vorhaltung der Rettungsfahrzeuge erforderliche Personalbedarf auch durch einen Dritten nicht in dem notwendigen Zeitraum akquirierbar gewesen.

41 Die Antragsgegnerin habe ferner von einer vorherigen Konzessionsbekanntmachung absehen dürfen, weil sie in zulässiger Art und Weise von einer sog. Interimsvergabe aufgrund besonders dringlicher Umstände entsprechend § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV habe Gebrauch machen können. Die nachhaltige und erhebliche Unterschreitung der Hilfsfristen und die Überlastung der Durchführenden habe die Antragsgegnerin bereits aufgrund von § 5 Abs. 1 S. 2 ThürRettG dazu verpflichtet, die flächendeckende und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit rettungsdienstlichen Leistungen in dem notwendigen Maße wiederherzustellen. Die Antragsgegnerin habe auch als Aufgabenträgerin mit allen Beteiligten des Rettungsdienstes, einschließlich den Vertretern der Kostenträger, die Grundlagen für eine kostendeckende Finanzierung zu schaffen und die maßgeblichen Einsatzzahlen aus 2021 seien auch erst im Februar 2022 ausgewertet wurden, woraus sich der sofortige Handlungsbedarf ergeben habe. Ein derartiger Anpassungsbedarf der Rettungsmittel habe sich zuvor in einem solchen Maße für die Antragsgegnerin nicht abgezeichnet. Da es sich bei den zwingend zu beschaffenden Leistungen um Leistungen der Daseinsvorsorge und Gefahrenabwehr handele, die erbracht werden müssten und nicht unterbrochen werden könnten, sei die Antragsgegnerin vergaberechtlich berechtigt, die Konzession für die Vorhalteerhöhung in dem zeitlich begrenzten Rahmen an die Beschwerdeführerin ohne vorherige Konzessionsbekanntmachung zu vergeben. Die inte-

rimsweise Vergabe sei begrenzt worden, da die Parteien - die Antragsgegnerin sowie die Beschwerdeführerin, vertreten durch die Beigeladenen zu 1) bis 4) - sich stets im Klaren gewesen seien, dass die Vergabe nur sechs Monate erfolgen solle.

42 Die Altverträge zwischen der Antragsgegnerin und den Beigeladenen zu 1) bis 4) seien nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens geworden und könnten als solche auch nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens werden, weil diese Verträge in jeglicher Hinsicht nicht (mehr) dem vergaberechtlichen Primärrechtsschutz zugänglich seien. Die Antragstellerinnen hätten durch die Stellung der Anträge vorgegeben, dass die aus deren Sicht rechtswidrige De-facto-Vergabe an die Beschwerdeführerin - die Arbeitsgemeinschaft - Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein solle. Zu Leistungsaufwüchsen - "Aufstockungen" oder "Vorhalteerhöhungen" - sei es zuletzt durch den Beschluss der Rettungsdienstbereichspläne 2012 und 2016 gekommen. Der Aufwuchs in 2012 sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden, weil die Konzessionsvergabe vergaberechtsfrei möglich gewesen sei. Dieser und der Vorhaltezeitenaufwuchs in 2016 seien wegen § 135 Abs. 2 GWB nicht mehr angreifbar. Weitere "Aufwüchse" seien nicht erfolgt. Die "Entgeltanpassungen" für die Jahre 2013, 2014, 2015, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 und 2022 (jeweils für die Zeiträume 01. Oktober bis 30. September des Folgejahres) seien nicht mit einem Aufwuchs des Leistungsumfangs in den Altverträgen verbunden, sondern auf die allgemeinen Kostensteigerungen im Bereich Personal, Sachmittel und Betriebsstoffen sowie teilweise gestiegenem Einsatzaufkommen zurückzuführen.

43 Es lägen keine wesentlichen Auftragsänderungen vor, die die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens oder die Bekanntmachung im europäischen Amtsblatt erforderlich gemacht hätten.

44 Die Aufgabenübertragung an die Beschwerdeführerin sei als eigene Dienstleistungskonzession zu bewerten und zu behandeln. Die Beschwerdeführerin sei eigener Durchführender im Sinne von § 3 Abs. 5 ThürRettG. Eine Arbeitsgemeinschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts liege auch dann vor, wenn die Gesellschafterinnen, wie es sich aus der Erklärung vom 27.04.2022 ergebe, die für die Auftragsdurchführung notwendigen Ressourcen bereitstelle und diese durch die Arbeitsgemeinschaft als eigenes Rechtssubjekt verwaltet würden. Dafür sei es auch nicht erforderlich, dass die Beschwerdeführerin Einsatzabrechnungen gegenüber der Antragsgegnerin vornehme. Dies könne sie zweifelsohne den Gesellschafterinnen überlassen, die die für die Leistungserbringung erforderlichen Sach- und Personalmittel bereitstellten und dementsprechend für die aufgewandten Kosten - ohnehin - vergütet werden müssten. Aufgrund des Umstandes, dass alle Gesellschafterinnen gemeinnützige Unternehmen oder Organisationen oder Vereinigungen seien und die Vergütung der rettungsdienstlichen Leistungen anhand der durch Kosten-Leistungs-Nachweis-Berechnungen festgelegten Benutzungsentgelte erfolge, sei eine Gewinnausschüttung der Beschwerdeführerin an die Gesellschafterinnen ohnehin nicht möglich. Ein solcher Gewinn entstehe bereits aufgrund der Bestimmung der Benutzungsentgelte durch KLN-Berechnungen nicht. Die Beschwerdeführerin übernehme gegenüber der Antragsgegnerin als eigenes Rechtssubjekt neben der Haftung auch die Eintrittspflicht für die konkrete Leistungserbringung und gewährleiste durch die Organisation von Sach- und Personalmitteln die vorgabekonforme Bereitstellung der Rettungsfahrzeuge, deren Ausstattung und Besetzung als auch die Wahrnehmung der zugewiesenen Einsätze. Den Vergütungsanspruch machten statt der Beschwerdeführerin die jeweils für die A... leistungserbringende Gesellschafterinnen geltend, was diese nach §§ 398 ff. BGB dürften. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei nicht verpflichtet, ein eigenes Ge-

schäfts-/Bankkonto zu führen. Dies gelte umso mehr, wenn die Gesellschaft zur Zweckerreichung "nur" die zu erbringende Dienstleistungen organisiere und verwalte und die dabei anfallenden Verwaltungskosten der jeweilige Gesellschafter selbst trage. Sollten weitergehende Kosten anfallen, würden diese durch die Gesellschafter ausgeglichen (§ 716 BGB). Ebenso könne die Beschwerdeführerin ihre Gesellschafterinnen auffordern, für die A... die bereitzustellenden Fahrzeuge auch mit Personal zu besetzen (§ 709 Abs. 1 BGB).

45 Die Konzessionsvergabe an die Beschwerdeführerin sei wirksam. Die Vergabeentscheidung, an die Beschwerdeführerin die Dienstleistungskonzession zu vergeben, sei als der Akt des Zuschlages zu verstehen. Die Zuschlagsentscheidung als Vergabeentscheidung sei von dem nachträglichen Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrages zu unterscheiden. Zudem stehe schriftlichen Angebot vom 27.04.2022 mit dem ergänzenden Vergabevermerk eine schriftliche Annahme gegenüber. Jedenfalls seien die Parteien des öffentlich-rechtlichen Vertrages an die Verpflichtungen aus diesem gebunden, da es bei Würdigung aller Umstände untragbar wäre, den Vertrag an der Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeit scheitern zu lassen.

46 Die Beschwerdeführerin sei den Altverträgen nicht beigetreten. Die Verlängerung von vergebenen Aufträgen, die sowohl 2003 als auch 2010 vergaberechtsfrei vergeben werden durften, stelle keine vergaberechtlichen Auftragsänderungen, sondern die Durchführung bestehender Verträge dar. Die Verlängerungen seien nicht als Auftragsänderungen zu verstehen und zu behandeln. Die letzten Vorhalteerhöhungen, die eine Ausweitung des Leistungsumfangs der Beigeladenen umfassten, erfolgten 2016 durch die Anpassung des Rettungsdienstbereichsplans. Diese Vorhalteerhöhungen seien nach § 135 Abs. 2 GWB - wie dargestellt - nicht mehr angreifbar. Im Hinblick auf die Anpassung der Entgelte durch die Kostenvereinbarungen liege keine wesentliche Auftragsänderung vor. Hierbei handele es sich - wie dargestellt - weder um die Änderungen eines bestehenden Konzessionsvertrages, noch um die Einführung neuer Bedingungen in einen solchen, noch um eine wesentliche Ausweitung des Leistungsumfangs. Die Kostenvereinbarungen seien die rechtslogische und systematische Folge der Regelungen in § 20 Abs. 1 und 2 ThürRettG. Die Kostenvereinbarungen selbst seien keine öffentlichrechtlichen Verträge im Sinne von § 6 Abs. 1 ThürRettG und insoweit auch vergaberechtlich nicht relevant, auch dann nicht, wenn durch die KLN-Berechnungen das Gesamtkostenvolumen durch steigende Betriebskosten jährlich weiter ansteige, denn ein Gewinn, der möglicherweise auch weitere Interessenten anziehen würde, werde dadurch weiterhin, wie auch schon seit 2003 und 2010, nicht erzielt. Die Kostenvereinbarungen selbst sind keine öffentlichrechtlichen Verträge im Sinne von § 6 Abs. 1 ThürRettG und insoweit auch vergaberechtlich nicht relevant, auch dann nicht, wenn durch die KLN-Berechnungen das Gesamtkostenvolumen durch steigende Betriebskosten jährlich weiter ansteigt; denn ein Gewinn, der möglicherweise auch weitere Interessenten wecken würde, wird dadurch weiterhin, wie auch schon seit 2003 und 2010 nicht erzielt. Durch die Kostenvereinbarungen würden insbesondere Leistungsumfänge nicht erheblich ausgeweitet. Die vergaberechtlich relevanten Leistungsumfänge seien ausschließlich in den Konzessionsverträgen aus 2003 bzw. 2010 geregelt und vereinbart.

47 Eine den Anforderungen des § 6 KonzVgV entsprechende Vergabedokumentation liege nicht vor. Aus einem Verstoß folge jedoch nicht zwingend, dass das Vergabeverfahren gänzlich rechtswidrig sei und ggf. aufgehoben werden müsse. Es handele sich um eine bloße Förmelei, das Verfahren in seinen früheren Stand zurückzuversetzen, wenn sich der Sachverhalt durch den nachgeschobenen Vortrag der Antragsgegnerin (oder vorlie-

gend durch die Beigeladene zu 5) einwandfrei aufklären lasse. So liege der Fall hier. Anhand des umfangreichen Vortrages der sofortigen Beschwerde unter Hinzunahme der Ausführungen der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer Thüringen könne jede Entscheidung auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens nachvollzogen und begründet werden.

48 Der Rechtsweg sei für den Einwand, dass ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 DLRL vorliege, nicht eröffnet. Das OLG sei zudem nicht berufen, im Rahmen der sofortigen Beschwerde über die etwaige Verletzung von Art. 102, 106 Abs. 1 AEUV zu entscheiden. Vorliegend wurde sei keine Exklusivlizenz vergeben worden und bestehe kein Anspruch der Beigeladenen zu 1) bis 4) auf Verlängerung der Verträge. Die Verletzung von Art. 106 Abs. 1 AEUV und Art. 102 AEUV sei vorliegend nicht offensichtlich gegeben, so dass der Vergabesenat auch aufgrund einer fehlenden vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm diese Rechtsfragen nicht zu entscheiden habe.

49 Sofern eine Verweisung erfolgen sollte, sei das zuständige Verwaltungsgericht nicht das mit Sitz in Weimar, sondern das örtlich zuständige Verwaltungsgericht in Gera. Die örtliche Zuständigkeit ergebe sich aus § 52 Nr. 3 S. 2 und 5 VwGO sowie aus § 52 Nr. 5 VwGO.

50 **Die BEI 5 beantragt,**

51 1. die Entscheidung der Vergabekammer Thüringen beim Thüringer Landesverwaltungsamt vom 19.01.2024 - Aktenzeichen: ... - aufzuheben,

52 2. hilfsweise, die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden,

53 3. die Hinzuziehung der Prozessbevollmächtigten durch die Beschwerdeführerinnen für notwendig zu erklären und

54 4. der Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen.

55 **Die BEI 3 trägt vor,**

56 die Auffassung der Vergabekammer, dass die Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB im Freistaat Thüringen generell nicht anwendbar sei, weil das Thüringer Landesrecht die Geltung dieser bundesrechtlichen Bestimmung ausschließe und die Antragsgegnerin somit bei einem Festhalten an ihrer Beschaffungsabsicht in jedem Fall ein europarechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen habe, halte einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme hänge nicht davon ab, ob in den jeweiligen landesrechtlichen Regelungen eine Privilegierung für gemeinnützige Organisationen und Vereinigungen bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen vorgesehen sei oder nicht. Für die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme auf ein Vergabeverfahren sei allein darauf abzustellen, ob der öffentliche Auftraggeber bei Einleitung des Vergabeverfahrens den Kreis der zum Verfahren zugelassenen Bewerber auf gemeinnützige Organisationen und Vereinigungen beschränkt hat.

57 Der Landesgesetzgeber sei schon von vornherein nicht befugt, den Geltungsbereich der bundesrechtlichen Regelung in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB durch eigene Landesgesetzge-

bung einzuschränken. § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB regele selbst und abschließend die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Vierten Teils des GWB auf durch öffentliche Auftraggeber durchgeführte Verfahren zur Vergabe von Rettungsdienstleistungen, wenn diese von gemeinnützigen Organisationen und Vereinigungen erbracht werden.

58 Der in § 6 Abs. 1 ThürRettG verwendete Begriff des "Dritten" enthalte keine gesetzliche Festlegung dahingehend, dass der Träger des Rettungsdienstes bei Auswahlverfahren stets zwingend auch gewerbliche Leistungserbringer berücksichtigen müsse. Die Träger des Rettungsdienstes könnten im Rahmen des ihnen durch die Vorschrift eingeräumten Organisationsermessens entscheiden, dass der Rettungsdienst in ihrem Hoheitsgebiet auch durch die Hinzuziehung Dritter, mithin Privater sichergestellt werden solle. Zu der hier streitigen Frage, ob der Dritte gemeinnützig sein muss oder nicht, verhalte sich § 6 Abs. 1 ThürRettG nicht. Übe der Träger das ihm durch § 6 Abs. 1 ThürRettG eingeräumte Ermessen dahingehend aus, den Wettbewerb auf gemeinnützige Organisationen zu beschränken, sei auf das dann durchzuführende Auswahlverfahren der 4. Teil des GWB nicht anwendbar.

59 **Die Antragstellerinnen beantragen:**

1.

60 Die Beschwerde der Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin zu 1 (im Folgenden nur: Antragsgegnerin) und der Beigeladenen zu 5 und Beschwerdeführerin zu 2 (im Folgenden nur: Beigeladene zu 5) wird zurückgewiesen.

2.

61 Die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur Verteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerinnen zu 1 und 2, tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladenen zu 3 zu 5.

3.

62 Hilfsweise: Der Vergabesenat entscheidet gemäß § 17a Abs. 3 S. 2 GVG ohne mündliche Verhandlung nach § 17a Abs. 4 S. 1 GVG vorab über die Zulässigkeit des Rechtsweges durch begründeten schriftlichen Beschluss gemäß § 17a Abs. 4 S. 2 GVG.

4.

63 Hilfsweise: Es wird beantragt, die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof nach § 17a Abs. 4 S. 4 GVG zuzulassen.

5.

64 Hilfsweise und vorsorglich für den Fall, dass der Senat der Auffassung der Beschwerde über die Unzulässigkeit folgen, wird beantragt, dass der Rechtsstreit unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer gemäß § 17a Abs. 2 GVG an das zuständige Landgericht, hilfsweise an das zuständige Verwaltungsgericht verwiesen wird.

6.

65 Hilfsweise wird angeregt, dass dem Bundesgerichtshof gemäß § 179 Abs. 2 S. 1 GWB die Frage vorgelegt wird, was unter "erbracht werden" gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB verstanden wird.

7.

66 Zugleich regen wir vorsorglich und hilfsweise an, dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung der Richtlinie 2014/24/EU und zur Vorabentscheidung nach Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) folgende Fragen vorzulegen: Steht Art. 10 lit. h) RL 2014/24/EU einer Regelung wie in §§ 3 Abs. 5, 6, ThürRettG, 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB entgegen, die De-facto-Vergaben an einzelne Durchführende (§ 3 Abs. 5 ThürRettG) ohne jeglichen gemeinschaftskonformen Wettbewerb ermöglicht?

8.

67 Vorsorglich wird nochmals Akteneinsicht in die teilweise geschwärzten Unterlagen und Schriftsätze der Antragsgegnerin beantragt.

68 **Die Antragstellerinnen tragen vor:**

69 Die Antragstellerinnen seien antragsbefugt, da sie Interesse an der Erbringung von Leistungen im Bereich Rettungsdienst, Krankentransport und Katastrophenschutz vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (und auch während dieses Verfahrens) bei der Antragsgegnerin bekundet hätten.

70 Die Beschwerde der Beigeladenen zu 5 sei unzulässig. Es werde bestritten, dass ein Gesellschafterbeschluss zur Beauftragung eines anwaltlichen Vertreters existiere. Die Beigeladene zu 3 sei nach eigenen Angaben nicht Mitglied der Beigeladenen zu 5. Nehme eine Bietergemeinschaft an einem Vergabeverfahren teil, müsse die Rüge eines Vergaberechtsverstoßes von sämtlichen Mitgliedern der Bietergemeinschaft geltend gemacht werden. Dieser Gedanke gelte auch für die hier vorliegende Beschwerde. Wenn die Beigeladene zu 3 nicht Mitglied der Bietergemeinschaft zu 5 ist, gebe es keinen gemeinschaftlichen Beschluss einer Bietergemeinschaft bestehend aus den Beigeladenen zu 1 bis 4. Dann sei auch die eingelegte Beschwerde unzulässig.

71 Die in der Beschwerde der Antragsgegnerin behauptete Form der Beauftragung der Beigeladenen zu 5 werde bestritten. Es spreche viel dafür, dass der Sachvortrag der Beigeladenen zu 5 zu der Frage der Beauftragung in der Beschwerde (wie auch andere Behauptungen) schlicht frei erfunden sei.

72 Die Beigeladene zu 3 sei nach dem eigenen Sachvortrag nicht Bestandteil der Beigeladenen zu 5 und ihr Vertrag sei nicht streitgegenständlich. Der Senat werde zu prüfen haben, ob nicht die Beiladungen zu 1 bis 4 - mangels rechtlicher Betroffenheit - aufgehoben werden.

73 Die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB greife nicht ein. Unter den Begriff der Hilfsorganisationen nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 2 GWB fielen nur solche nach Bundes- oder Landesrecht anerkannte Zivil- oder Katastrophenschutzorganisationen, die keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgten bzw. nicht erwerbswirtschaftlich tätig seien und ihren Mitgliedern keine - auch keine mittelbaren - Gewinne verschaffen könnten. Etwaige

Gewinne einer Hilfsorganisation müssten zur Erfüllung der von ihr verfolgten gemeinnützigen Aufgaben verwendet werden. Zu den vorgenannten Fragen habe die Antragsgegnerin keine Feststellungen getroffen, so dass schon aus diesem Punkt der Nachprüfungsantrag begründet sei. Weil sich die Antragsgegnerin bei der De-Facto-Vergabe nicht auf die Bereichsausnahme berufen habe, könne auch die Bereichsausnahme nicht eingreifen. Zum Zeitpunkt der De-FactoVergabe (und nur darauf komme es an), sei die Beigeladene zu 4 ein gewerbliches Unternehmen gewesen. Die am 16. Mai 2022 erfolgte Änderung der Firma auf "P..." sei rechtlich irrelevant ist, weil Gesellschafter die natürliche Person Herr M... P... sei. Weitere Gesellschafterin sei die Pro Assistenz GmbH i.G.. Diese sei umfirmiert in die P... mit dem Gesellschafter Herr C... M.... Aus dem Gesellschaftsvertrag ergebe sich, dass eine Vermögensbindung zugunsten des P... bestehe. Bei dem Verein sei Vorsitzender C... M.... Geschäftsführer und Vorstände seien die Herren M... P... und C... M.... Sie erzielten mithin (wohl) nicht als Gesellschafter der Beigeladenen Gewinne, aber als Geschäftsführer und Vorstand der P.... Einkünfte. Damit verschafften sie sich mittelbare Gewinne und die Bereichsausnahme sei dem Grunde nach schon nicht anwendbar.

74 Der Schwellenwert für die Dienstleistungskonzession sei überschritten. Unterstellt, die von der Antragsgegnerin angegebenen Zahlen wären richtig, dann wären für die 17 Monate Beauftragung ein Betrag i.H.v. EUR 1.872.928,74 entstanden. Dies entspreche einem Durchschnittsbetrag im Monat EUR 110.172,28. Der Schwellenwert für Dienstleistungskonzessionen wäre nach 49 Monaten überschritten. Da die Antragsgegnerin selbst von sechs Jahren Abschreibungszeitraum und Vertragslaufzeit von sechs Jahren ausgehe, sei zumindest von einem Auftragswert i.H.v. EUR 7.923.404,16 auszugehen. Bei der Berechnung des Schwellenwertes gingen die Antragstellerinnen jedoch weiter von einer Rahmenvereinbarung gemäß § 103 Abs. 5 S. 1 GWB aus. Ein relevantes Betriebsrisiko i.S.v. § 105 Abs. 2 GWB sei aufgrund der Vertragsstruktur nicht ersichtlich. Die Auftragswerte seien seit (wenigstens) 2019 zusammenzurechnen. Dies führe dazu, dass auch der Schwellenwert selbst bei Annahme einer Dienstleistungskonzession überschritten sei. Es lägen rechtswidrige jährliche Aufstockungen vor. Die (jährlichen) Beauftragungen sind zudem für den Wert der Leistungserweiterung zusammenzurechnen. Die jährlichen Verträge mit den Kostenträgern seien als jährliche Erweiterungen zu sehen, weil ohne Vereinbarung mit den Kostenträgern keine Leistung durch die Beigeladenen erfolgen würden. Hinzu komme noch eine zusätzliche Leistungserweiterung durch zusätzliche Leistungen.

75 Die Auftragswertschätzung müsse den Zeitraum bei weitestgehender Ausübung der vertraglichen Verlängerungsmöglichkeit berücksichtigen. Da sich die angestrebten Vereinbarungen zwischen den Beigeladenen zu 1) bis 4) und der Antragsgegnerin automatisch jeweils um ein weiteres Jahr verlängerten, wenn keine der Parteien widerspreche, seien die Vereinbarungen auf unbestimmte Zeit angelegt. Dies widerspreche zunächst § 3 Abs. 1 S. 1 KonzVgV. Da hier - wenn auch rechtswidrig - eine ewige Konzession vergeben werde, liege auch ein "unendlicher" Konzessionswert vor. Mit anderen Worten: die Ewigkeit führe ohne Weiteres zum Überschreiten des Schwellenwertes.

76 Die im "Ergänzenden Vergabevermerk" behaupteten Schwierigkeiten (keine Grundstücke bzw. Immobilien im Gebiet der Antragsgegnerin; es ist für einen externen Anbieter kaum denkbar, das notwendige Personal zu akquirieren) seien keine Besonderheiten für die Antragstellerinnen, wie eine kurze Recherche bei Google unter den Stichworten "Personalmangel Notfallretter" und "Mangel geeignete Grundstücke Rettungswachen" erge-

be. Gerade die Mangelsituation spreche für die Ausschreibung. Die Antragstellerinnen hätten gelernt, wie sie mit derartigen Mangelsituationen umgehen und böten dazu innovative und kreative Lösungen an.

77 Hier lägen - wie von der Vergabekammer zutreffend festgestellt - eine fehlerhafte Dokumentation und Auftragswertschätzung vor. Die Antragsgegnerin räume ein, dass zugegebenermaßen die Dokumentation und Vertragslage suboptimal sei. Auch die Beigeladene räume eine fehlende ausdrückliche und schriftliche Dokumentation ein. Es könne insofern auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer verwiesen werden. Es werde erneut mit Nichtwissen bestritten, dass das Dokument vom 27. April 2022 durch die Fachabteilung der Antragsgegnerin entgegengenommen und intern dokumentiert worden sei. Die nachgereichten Unterlagen seien nicht geeignet, die Dokumentation vom 31. August 2022 vergaberechtskonform zu heilen. Die subjektiven Rechte der Antragstellerinnen seien verletzt, weil eine ordnungsgemäße Dokumentation die Sorgfaltsfehler vermieden hätte.

78 Hier liege eine wesentliche Vertragsänderung vor. Mit der Beauftragung der Beigeladenen zu 5 als Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei eine neue Vertragspartnerin mit eigener Rechtspersönlichkeit hinzugetreten. In dem Austausch des Vertragspartners liege eine Vertragsänderung. Zudem liegt eine Ausweitung des Volumen vor. Die jährlich erhöhten Vergütungen seien derart angestiegen, dass im Jahr 2022 erstmalig den Schwellenwert für Konzessionsvergaben nach § 106 GWB erreichen würden. Die auf zeitlich unbestimmte Dauer abgeschlossene Dienstleistungskonzession sei auch eine wesentliche Änderung. Unwirksame (mündliche) und faktische Beauftragungen mit realen Geldzahlungen reichten für eine rechtswidrige Vertragsänderung aus. Eine Vertragsänderung müsse nicht formwirksam sein, um ein Vergaberechtsverstoß zu sein. Durch den Eintritt der Beigeladenen zu 4 sei der Vertragspartner ausgewechselt worden, so dass schon daraus eine wesentliche Vertragsänderung folge.

79 Die Überschreitung der Konzessionsdauer gem. § 3 Abs. 1 S. 1 KonzVgV verstoße gegen die Grundsätze des AEUV und gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie. Durch die ewigen Verträge liege eine missbräuchliche Ausnutzung einer Monopolstellung bei einem binnenmarktrelevanten Auftrag vor. Die unmittelbar aus Art. 12 Dienstleistungsrichtlinie resultierende Notwendigkeit der Durchführung eines transparenten Auswahlverfahrens gelte auch für die Verlängerung von Konzessionen und der Berechnung des Schwellenwertes.

80 Hier liege ein kollusives Zusammenwirken vor, welches zur Vertragsnichtigkeit führe. Obwohl das Bewerbungsschreiben der Antragstellerinnen vorgelegen habe, habe die Antragsgegnerin die Beigeladene zu 5 beauftragt. Die Echtheit der Urkunde vom 27.04.2024 werde bestritten.

81 Die Vergabekammer habe keine Pflicht zur Kündigung tenoriert. Damit fehle sowohl die formelle als auch materielle Beschwer.

82 Hilfsweise sei die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof nach § 17a Abs. 4 S. 4 GVG zuzulassen, weil der hier zugrunde liegenden Rechtsfrage der Zulässigkeit des Rechtsweges eine grundsätzliche Bedeutung beizumessen sei, zu der höchstrichterliche Rechtsprechung bislang noch nicht vorliege. Vorsorglich und hilfsweise werde angeregt, dem Bundesgerichtshof gemäß § 179 Abs. 2 S. 1 GWB die Frage vorzulegen, was unter "erbracht werden" nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB zu verstehen ist. Die streitgegenständli-

chen Leistungen würden von mitwirkenden Hilfsorganisationen sowie von privaten Dritten erbracht, so dass hier die Bereichsausnahme per se nicht eingreifen könne. Die Voraussetzungen für die beantragte Vorlage der Rechtssache an den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren lägen hier ebenfalls vor. Diese Vorlage sei auch erforderlich, da nur der EuGH über die Frage der Konformität des ThürRettG i.V.m. § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB entscheiden könne. Der Bereichsausnahme in Thüringen stehe die RL 2014/24/EU entgegen, da Art. 10 lit. h) RL 2014/24/EU eine Mitwirkung im Katastrophenschutz nicht voraussetze. Zudem hänge die Mitwirkung im Katastrophenschutz im nationalen Recht nicht davon ab, dass keine Gewinnerzielungsabsicht vorliege.

83 Sollte der Senat entscheiden, dass das Kartellvergaberecht nicht eingreift und daher der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet ist, so sei der Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 GVG an das zuständige Verwaltungsgericht Weimar zu verweisen.

84 Die vorgelegten Schriftsätze bzw. Schreiben mit geschwärzten Passagen dürften der Entscheidungsfindung mangels Akteneinsicht nach zutreffender Ansicht nicht zugrunde gelegt werden. Schriftsätze und sonstige Unterlagen, die die im Vergabenachprüfungsverfahren Beteiligten mit der Maßgabe zu den Akten reichen, dass sie ganz oder teilweise den übrigen Beteiligten oder einem Teil von ihnen nicht zur Kenntnis gelangen sollen (sog. "geschwärzte" Unterlagen) werden weder Gegenstand der Akten der Vergabekammer noch Bestandteil der Gerichtsakten.

85 Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten sei weder für die Antragsgegnerin noch für die Beigeladene zu 5 notwendig.

II.

86 Die sofortigen Beschwerden der AG und der BEI 5 sind zulässig und begründet. Der Nachprüfungsantrag der AST ist unzulässig. Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist nicht eröffnet, weil die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB eingreift und weil der nach § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB erforderliche Schwellenwert nicht erreicht ist.

1.

87 Die sofortigen Beschwerden der AG und der BEI 5 sind gemäß § 171 Abs. 1 Satz 1 GWB statthaft und sind form- und fristgerecht eingelegt worden.

88 Auch die BEI 5 ist im Beschwerdeverfahren wirksam durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten, § 175 Abs. 1 GWB. Die in der mündlichen Verhandlung vorgelegte schriftliche Vollmacht, die die Vertretung im Beschwerdeverfahren umfasst, ist in der mündlichen Verhandlung vor den Augen des Senats von den in der Verhandlung anwesenden gesetzlichen Organvertretern der BEI 1 - 5 unterzeichnet worden. Es gibt daher keinen Zweifel an der Wirksamkeit der Bevollmächtigung.

2.

89 Nach Auffassung des Senats ist der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen zum Einen nicht eröffnet, weil die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB eingreift.

a)

90 Gemäß § 155 GWB unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen der Nachprüfung durch die Vergabekammern. Ihrem Wortlaut nach gilt die Vorschrift für die Vergabe öffentlicher Aufträge im Sinne des § 103 GWB bzw. die Vergabe von Konzessionen im Sinne des § 105 GWB. Gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB - hinsichtlich dessen eine enge Auslegung geboten ist (vgl. EuGH, Urteil vom 07. Juli 2022 - C-213/21, C-214/21, Rn. 32 - Italy Emergenza) - ist der vierte Teil des GWB - zu dem auch § 155 GWB gehört - aber "nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen ... 4. zu Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die Referenznummern des Common Procurement Vocabulary 75250000-3, 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; ..."

b)

91 Es bestehen keine Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 107 Abs. 1 Nr. 4, 1. HS GWB. Diese Regelung ist unionsrechts- und grundrechtskonform. Auf die ausführliche Darlegung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf (Beschluss vom 22. März 2023 - Verg 28/22, Rn. 29 - 33, juris; in diesem Sinne auch: Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 16. April 2020 - 1 Verg 2/20 -, Rn. 65, juris), der der Senat vollumfänglich beitritt, wird zur Vermeidung bloßer Wiederholungen verwiesen.

c)

92 Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4, 1. HS GWB sind nach Auffassung des Senats gegeben.

aa)

93 Betroffen sind Dienstleistungen der Gefahrenabwehr. Sowohl die von der Vergabekammer angeführten Verträge vom 09.05.2003 und vom 27.09.2010 als auch die verfahrensgegenständliche auf der Sitzung des Rettungsdienstbereichsrates vom ... beschlossene Sofortmaßnahme betrafen die Vorhaltung und Besetzung von Rettungsmitteln im Rettungsdienstbereich J..., nämlich von Rettungswagen, Krankentransportwagen und Notarzteinsatzfahrzeugen für den Rettungsdienst. Die gegenständlichen Rettungsdienstleistungen (die Bereitstellung von sächlichen Mitteln und von Personal zur Durchführung der Notfallrettung) sind Dienstleistungen der Gefahrenabwehr im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB, die unter die Referenznummern 75 252 000-7 sowie 85 143 000-3 des Common Procurement Vocabulary (CPV-Code) fallen (EuGH, Urteil vom 21. März 2019 - C-465/17 -, Rn. 40, 50, juris). Ausdrücklich ausgenommen von der Privilegierung ist der Einsatz von Krankenwagen zur nicht medizinisch begleiteten Patientenbeförderung, der vom medizinisch betreuten bzw. sog. qualifizierten Krankentransport abzugrenzen ist (Burgi u.a. - Gurlit, Beckscher Vergaberechtskommentar, 4. A, GWB § 107 Abs. 1 Rn. 34), der hier aber nicht verfahrensgegenständlich ist.

bb)

94 Die Dienstleistungen werden von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht.

(1)

95 Die Gemeinnützigkeit der BEI 1 - 3 steht nicht im Streit. Im Hinblick auf die BEI 4 ist festzustellen, dass sie jedenfalls im Zeitpunkt des Einsetzens der zusätzlichen Rettungsdienstleistungen als gGmbH organisiert war. Der Senat hat den Gesellschaftsvertrag der BEI 4 im Handelsregister eingesehen und die daraus gewonnenen Erkenntnisse zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Die Regelungen im Gesellschaftsvertrag sind üblich und wirksam und begründen keine Zweifel an der Gemeinnützigkeit; insofern hat auch der Vertreter der Antragstellerinnen erklärt, den Gesellschaftsvertrag bereits zur Kenntnis genommen zu haben und gegen die vertraglichen Regelungen an sich keine Einwände zu erheben. Es gibt des Weiteren keinerlei Anhaltspunkte dafür - und solche haben die Antragstellerinnen auch in der mündlichen Verhandlung nicht benannt -, dass die BEI 4 sich tatsächlich nicht an die vertraglichen Regeln zur Gemeinnützigkeit hält. Der Sachverhalt bietet daher keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass die Gemeinnützigkeit tatsächlich bestand und fortbesteht und eine Gewinnorientierung nicht gegeben war und ist. Vielmehr hätte letztere der kurz zuvor erfolgten Eintragung als gemeinnützige Gesellschaft, die zugleich eine vorherige Prüfung der Erfüllung der Voraussetzungen des § 52 AO durch das Finanzamt voraussetzt (zur Möglichkeit der Anknüpfung EuGH, Urteil vom 21. März 2019 - C-465/17, Rn. 57 f., juris), entgegengestanden.

96 Die BEI 5 besteht aus den BEI zu 1 - 4, die ausweislich des an die AG gerichteten Schreibens vom 27.04.2022 die Arbeitsgemeinschaft bildeten, um die in der Sitzung des Rettungsdienstbereichsrates vom ... beschlossene Sofortmaßnahme umzusetzen. Es gibt weder Zweifel daran, dass sich die BEI 1 - 4 zur Arbeitsgemeinschaft - der BEI 5 - zusammenschlossen, noch daran, dass das Schreiben vom 27.04.2022 von der BEI 5 mit Wissen und Willen der BEI zu 1 - 4 gefertigt und an die AG gerichtet wurde. Das ergibt sich zur Überzeugung des Senats schon aus der Tatsache, dass die Vertreter der BEI 1 - 4, die sämtlich in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat anwesend waren, in Kenntnis des Vortrags der BEI 5 die Vollmacht des Vertreters der BEI 5 unterzeichnet und damit zugleich ihr Einverständnis kundgetan haben. Ausweislich der Darlegungen im Schreiben vom 27.04.2022 dient der Zusammenschluss dazu, die für die Sofortmaßnahme erforderlichen Fahrzeuge vorzuhalten und zu besetzen, wobei die entstehenden Kosten unmittelbar den BEI 1 - 4 zugeordnet und diesen über den Mehr- und Mindererlösausgleich durch die Kostenträger erstattet werden. Es gibt daher auch keinen Zweifel an der Gemeinnützigkeit dieser Vereinigung.

(2)

97 Die gebotene europarechtskonforme Auslegung der Vorschrift, durch die Art. 10 lit. h) der Vergaberechtlinie in nationales Recht umgesetzt worden ist, führt zu dem Ergebnis, dass die zu vergebenden Dienstleistungen dann von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen "erbracht werden", wenn der öffentliche Auftraggeber das Auswahlverfahren auf diese Organisation oder Vereinigungen beschränkt und nur sie zur Angebotsabgabe aufgefordert hat. Bezugspunkt ist das aktuelle Beschaffungsvorhaben, also der zu vergebende Auftrag über Rettungsdienstleistungen. Dieser Auftrag soll von den genannten Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden. Dies kann dadurch erreicht werden, dass der öffentliche Auftraggeber sein Auswahlverfahren auf diesen Bie-

terkreis beschränkt, obwohl auch gewerbliche Anbieter auf dem Markt vorhanden sind. Das gleiche Ergebnis wird erzielt, wenn auf dem konkreten Markt faktisch nur gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen tätig sind und allein aus diesem Grund zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Sind somit für die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme die konkreten Marktverhältnisse nicht entscheidend, sondern der Gegenstand des zu vergebenden Auftrags und die Auswahl des potentiellen Bieterkreises durch den öffentlichen Auftraggeber, bedeutet dies zugleich, dass der Auftraggeber aufgrund dieser Vorschrift zur Beschränkung des Bieterkreises berechtigt ist, um der Privilegierung gemeinnütziger Organisationen oder Vereinigungen Geltung zu verschaffen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. März 2023 - Verg 28/22, Rn. 37, 38, 41, m.w.N., juris).

98 Vorliegend hat sich die AG in Bezug auf die streitgegenständliche "Sofortmaßnahme" dafür entschieden, ausschließlich gemeinwohlorientierte Dienstleistungserbringer zu beauftragen. Ob dies Folge einer an den rechtlichen Anforderungen orientierten Erwägung war, erscheint fraglich. Gleichwohl hat sie damit von der in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, so dass zugleich der Beschaffungsvorgang nicht dem Vergaberecht unterfällt. Regelmäßig wird § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB zweifellos durch eine bewusste Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers "aktiviert" (vgl. die OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. März 2023 - Verg 28/22, zugrunde liegende Konstellation). Subjektive Erfordernisse sind der Vorschrift gleichwohl - ebenso wie den übrigen Nummern des § 107 Abs. 1 GWB - nicht zu entnehmen. Dies korrespondiert mit ihrer Qualifikation als Bereichsausnahme. Die Auffassung des OLG Hamburg, (Beschluss vom 16. April 2020 - 1 Verg 2/20, Rn. 69, juris), wonach "es ... der Ermessensausübung der zuständigen Behörde im Einzelfall [bedarf], ob eine Ausschreibung auf gemeinnützige Organisationen beschränkt und hierdurch zugleich das Vergabeverfahren gemäß Teil 4 des GWB dispensiert wird oder aber ein förmliches Vergabeverfahren unter Einschluss privater Anbieter, auf das die ... diskutierte Bereichsausnahme sodann folgerichtig nicht angewendet werden kann, durchzuführen ist", teilt der Senat daher insoweit nicht, als eine Ermessensausübung zwar im Hinblick auf einen rechtsstaatlich ordnungsgemäßen Verwaltungsvollzug grundsätzlich erforderlich ist, diese - parallel zur Entscheidung über die Inanspruchnahme der Möglichkeit zur wettbewerbsfreien inhouse-Vergabe nach § 108 GWB (vgl. EuGH, Beschluss vom 6. Februar 2020 - C-11/19, Rn. 41 ff. - Azienda) - aber nicht vom Vergaberecht erfasst, sondern diesem vorgelagert und daher nicht Gegenstand der Überprüfung im Nachprüfungsverfahren ist.

99 Letztlich kann dies aber offen bleiben, weil der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen auch deswegen nicht eröffnet ist, weil der maßgebliche Schwellenwert nicht erreicht wird (hierzu im Folgenden unter Ziffer 3.).

cc)

100 Soweit die Vergabekammer der Auffassung ist, dass das ThürRettG die Anwendung des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB sperre, ist dies rechtlich unzutreffend. Bereits Art. 10 RL 2024/24/EU ("Diese Richtlinie gilt nicht für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben: ... h) Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die folgenden CPV-Codes fallen: 75250000-3, 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") sieht eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des Vergaberechts vor, ohne Abweichungsmöglichkeiten anzusprechen. Vielmehr handelt

es sich - ebenso wie bei den vorstehenden Nummern und entsprechend der amtlichen Überschrift "Allgemeine Ausnahmen" wie auch nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers (vgl. BT-Drs. 18/6281, 78 f.) - um eine Bereichsausnahme (Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht - von Wende, 4. A., GWB § 107 Rn. 17; gleichsinnig Ziekow/Völlink/Antweiler, Vergaberecht, 5. A., GWB § 107 Rn. 9).

101 Es existiert keine Öffnungsklausel im Bundesvergaberecht, welche es den Ländern ermöglicht, eigenständig über dessen Anwendbarkeit bei gegebenem Tatbestand zu befinden. Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 22. März 2023 - Verg 28/22 unter Rn. 42 (juris) zutreffend mit Bezug zum nordrhein-westfälischen Landesrecht ausgeführt: "Enthält daher § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB die Berechtigung des öffentlichen Auftraggebers, das Auswahlverfahren auf gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen zu beschränken, kann diese durch Bundesgesetz eingeräumte Befugnis nicht durch landesrechtliche Regelungen - hier § 13 Abs. 1 RettG NRW - aufgehoben werden. Für eine solche Regelung fehlt dem Landesgesetzgeber bereits die Gesetzgebungskompetenz. Darüber hinaus enthält § 13 Abs. 1 RettG NRW aber auch inhaltlich nicht die Verpflichtung, bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen nicht nur anerkannte Hilfsorganisationen, sondern stets auch gewerbliche Anbieter zur Angebotsabgabe aufzufordern, so dass in jedem Fall ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften des 4. Teils des GWB durchzuführen ist." Dies gilt auch in Bezug auf das ThürRettG. Dass dieses insoweit von zahlreichen anderen Landesrettungsdienstgesetzen abweicht, als es - wie auch das RettG NRW - keine Privilegierung gemeinnütziger Rettungsdienstanbieter vorsieht, ist in Anbetracht der kompetenzrechtlichen Lage unerheblich. Gleiches gilt für den Umstand, dass es weder diese noch gewinnorientierte Leistungsanbieter überhaupt - und insoweit anders als das RettG NRW - benennt, vgl. §§ 6, 23 ThürRettG. In Anbetracht dessen kommt es entsprechend dem OVG Münster (Beschluss vom 16. Dezember 2022 - 13 B 839/22) "...für die Frage, ob rettungsdienstliche Leistungen i. S. d. der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB ‚von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden', ... auf die konkrete Ausschreibung und nicht darauf an, ob die einschlägige landesrechtliche Regelung zur Übertragung rettungsdienstlicher Leistungen auf Dritte gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen privilegiert."

3.

102 Der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist aber auch deswegen nicht eröffnet, weil der gemäß § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB iVm Art. 8 Abs. 1 RiLi 2014/23/EU vergaberechtlich relevante Schwellenwert von 5.382.000 € nicht erreicht ist.

a)

103 Bei der "Sofortmaßnahme" handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession i.S.v. § 105 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB. Insoweit gilt nach der EuGH-Entscheidung in der Rs. Privater Rettungsdienst und Krankentransport ... (Urteil vom 10. März 2011 - C-274/09) in Bezug auf derartige Vereinbarungen, dass, wenn ein "Wirtschaftsteilnehmer insbesondere aufgrund des Umstands, dass die Höhe der Benutzungsentgelte für die betreffenden Dienstleistungen vom Ergebnis jährlicher Verhandlungen mit Dritten abhängt und er keine Gewähr für die vollständige Deckung der im Rahmen seiner nach den Grundsätzen des nationalen Rechts durchgeführten Tätigkeiten angefallenen Kosten hat, einem, wenn auch nur erheblich eingeschränkten, Betriebsrisiko ausgesetzt ist, als vertragliche ‚Dienstleistungskonzession' im Sinne von Art. 1 Abs. 4 dieser Richtlinie zu qualifizieren ist." Der zwischenzeitliche Erlass der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments

und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe und deren Umsetzung in GWB und KonzVgV hat daran nichts geändert. Die vom EuGH zugrunde gelegte Rechtslage entspricht derjenigen nach dem ThürRettG, wonach ex ante ein feststehendes Budget je Leistungserbringer festgelegt wird, welches vom Kostenträger, der nicht mit dem AG identisch ist, finanziert wird.

104 Aus den Unterlagen ist nicht erkennbar, dass der AG ex ante eine den vergaberechtlichen Anforderungen entsprechende Konzessionswertschätzung vorgenommen hat. Ebenso wenig ist jedoch ein missbräuchliches Verhalten erkennbar. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Zeitpunkt der - rettungsdienstrechtlich erforderlich gewordenen - Leistungsausweitung und die Bestimmung von Länge und Verlängerbarkeit der Testphase. Zugleich steht nach Ansicht des Senats außer Frage, dass es sich bei der "Sofortmaßnahme" im Hinblick auf ihre Konstruktion um eine gegenüber den mit den BEI 1-4 bestehenden öffentlich-rechtlichen Verträgen eigenständige Maßnahme handelt. Eine Addition der Werte ist daher nicht geboten.

105 Die Höhe des Wertes der "Sofortmaßnahme" richtet sich nach den allgemeinen rettungsdienstlichen Vorgaben, zu denen nicht zuletzt die ThürKLNVO zählt. Für eine willkürliche Bestimmung sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Daher ist der - wenn auch wohl erst nachträglich niedergeschriebene - Schätzwert von 365.000 € für ein halbes Jahr, mithin 730.000 €/Jahr zugrunde zu legen. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass eine Verstetigung der Leistungserhöhung i.S.d. "Sofortmaßnahme" infolge ihrer Evaluierung als erforderlich angesehen wird. Die konkrete Beauftragung bezog sich allerdings nur auf die auf ein halbes Jahr befristete, wenn auch verlängerbare Testphase. Aufgrund der mündlichen Verhandlung ist der Senat zu der Überzeugung gelangt, dass eine unbefristete Beauftragung der BEI 1-4 vom AG mit der "Sofortmaßnahme" nicht beabsichtigt war. Dass es sich nicht um eine dauerhafte Regelung handelte, ergibt sich zum Einen aus der Beschlussfassung über die Sofortmaßnahme selbst und wird dadurch bestätigt, dass die angesprochene sachverständige Untersuchung der Situation und der Erfordernisse durchgeführt wurde und das Ergebnis in Papierform in der mündlichen Verhandlung vorgelegt worden ist. Auf die konkreten Ergebnisse der vorgelegten schriftlichen Ausfertigung kommt es für die Überzeugungsbildung nicht im Einzelnen an. Maßgeblich ist, dass es sich um die behauptete Untersuchung handelt. Selbst bei Zugrundelegung von wiederkehrenden Verlängerungen auf die regelmäßige Maximalbefristung von Dienstleistungskonzessionen von fünf Jahren wird der Schwellenwert damit aber nicht erreicht, so dass das Konzessionsvergaberecht (auch unabhängig von § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB) keine Anwendung findet und das Vergabenachprüfungsverfahren daher nicht eröffnet ist.

4.

106 Der Rechtsstreit ist gemäß § 17a Abs. 2 GVG i.V.m. § 52 Nr. 1, Nr. 4 VwGO, § 1 Abs. 2, Nr. 1 Anlage ThürAGVwGO an das VG Gera zu verweisen.

a)

107 Ist der beschrittene Rechtsweg unzulässig, spricht das Gericht dies nach Anhörung der Parteien von Amts wegen aus und verweist den Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 GVG zugleich an das zuständige Gericht des ersten Rechtszuges, wenn der Antragsteller sein Rechtsschutzziel erkennbar auch im anderen Rechtsweg weiterverfolgen will und weiterverfolgen kann (BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2019 - XIII ZB 119/19 -, Rn. 17, 18, juris; BGH, Beschluss vom 23. Januar 2012 - X ZB 5/11 -, Rn. 24, juris; OLG Düsseldorf,

Beschluss vom 22. März 2023 - 'Verg 28/22 -, Rn. 25, juris; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 26. Juli 2021 - 19 Verg 3/21 -, Rn. 94, juris).

b)

108 Der Rechtsstreit ist auf den entsprechenden Hilfsantrag der Antragstellerinnen an das zuständige Verwaltungsgericht zu verweisen.

109 Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, die keinem anderen Gericht zur Entscheidung zugewiesen ist, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die streitentscheidenden Normen sind dem ThürRettG zu entnehmen. Insbesondere handelt es sich nicht um eine kartellrechtliche Streitigkeit, da die AG als Aufgabenträger nach § 5 Abs. 1 ThürRettG bei der Gewährleistung und Organisation des Rettungsdienstes hoheitlich handelt und somit nicht der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Frage steht (vgl. parallel zum ÖPNV auf personenbeförderungsrechtlicher Grundlage LG Köln, Urteil vom 14. April 2016 - 88 O (Kart) 61/15). Anders als bei der Konzessionserteilung in den Bereichen Energie und ggf. Wasser (vgl. m.w.N. OLG Naumburg, Urteil v. 3.6.2022 - 7 U 6/22 Kart) fehlt es insofern an der notwendigen Marktorientierung der behördlichen Aufgabe (siehe auch EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006 - C-205/03 P - FENIN/Kommission).

110 Örtlich zuständig ist das VG Gera. Sowohl nach § 52 Nr. 1 VwGO als auch nach § 52 Nr. 4 VwGO ist das Verwaltungsgericht örtlich zuständig, in dessen Verwaltungsgerichtsbezirk die Stadt J... liegt. Dies ist nach Nr. 1 der Anlage zum ThürAGVwGO das VG Gera.

5.

111 Die Sache ist nicht gemäß § 179 Abs. 2 GWB -Divergenzvorlage - dem BGH vorzulegen.

a)

112 Voraussetzung der Divergenzvorlage ist, dass eine entscheidungserhebliche Abweichung von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichtes oder des BGH beabsichtigt ist. Das ist der Fall, wenn das vorlegende Oberlandesgericht als tragende Begründung seiner Entscheidung einen Rechtssatz zugrunde legen will, der mit einem die Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts tragenden Rechtssatz nicht übereinstimmt (BGH, Beschluss vom 1. Dezember 2008 - X ZB 31/08 -, BGHZ 179, 84-94, Rn. 9; BGH, Beschluss vom 12. November 2019 - XIII ZB 120/19 -, Rn. 14, juris). Kommt es somit darauf an, ob die Entscheidung des Vergabesenats auf der gegebenenfalls abweichenden Antwort auf die Rechtsfrage beruhen würde, hat eine Vorlage zu unterbleiben, wenn die Rechtsfrage, zu der ein Oberlandesgericht eine andere Auffassung vertreten will, offen bleiben kann. Die Abweichung muss sich also auf das Ergebnis auswirken. Hat ein anderes OLG oder der BGH eine abstrakte Rechtsfrage lediglich als obiter dictum beantwortet, begründet dies keine Vorlagepflicht (Willenbruch - Raabe, aaO, § 179 GWB, Rn. 17; Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht - Gröning, aaO, GWB § 179 Rn. 19).

b)

113 Die Voraussetzungen für eine Divergenzvorlage sind hier zum Einen nicht gegeben, weil die Entscheidung der Rechtsfrage zur Anwendbarkeit der Bereichsausnahme - wie bereits ausgeführt - auch offen bleiben kann, ohne dass sich das Ergebnis der Entscheidung ändert, da - wie ebenfalls bereits ausgeführt - auch der erforderliche Schwellenwert

nicht erreicht ist. Zum Anderen handelt es sich bei den Ausführungen des OLG Hamburg zur Ermessensausübung durch die Vergabestelle (Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 16. April 2020 - 1 Verg 2/20 -, Rn. 69, juris) auch nicht um eine für die dortige Entscheidung tragende Erwägung, da im dortigen Fall die Vergabestelle die Entscheidung bewusst getroffen und damit ihr Ermessen ausgeübt hatte (vgl. Rn. 2: "In den Vergabeunterlagen wird weiter ausgeführt, dass die Vergabe an gemeinnützige Organisationen beabsichtigt sei ("Allgemeines zum Verfahren", S. 1) und dass der Bieter unter anderem einen Nachweis über die Zustimmung der zuständigen Behörde zur Mitwirkung im Katastrophenschutz beizubringen habe") und die Ausführungen nur dazu dienten, die Rechtslage in Hamburg von der Rechtslage in anderen Ländern abzugrenzen.

6.

114 Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss ist nicht zuzulassen.

115 Gemäß § 17a Abs. 4 Satz 4, 5 GVG ist die Rechtsbeschwerde zuzulassen, wenn die Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat oder wenn das Gericht von einer Entscheidung eines obersten Gerichtshofes des Bundes oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes abweicht.

116 Die hier zur Entscheidung stehenden Rechtsfragen haben keine grundsätzliche Bedeutung. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und deswegen das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt, das heißt allgemein von Bedeutung ist (BGH, Beschluss vom 25. August 2020 - VIII ZR 59/20 -, Rn. 9, juris). Die Rechtsfrage, die sich im Rahmen der Entscheidung über die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme stellt, ist - wie bereits ausgeführt - weder im vorliegenden Falle tragend noch war sie es in der Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg. Die Entscheidung über die Erreichung des Schwellenwertes beruht auf den Besonderheiten der hier zu Entscheidung stehenden Fallgestaltung.

7.

117 Die Rechtssache ist nicht dem EuGH vorzulegen, da der Senat sich bei der Frage der Konformität des ThürRettG iVm § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB im Rahmen der zitierten grundlegenden Entscheidung des EuGH hält.

8.

118 Die nach der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsätze der Antragstellerinnen vom 12.05.2024 und vom 14.05.2024 hat der Senat zur Kenntnis genommen und in rechtlicher Hinsicht bedacht. Nach § 175 Abs. 2 iVm § 65 Abs. 1 GWB entscheidet der Senat aufgrund mündlicher Verhandlung. Sollen Umstände nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Berücksichtigung finden, ist entsprechend §§ 175 Abs. 2, 72 Nr. 2 GWB, 156 ZPO über den Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung zu befinden (Willenbruch - Raabe, aaO, § 175 GWB, Rn. 29; Beckscher Vergaberechtskommentar, 4. A., § 175 GWB, Rn. 27; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019 - Verg 66/18 -, Rn.

67, juris). Die weiteren Ausführungen der Antragstellerinnen geben hier keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

9.

119 Eine Entscheidung über die Kosten des Verfahrens vor dem Senat ergeht nicht, weil sie als Teil der Kosten behandelt werden, die bei dem Gericht erwachsen, an das der Rechtsstreit verwiesen wurde (§ 17b Abs. 2 S. 1 GVG). Entsprechend bedarf es nicht der Festsetzung eines Gegenstandswerts nach § 50 Abs. 2 GKG (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. März 2023 - Verg 28/22 -, Rn. 65, juris; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 26. Juli 2021 - 19 verg 3/21 -, Rn. 96, juris).

120 Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Nachprüfungsverfahren notwendigen Kosten der Antragsgegnerin hat die Antragstellerin nach dem Rechtsgedanken des § 17b Abs. 2 S. 2 GVG zu tragen. Von § 17b Abs. 2 S. 1 GVG werden diese Kosten unmittelbar nicht erfasst, da sie nicht in einem gerichtlichen Verfahren entstanden sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. März 2023 - Verg 28/22 -, Rn. 66, juris)

121 Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der AG im Verfahren vor der Vergabekammer wird gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG für notwendig erklärt. Da das Gesetz insoweit keine Regel vorgibt, kann die Frage der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts nicht schematisch beantwortet werden; es ist - wie auch sonst, wenn es um die Notwendigkeit verursachter Kosten geht - eine Entscheidung geboten, die den Umständen des Einzelfalls gerecht wird. Hierzu ist die Frage zu beantworten, ob der Beteiligte unter den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, der im Hinblick auf eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren von Bedeutung ist, hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen. Hierfür können neben Gesichtspunkten wie der Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, der Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen auch rein persönliche Umstände bestimmend sein wie etwa die sachliche und personelle Ausstattung des Beteiligten, also beispielsweise, ob er über eine Rechtsabteilung oder andere Mitarbeiter verfügt, von denen erwartet werden kann, dass sie gerade oder auch Fragen des Vergaberechts sachgerecht bearbeiten können, oder ob allein der kaufmännisch gebildete Geschäftsinhaber sich des Falls annehmen muss. Ein Beigeladener ist kostenrechtlich wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn er die durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren auch nutzt, indem er sich an diesem Verfahren beteiligt (BGH, Beschluss vom 26. September 2006 - X ZB 14/06 -, BGHZ 169, 131-153, Rn. 61, 63). Bei Anwendung dieser Grundsätze durfte die Antragsgegnerin die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für erforderlich erachten, da sowohl die aufgeworfene Frage der Bereichsausnahme als auch der Erreichung des Schwellenwertes schwierig waren. Im übrigen findet eine Kostenerstattung mangels Antragstellung und hinreichend aktiver Beteiligung der Beigeladenen im Verfahren vor der Vergabekammer aus Billigkeitsgründen nicht statt.