BayObLG, Beschluss v. 09.11.2021 – Verg 5/21

Titel:

Referenzen für Rettungsdienst

Normenketten:

GG Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3, Art. 101 Abs. 1 S. 2, Art. 103 Abs. 1

GWB § 61, § 71 Abs. 1, § 97 Abs. 6, § 122, § 152 Abs. 2, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, § 166 Abs. 1 S. 3, § 168 Abs. 3 S. 4, § 172, § 173 Abs. 1 S. 3, Abs. 2, § 175 Abs. 2, § 178 Abs. 3

VwVzG § 5 Abs. 1, Abs. 4

VwGO § 80

ZPO § 416

AEUV Art. 267 Abs. 2, Abs. 3

RL 2004/18/EG Art. 44 Abs. 2 UAbs. 2

Konzessionsvergabe-RL Art. 38 Abs. 1 S. 1

GZVJu § 33 Abs. 3

AVBayRDG § 19 Abs. 1, § 24 Abs. 1 Nr. 3 S. 4, Abs. 3 S. 2, § 43 Abs. 1 S. 1

BayRDG Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 7, Art. 29 Abs. 4, Art. 37 ff., Art. 43 Abs. 1 S. 1

BayVwVfG Art. 49 Abs. 2 Nr. 3

Leitsätze:

1. Art. 103 Abs. 1 GG erfasst nicht das rechtliche Gehör im Verfahren vor der Vergabekammer. Maßgeblich ist insoweit das durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gewährleistete Grundrecht auf ein faires Verfahren. (Rn. 58 – 61)

2. Die aufschiebende Wirkung einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage steht der Berücksichtigung des angegriffenen Verwaltungsakts im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nicht entgegen. (Rn. 75)

3. Das Verlangen nach Referenzprojekten für „vergleichbare“ Leistungen bedeutet nicht, dass das Leistungsbild der herangezogenen Aufträge mit dem ausgeschriebenen Auftrag identisch sein müsste. Vielmehr genügt es, dass die Referenzleistung der ausgeschriebenen Leistung so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet. (Rn. 82)

4. Bei der Bewertung der Frage der Vergleichbarkeit der Referenz kommt der Vergabestelle ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. (Rn. 82)

Schlagworte:

Vergabeverfahren, Nachprüfung, Referenzen, sofortige Beschwerde, fachliche Eignung, Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts, aufschiebende Wirkung, mündliche Verhandlung, Coronavirus, Gehörsverletzung, rechtsstaatliches Verfahren, Dienstleistungskonzession, Rettungsdienst, Krankentransport, Vergabe-RL 2004, RL 2014/23/EU

Fundstellen:

VergabeR 2022, 452

LSK 2021, 36050

NZBau 2022, 308

Tenor

I. Die sofortige Beschwerde wird zurückgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und des Beigeladenen zu tragen.

Gründe

A.

1
Der Antragsgegner beabsichtigte, eine Dienstleistungskonzession zu Stationierung und Betrieb eines Rettungswagens zu vergeben. Ein erstes Vergabeverfahren, damals noch zu einem anderen Standort, war auf die Rüge eines Beteiligten aufgehoben worden. Nach Abschluss der Nachprüfung eines zweiten Vergabeverfahrens entschloss sich der Antragsgegner, nunmehr die Konzession für den Standort … zu vergeben. Eine Veröffentlichung der Vorinformation der Konzessionsbekanntmachung erfolgte im Wege einer europaweiten Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 25. Juni 2020.

2
In Ziffer III.1.4 der Bekanntmachung heißt es unter anderem:

Die Eignungskriterien/Eignungsnachweise sind in Ziffer 11 lit. b) der Bewerbungsbedingungen (Teil A der Vergabeunterlagen) im Einzelnen aufgeführt □…□. Danach gelten folgende Mindestanforderungen an die Eignung:

1. Eine vergleichbare Referenz aus dem Zeitraum von 2017 bis 2019,

2. Nachweis der fachlichen Eignung der zur Führung der Geschäfte berechtigten Person(en)

□…□

3
In Ziffern 11 und 12 der Bewerbungsbedingungen (Teil A der Vergabeunterlagen) sind im Einzelnen die Teilnahmebedingungen/Mindestanforderungen i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 KonzVgV benannt. □…□ In den Bewerbungsbedingungen ist unter Ziffer 11. Buchst. b) unter anderem Folgendes vorgegeben:

Zur Beurteilung der Eignung nach Maßgabe der oben geschilderten Anforderungen sind die nachfolgend geforderten Unterlagen, Erläuterungen und Nachweise mit dem Angebot vorzulegen

□…□

2) Eigenerklärung zu Referenzen (siehe Anlage 5 der Vergabeunterlagen). Der Bieter hat mit seinem Angebot vergleichbare Referenzen aus den Jahren 2016 bis 2018 zu benennen. □…□

3) Nachweis(e) der fachlichen Eignung der zur Führung der Geschäfte des Bieters berechtigten Person(en) gemäß § □richtig: Art.□ 24 Abs. 1 Nr. 3 BayRDG und §§ 19 ff. AVBayRDG. □…□ Das als Anlage 5 der Vergabeunterlagen bezeichnete Formblatt enthält zum Gegenstand der Referenztätigkeit ein Feld mit folgender Eintragungsvorgabe: 4) Gegenstand des Auftrags bzw. der Konzession (möglichst detaillierte Angabe, ob und □sic!□ Leistungen der Notfallrettung im Rahmen des öffentlichen Rettungsdienstes erbracht werden - ggf. auf gesondertem Beiblatt)

4
Am Ende des Formblatts findet sich unter anderem folgender Text:

Auf die Mindestanforderung hinsichtlich der Referenzen gem. Ziffer 11 lit. b) der Bewerbungsbedingungen wird hingewiesen.

5
Die Antragstellerin und der Beigeladene reichten fristgerecht Angebote ein.

6
Der Antragsgegner teilte der Antragstellerin mit Informationsschreiben nach § 134 GWB vom 2. Oktober 2020 mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot des Beigeladenen zu erteilen.

7
Mit Schreiben vom 9. Oktober 2020 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Auftragsvergabe an den Beigeladenen als rechtswidrig, da dessen Eignung nicht gegeben sei. Der Beigeladene verfüge über keine Referenzen in Bezug auf den Betrieb von Rettungswagen, da er bislang lediglich im Krankentransport tätig gewesen sei; Referenzen im Bereich Krankentransport seien jedoch nicht vergleichbar mit der ausgeschriebenen Leistung. Zudem verfüge der Beigeladene nicht über die in § 24 Abs. 2 AVBayRDG normierten Voraussetzungen für die Führung eines Unternehmens. Auch habe er in seinem Angebot angegeben, dass in seinem Unternehmen 13 Rettungsassistenten angestellt seien, tatsächlich beschäftige er aber nur fünf Rettungsassistenten. Deshalb sei er als unzuverlässig zu qualifizieren und auszuschließen.

Schließlich habe der Beigeladene in seinem Angebot auf eine angebliche Pflichtfortbildung von 30 Stunden hingewiesen. Tatsächlich sei der geforderte Umfang der Pflichtfortbildung bei Notfallsanitätern wesentlich höher, so dass die Mitarbeiter des Beigeladenen nicht ausreichend fortgebildet würden und dieser damit nicht geeignet sei.

8
Da ihren Rügen nicht abgeholfen wurde, hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 12. Oktober 2020 einen Nachprüfungsantrag gestellt. Sie hat geltend gemacht, dass ihr Nachprüfungsantrag zulässig sei, insbesondere habe sie die geltend gemachten Vergabefehler rechtzeitig gerügt. Zur Begründetheit ihres Antrags wiederholt und vertieft sie die bereits im Rügeschreiben dargelegten Einwände gegen die Eignung des Beigeladenen.

9
Die Antragstellerin hat beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, im Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession für die Stationierung und den Betrieb eines Rettungswagens am Standort … (2020/S. 121-297819) den Zuschlag auf das Angebot des Beigeladenen zu erteilen, und

2. dem Antragsgegner aufzugeben, für den Fall, dass er an dem Beschaffungsvorhaben festhalte, die Angebote unter Ausschluss des Angebots des Beigeladenden erneut zu werten.

10
Der Antragsgegner hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

11
Zur Begründung hat er sich darauf berufen, dass die Antragstellerin mit ihrem Vortrag zur Vergleichbarkeit der Referenzen gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB präkludiert sei, da aus früheren Verfahren bekannt gewesen sei, dass Referenzen aus dem Bereich des Krankentransports als vergleichbar gewertet werden würden, so dass für die Antragstellerin aus der Bekanntmachung erkennbar gewesen sei, dass er auch vorliegend wieder Referenzen aus dem Bereich des öffentlichen Krankentransports akzeptieren werde.

12
Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet, da die vom Beigeladenen eingereichte Referenz vergleichbar sei. Er habe sich bewusst dagegen entschieden, ausschließlich Referenzen aus dem Bereich der Notfallrettung zu fordern, um den Wettbewerb nicht zu stark zu verengen. Die Vergleichbarkeit der Referenz des öffentlichrechtlichen Krankentransports sei gegeben, weil sowohl beim Krankentransport als auch bei der Notfallrettung Personen transportiert würden, die während der Fahrt einer medizinischen Betreuung durch nichtärztliches medizinisches Fachpersonal oder der besonderen Einrichtung des Fahrzeugs bedürften.

13
Ferner verfange der Vorwurf der Antragstellerin nicht, der Beigeladene habe keinen Nachweis der fachlichen Eignung nach Art. 24 Abs. 1 Nr. 3 BayRDG und §§ 19 ff. AVBayRDG erbracht, denn der Beigeladene habe einen entsprechenden Nachweis der Industrie- und Handelskammer für … in … mit seinem Angebot vorgelegt; in diesem Dokument sei ausdrücklich festgestellt, dass die Voraussetzungen im Sinne des Art. 24 Abs. 1 Nr. 3 BayRDG zur Führung eines Unternehmens des Krankentransports und der Notfallrettung vom Beigeladenen nachgewiesen seien.

14
Die Beanstandung der Antragstellerin, dass der Beigeladene über keinen Mitarbeiter verfüge, der die Berufsbezeichnung „Notfallsanitäter“ führen dürfe, sei nicht verständlich; er - der Antragsgegner - habe weder mittelbar noch unmittelbar die Forderung aufgestellt, dass die Bieter über Personal mit der Qualifikation als Notfallsanitäter verfügen müssten. Dementsprechend seien hierzu - anders als in der vorangegangenen Ausschreibung - von den Bietern weder Angaben gefordert noch gemacht worden.

15
Der Beigeladene hat ebenfalls beantragt, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

16
Die Vergabekammer hat sich im Hinblick auf die Corona-Pandemie und die damit verbundenen Risiken einer mündlichen Verhandlung um die Zustimmung der Beteiligten zum schriftlichen Verfahren oder einer Videokonferenz bemüht. Sie hat mit Schreiben vom 25. Januar 2021 näher dargelegt, weswegen sie den Nachprüfungsantrag nicht für aussichtsreich halte. Die Antragstellerin ist weder mit schriftlicher Entscheidung einverstanden gewesen noch mit der Durchführung einer Videokonferenz.

17
Mit Beschluss vom 29. März 2021 hat die Vergabekammer ohne mündliche Verhandlung den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen, der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und des Beigeladenen auferlegt und festgestellt, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner und den Beigeladenen jeweils notwendig gewesen sei.

18
Zur Begründung ihrer Entscheidung, auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten, hat die Vergabekammer ausgeführt, dass zwar der Nachprüfungsantrag aufgrund der zu erörternden Rechtsfragen nicht als offensichtlich unbegründet im Sinne des § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB angesehen werden könne, sie aber gleichwohl ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung habe entscheiden dürfen. Das Beharren der Antragstellerin auf einer mündlichen Verhandlung sei angesichts der pandemiebedingten besonderen Risiken eines Termins und der unverhältnismäßig langen Dauer des Verfahrens rechtsmissbräuchlich. Den Beteiligten sei ausreichend rechtliches Gehör gewährt worden und der Sachverhalt stehe fest, so dass eine Entscheidung in der Sache möglich sei.

19
Der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Insbesondere stehe der Zulässigkeit keine Rügepräklusion entgegen.

20
Der Nachprüfungsantrag sei jedoch nicht begründet. Der Antragsgegner habe die Referenz des Beigeladenen aus dem Bereich des Krankentransports ermessensfehlerfrei als vergleichbar mit der ausgeschriebenen Leistung angesehen. Gemäß § 122 Abs. 1 GWB seien öffentliche Aufträge an geeignete Unternehmer zu vergeben. Welche Anforderungen an die Eignung gestellt würden, bestimme der Auftraggeber durch entsprechende Vorgaben in der Ausschreibung. Es genüge, dass die Referenzleistung der ausgeschriebenen Leistung so weit ähnele, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffne. Es könne kein Ermessensfehler des Antragsgegners darin gesehen werden, dass er die Referenz über die Durchführung von Krankentransportleistungen an einem Standort vergleichbar mit der Durchführung des Notfalltransportes ansehe. Die Erbringung von Krankentransportdienstleistungen umfasse zum großen Teil dieselben grundlegenden betriebsorganisatorischen Tätigkeiten wie die der Notfallrettung. Der Beigeladene habe auch den geforderten Nachweis der fachlichen Eignung erbracht. Gefordert seien „Nachweis(e) der fachlichen Eignung der zur Führung der Geschäfte des Bieters berechtigten Person(en) gemäß Art. 24 Abs. 1 Nr. 3 BayRDG und §§ 19 ff. AVBayRDG“ gewesen. Diese Nachweise habe der Beigeladene auch für die geschäftsführenden Personen erbracht. Sie sehe auch keinerlei Anhaltspunkte im Angebot des Beigeladenen dafür, dass dieser, wie von der Antragstellerin behauptet, falsche Angaben zur Mitarbeiteranzahl oder Anzahl der Fortbildungsstunden gemacht hätte.

21
Der Beschluss der Vergabekammer ist den Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners und des Beigeladenen jeweils am 7. April 2021 zugestellt worden. Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin hat die Zustellung mit auf den 14. April 2021 datiertem Empfangsbekenntnis bestätigt.

22
Gegen diesen Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer - entgegen der zutreffenden Rechtsbehelfsbelehrung:im Beschluss - an das Oberlandesgericht München gerichteten sofortigen Beschwerde vom 23. April 2021. Das Oberlandesgericht hat den Beschwerdeschriftsatz dem Bayerischen Obersten Landesgericht zugeleitet, bei dem er am 26. April 2021 eingegangen ist.

23

Zur Begründung wiederholt und vertieft die Antragstellerin ihr Vorbringen vor der Vergabekammer. Zudem trägt sie vor, der Beigeladene habe in seinem Angebot im Hinblick auf die Vorgaben der Konzessionsbekanntmachung angegeben, er habe die Fachkundeprüfung zum „Führen eines Unternehmens im Rettungsdienst und Krankentransport“ erfolgreich abgelegt. Allerdings habe der Beigeladene gegenüber der für die Fachkundeprüfung zuständigen Industrie- und Handelskammer falsche Angaben gemacht; damit habe er die Bescheinigung über das Bestehen der Fachkundeprüfung zum „Führen eines Unternehmens im Rettungsdienst und Krankentransport“ durch Täuschung erwirkt. Wie sie erst Anfang April 2021 erfahren habe, habe ihm die Industrie- und Handelskammer für … und … im Jahr 2015 bescheinigt, dass die von ihm angeblich in den letzten zwei Jahren zuvor erbrachten Rettungsdienstleitungen gleichwertig mit Leistungen der Notfallrettung seien; damit sei dem Beigeladenen die Fachkunde für den Bereich Notfallrettung bescheinigt worden. Tatsächlich habe der Beigeladene aber nach 2006 überhaupt keine Rettungsdienstleistungen mehr erbracht. Aus diesem Grund habe sie - die Antragstellerin - mit Schriftsatz vom 14. April 2021 gegen die Industrie- und Handelskammer für … und … Klage mit dem Antrag erhoben, die zugunsten des Beigeladenen erteilte Anerkennung von Krankentransportleistungen als gleichwertig mit Notfallrettungsdienstleistungen aufzuheben. Gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO habe diese Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung. Bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Anfechtungsklage seien die vom Beigeladenen der Industrie- und Handelskammer für … und … mitgeteilten und angeblich erbrachten Rettungsdienstleistungen nicht als gleichwertig mit Notfallrettungsdienstleistungen anzusehen.

24
Der Sohn des Beigeladenen habe die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung „Notfallsanitäter“ durch unzutreffende Angaben erwirkt. Diese Erlaubnis sei ihm im vergangenen Jahr von der Regierung … erteilt worden, ohne dass die Voraussetzungen hierfür erfüllt gewesen seien. Mit Schriftsatz vom 4. Februar 2021 habe sie Klage mit dem Antrag erhoben, die dem Sohn des Beigeladenen erteilte Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung „Notfallsanitäter“ aufzuheben. Auch diese Anfechtungsklage habe aufschiebende Wirkung. Deshalb dürfe der Sohn des Beigeladenen bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Anfechtungsklage von der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung „Notfallsanitäter“ keinen Gebrauch machen.

25
Die Antragstellerin ist der Auffassung, die Vergabekammer habe einen schweren Verfahrensfehler begangen, indem sie ohne mündliche Verhandlung entschieden habe, obwohl die Tatbestandsvoraussetzungen des § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB nicht erfüllt gewesen seien. Dieser Verfahrensfehler führe zur Zurückverweisung der Sache an die Vergabekammer. Einen rechtlichen Hinweis auf ihre Rechtsauffassung, wonach die Verweigerung der Zustimmung zu einer Erörterung der Sach- und Rechtslage in Form einer Videokonferenz durch die Antragstellerin rechtsmissbräuchlich sei, habe die Vergabekammer vor ihrer Entscheidung nicht erteilt. Die einfache - nicht offensichtliche - Unbegründetheit eines Nachprüfungsantrags rechtfertige nach dem Wortlaut des § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB keinen Verzicht auf eine mündliche Verhandlung. Hätte die Vergabekammer den nach Art. 103 Abs. 1 GG gebotenen Hinweis erteilt, so hätte sie - die Antragstellerin - vorgetragen, dass die Ablehnung einer Erörterung der Sach- und Rechtslage in einer Videokonferenz keineswegs rechtsmissbräuchlich sei. Zur Begründung hätte sie zum einen darauf hingewiesen, dass sie keine Kenntnis von angeblichen Schwierigkeiten der Vergabekammer beim Reservieren von Sitzungssälen gehabt habe, da es von Seiten der Vergabekammer nie einen Hinweis auf solche Schwierigkeiten gegeben habe. Zum anderen hätte sie deutlich gemacht, dass die Vergabekammer mit ihrer vorläufigen Rechtsauffassung zur angeblichen Gleichwertigkeit von Notfalltransportdienstleistungen mit Notfallrettungsdienstleistungen übersehe, dass die normativen Anforderungen für die Erbringung von Notfallrettungsdienstleistungen wesentlich höher seien als für Notfalltransportdienstleistungen und dass diese normativen Vorgaben einen eventuellen Ermessensspielraum des Antragsgegners bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit von Leistungen auf Null reduzierten.

26
Die Antragstellerin hat zunächst beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer Südbayern als verfahrensfehlerhaft aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung an die Vergabekammer zurückzuverweisen;

2. hilfsweise - für den Fall, dass der Antrag zu 1. nicht in vollem Umfang Erfolg haben sollte -, den Beschluss der Vergabekammer Südbayern aufzuheben und

a) dem Antragsgegner zu untersagen, im Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession für die Stationierung und den Betrieb eines Rettungswagens am Standort … (2020/S. 121- 297819) den Zuschlag auf das Angebot des Beigeladenen zu erteilen;

b) dem Antragsgegner aufzugeben, für den Fall, dass er an dem Beschaffungsvorhaben festhält, die Angebote unter Ausschluss des Angebots des Beigeladenen erneut zu werten;

c) die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Für den Fall, dass der Senat der Auffassung sein sollte, dem Antragsgegner stehe in Bezug auf die Bewertung der Vergleichbarkeit von Referenzen mit der ausgeschriebenen Leistung einer weiter Beurteilungsspielraum zu, hat die Antragstellerin beantragt,

dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV die folgenden Fragen vorzulegen:

1. Ist Art. 38 Abs. 1 Satz 1 RL 2014/23/EU dahin auszulegen, dass eine Referenz berücksichtigt werden kann, wenn die rechtlichen Voraussetzungen für die Durchführung der Konzession nach nationalem Recht wesentlich höher sind als die rechtlichen Voraussetzungen für die Erbringung der als Referenz aufgeführten Leistung?

2. Ist Art. 38 Abs. 1 Satz 1 RL 2014/23/EU dahin auszulegen, dass ein Beurteilungsspielraum der Vergabestelle bei der Prüfung von Referenzen besteht und diese „vergleichbare Leistungen“ als Referenzen heranziehen darf? Außerdem hat sie beantragt,

die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern.

27
Nachdem der Senat den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung mit Beschluss vom 28. Mai 2021 mangels Erfolgsaussichten in der Sache abgelehnt hatte, erteilte der Antragsgegner mit Schreiben vom 1. Juni 2021 dem Angebot des Beigeladenen den Zuschlag.

28
Die Antragstellerin ist weiterhin der Auffassung, dass die vom Beigeladenen vorgelegte Referenz nicht ausreiche. Der Antragsgegner habe unter Ziffer 4 des Formblatts gemäß Anlage 5 der Vergabeunterlagen ausdrücklich verlangt, dass der Bieter Referenzen über „Leistungen der Notfallrettung im Rahmen des öffentlichen Rettungsdienstes“ vorlegen müsse; diese Anforderung erfülle der Beigeladene mit der von ihm vorgelegten Referenz über Krankentransportleistungen nicht. Das Verwaltungsgericht … habe in einem Beschluss vom 17. November 2015, RN 4 E 15.1238, zu einer Vergabe einer Rettungswache gerade mit Bezug auf den Beigeladenen festgestellt, dass Aussagen zu dessen Eignung in Bescheiden, die sich auf den Krankentransport bezögen, nicht auf den Bereich der Notfallrettung übertragen werden könnten, weil keine Deckungsgleichheit bestehe.

29
Der Senat habe in seinem Beschluss vom 28. Mai 2021 die aufschiebende Wirkung ihrer Anfechtungsklage gegen die Industrie- und Handelskammer … und … vor dem Verwaltungsgericht … verkannt. Die Anfechtungsklage führe zu einer vorläufigen Hemmung der inneren Wirksamkeit des angefochtenen Verwaltungsakts; Konsequenz daraus sei, dass weder der Beigeladene noch der Antragsgegner aus dem vor dem Verwaltungsgericht … angefochtenen Verwaltungsakt irgendwelche für den Beigeladenen positive Schlussfolgerungen ziehen dürften.

30
Schließlich habe der Senat ihr Recht auf Entscheidung durch den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dadurch verletzt, dass er es unterlassen habe, den Fall nach Art. 267 Abs. 3 AEUV dem Gerichtshof der Europäischen Union vorzulegen, weil er nicht gesehen habe, dass die Angemessenheit eines Eignungsnachweises für Leistungen der Notfallrettung nach Unionsrecht dann zweifelhaft sei, wenn es im nationalen Recht für die Erbringung solcher Leistungen auf normativer Grundlage wesentlich strengere Anforderungen gebe als für die Erbringung von Rettungsdienstleistungen.

31
Zuletzt beantragt die Antragstellerin,

festzustellen, dass sie durch die Entscheidung des Antragsgegners, den Zuschlag auf das Angebot des Beigeladenen zu erteilen, in ihren Rechten verletzt sei.

32
Der Antragsgegner beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

33
Er erachtet den Rechtsbehelf als unzulässig. Es sei davon auszugehen, dass der Beschluss der Vergabekammer der Antragstellerin wie ihm am 7. April 2021 zugestellt worden sei; in diesem Fall wäre die Beschwerdefrist am 21. April 2021 abgelaufen und der Eingang der Beschwerde am 26. April 2021 zu spät gewesen. Die Behauptung der Antragstellerin, ihr sei der Beschluss erst am 14. April 2021 zugestellt worden, werde nicht belegt; es sei auch nicht erklärlich, warum die Zustellung an die Antragstellerin eine Woche länger gedauert haben solle als an ihn. Deshalb gehe er davon aus, dass die sofortige Beschwerde nicht fristgerecht eingereicht worden sei.

34
Unabhängig davon sei die Vergabekammer zutreffend davon ausgegangen, dass der Nachprüfungsantrag und somit auch die sofortige Beschwerde unbegründet seien.

35
Im Übrigen sei, ohne dass es darauf im Ergebnis ankäme, nochmals darauf hinzuweisen, dass die Rüge der Antragstellerin auch präkludiert sein dürfte. Denn er habe im vorangegangenen ersten Vergabeverfahren 2018 alle Bieter und somit auch die Antragstellerin darüber informiert, dass er Referenzen über Leistungen im Bereich des Krankentransportes als vergleichbar bewerte. Zudem sei ihr auch aus dem ebenfalls vorangegangenen zweiten Vergabeverfahren bekannt gewesen, dass er die Referenzen des Beigeladenen als vergleichbar werten werde, denn die Wertung des Angebots des Beigeladenen sei bereits Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gewesen. In diesem aufgehobenen Vergabeverfahren sei dieselbe Mindestanforderung wie vorliegend gestellt worden. Mithin sei für die Antragstellerin aus der Bekanntmachung erkennbar gewesen, dass er auch vorliegend wieder Referenzen aus dem Bereich des öffentlichen Krankentransports akzeptieren werde. Die Rüge nach Ablauf der Angebotsfrist sei also nicht nur unbegründet, sondern nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB auch verspätet.

36
Der Beigeladene beantragt ebenfalls,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

37
Er ist der Auffassung, die sofortige Beschwerde sei schon unzulässig, weil sie weder fristgerecht eingelegt noch ordnungsgemäß begründet sei. Die Antragstellerin behaupte zwar, dass ihr der angegriffene Beschluss erst am 14. April 2021 zugestellt worden sei; sie habe aber seit einer über das besondere elektronische Anwaltspostfach am 8. April 2021 zugestellten Zahlungsaufforderung gewusst, dass die Vergabekammer den Beschluss erlassen habe. Ob der Beschluss tatsächlich erst am 14. April 2021 zugestellt worden sei oder ob der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin nur nicht vorher das Empfangsbekenntnis abgegeben habe, könne er nicht überprüfen. Es mute allerdings sehr ungewöhnlich an, dass der Beschluss ihm eine ganze Woche früher zugestellt worden sein solle; es dränge sich die Vermutung einer weiteren Verzögerung auf, was zu dem Schluss der verspäteten Einlegung der Beschwerde führe. Die Beschwerde sei auch nicht ordnungsgemäß begründet, weil an weiten Stellen eine Auseinandersetzung mit der rechtlichen Würdigung der Vergabekammer fehle. Im Wesentlichen beschränke sich die Antragstellerin darauf, ihre erstinstanzlichen Argumente zu wiederholen, das genüge den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Beschwerdebegründung i. S. d. § 172 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht, denn es sei nicht wirklich erkennbar, welche Beanstandungen die Antragstellerin gegen die Entscheidung der Vergabekammer erhebe.

38
Der Beigeladene erachtet die sofortige Beschwerde auch als unbegründet.

39
Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vergabekammer liege nicht vor. Zwar habe die Antragstellerin die inhaltlichen Anforderungen aus Art. 103 Abs. 1 GG im Ansatz korrekt erläutert. Sodann zeige sich aber, dass sie auch bei dieser Rüge im Wesentlichen auf Verzögerung abziele. Es habe erstinstanzlich keinen neuen Tatsachenvortrag gegeben, der in einer mündlichen Verhandlung noch hätte ausgewertet werden können. Die rechtlichen Erwägungen seien ausführlich in zahlreichen Schriftsätzen und Hinweisen der Vergabekammer ausgetauscht gewesen.

40
Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet gewesen. Die Antragstellerin sei nicht nur mit ihrer Rüge präkludiert, dass Referenzen aus dem Bereich Krankentransport als vergleichbar behandelt worden seien, sondern auch mit ihrem - erstmals in zweiter Instanz vorgenommenen - Angriff auf seinen Fachkundenachweis. Sie behaupte, sein Unternehmen so gut zu kennen, dass sie sogar wisse, was in seinem hier zugrundeliegenden Angebot gestanden habe; es sei daher nicht nachvollziehbar, dass sie den Umstand seines Fachkundenachweises erst im April 2021 erfahren habe. Seine in der zweiten Instanz erstmals angegriffene fachliche Eignung sei von der zuständigen Industrie- und Handelskammer tatsächlich nach Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 AVBayRDG bescheinigt worden. Er habe mit seiner Bescheinigung den vom Antragsgegner geforderten Fachkundenachweis beigebracht. Darüber hinaus habe auch sein Sohn die notwendige Fachkunde, welche ebenfalls nachgewiesen worden sei. Die beiden Klagen der Antragstellerin bzw. ihres Mitarbeiters und früheren Geschäftsführers gegen diese Bescheinigung bzw. Erlaubniserteilung seien bereits unzulässig, aber auch unbegründet.

41
Ergänzend wird auf den Beschluss der Vergabekammer vom 29. März 2021, das Protokoll der Sitzung am 9. November 2021 und die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg.

42
I. Sie ist allerdings zulässig.

43
1. Insbesondere ist sie fristgerecht bei dem gemäß § 33 Abs. 3 BayGZVJu in der seit dem 1. Januar 2021 geltenden Fassung zuständigen Bayerischen Obersten Landesgericht eingegangen.

44
a) Zwar ist die sofortige Beschwerde an das unzuständige Oberlandesgericht München gerichtet gewesen. Die falsche Adressierung hindert indes die Wahrung der Frist für einen Rechtsbehelf nicht, wenn der Rechtsbehelfsschriftsatz an das zuständige Gericht weitergeleitet wird und dort binnen offener Frist eingeht. Das ist vorliegend der Fall.

45
b) Die Zwei-Wochen-Frist gemäß § 172 Abs. 1 GWB ist gewahrt.

46
Die Vergabekammer hat ihren Beschluss vom 29. März 2021 den Verfahrensbevollmächtigten gegen Empfangsbekenntnis „über die Zustellung eines Schriftstücks an folgende Anschrift (Art. 5 Abs. 1 VwZVG)“ übermittelt, wobei in der Akte der Vergabekammer „Versandart: Papier“ angegeben ist (Bl. 1430 d. A. VK). Der Bevollmächtigte des Antragsgegners hat das Empfangsbekenntnis mit der Datumsangabe „14.4.21“ unterzeichnet und per Telefax an die Vergabekammer zurückgeschickt (Bl. 1429 d. A. VK).

47
Die zweiwöchige Notfrist des § 172 Abs. 1 GWB beginnt mit der Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer, für die gemäß § 168 Abs. 3 Satz 4 GWB in der seit dem 19. Januar 2021 geltenden Fassung § 61 Abs. 1 und 2 GWB entsprechend gelten. Die Verweisung in § 61 Abs. 1 Satz 1 GWB bezieht sich - auch für die Landeskartellbehörden - auf das Verwaltungszustellungsgesetz des Bundes (vgl. Bracher in Jaeger/Kokott/ Pohlmann/ Schroeder, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 99. Lieferung 03.2021, § 61 GWB, Rn. 19; Fett in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, GWB § 168 Rn. 71; Antweiler in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 168 Rn. 78). Nach § 5 Abs. 4 VwZG können Dokumente insbesondere an den dort genannten

besonders vertrauenswürdigen Adressatenkreis (vgl. BT-Drs. 15/5216 S. 13), zu dem Rechtsanwälte gehören, gegen Empfangsbekenntnis zugestellt werden.

48
Die Zustellung gegen Empfangsbekenntnis ist dann als bewirkt anzusehen, wenn der Rechtsanwalt das ihm zugestellte Schriftstück mit dem Willen entgegengenommen hat, es als zugestellt gegen sich gelten zu lassen, und dies auch durch Unterzeichnung des Empfangsbekenntnisses beurkundet. Das Empfangsbekenntnis ist nicht bloßes Beweismittel, sondern zudem Voraussetzung für die Wirksamkeit der Zustellung (vgl. BVerfG, Beschl. 27. März 2001, 2 BvR 2211/97, NJW 2001, 1563 [juris Rn. 19]). Es bringt aber als Privaturkunde nach § 416 ZPO auch grundsätzlich Beweis nicht nur für die Entgegennahme des darin bezeichneten Schriftstücks, sondern auch für den Zeitpunkt dessen Empfangs; der Gegenbeweis für die Unrichtigkeit der im Empfangsbekenntnis enthaltenen Angaben ist zwar zulässig, erfordert aber, dass die Richtigkeit der Angaben im Empfangsbekenntnis nicht nur erschüttert wird, sondern die Möglichkeit, die Angaben in dem Empfangsbekenntnis könnten richtig sein, ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2021, IX ZB 41/20, juris Rn. 10; Beschluss vom 11. September 2018, XI ZB 4/17, NJW-RR 2018, 1400 Rn. 5 m. w. N.; Wagner/Ernst NJW 2021, 1564 Rn. 12).

49
Danach ist im Streitfall von der Richtigkeit der Datumsangabe „14.4.21“ in dem vom Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin ausgefüllten Empfangsbekenntnis auszugehen. Dass der Beschluss den Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners und des Beigeladenen bereits eine Woche früher zugestellt worden ist, ist nicht geeignet, die Möglichkeit der Richtigkeit dieser Angabe auszuschließen.

50
Die Zwei-Wochen-Frist gemäß § 172 Abs. 1 GWB hat mit der Zustellung am 14. April 2021 begonnen. Die sofortige Beschwerde ist am 26. April 2021, mithin binnen offener Frist, beim Bayerischen Obersten Landesgericht eingegangen.

51
2. Die Beschwerdebegründung genügt auch den Anforderungen des § 172 Abs. 2 GWB.

52
Entgegen der Auffassung des Beigeladenen kann dieser Vorschrift nicht entnommen werden, dass eine Auseinandersetzung mit der rechtlichen Würdigung der Vergabekammer notwendig sei und die bloße Wiederholung der vor der Vergabekammer vorgebrachten Argumente nicht ausreiche. Erforderlich ist vielmehr lediglich, dass erkennbar wird, welche Beanstandungen der Beschwerdeführer in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erhebt (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 2. August 2012, 2 Verg 3/12, juris Rn. 33; Neun in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 43 Rn. 11; Stickler in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 172 GWB Rn. 17; Gröning in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, GWB § 172 Rn. 25 a. E., 26; Vavra in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 172 Rn. 18; Summa in jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. Stand: 1. Oktober 2016, § 172 GWB Rn. 39). Eine restriktivere Auslegung verletzte das Gebot der Gewährung vollständigen rechtlichen Gehörs vor Gericht aus Art. 103 Abs. 1 GG.

53
Danach enthält die sofortige Beschwerde eine ausreichende Begründung. Ihr kann entnommen werden, dass sich die Antragstellerin gegen die Würdigung der Vergabekammer wendet, der Beigeladene sei fachlich geeignet und habe Referenzen der geforderten Art vorgelegt.

54
3. Die Umstellung des Antrags nach Zuschlagserteilung auf Feststellung der Rechtsverletzung ist gemäß § 178 Satz 3 GWB zulässig. Das erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich aus der von der Antragstellerin vorgetragenen - nicht völlig aussichtlosen - Absicht, Schadensersatzansprüche gegen den Antragsgegner geltend zu machen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Oktober 2012, VII-Verg 1/12, juris Rn. 30; OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012, Verg 8/12, NZBau 2012, 658 [659, juris Rn. 56]; jeweils m. w. N.).

55
II. Die sofortige Beschwerde ist jedoch unbegründet.

56
1. Im Ergebnis ohne Erfolg rügt die Antragstellerin, dass die Vergabekammer ohne mündliche Verhandlung entschieden hat. Zwar hat die Vergabekammer rechtsfehlerhaft angenommen, sie könne auf die mündliche Verhandlung verzichten, weil die Antragstellerin ihre Zustimmung zu einer Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung rechtsmissbräuchlich verweigert habe. Die Entscheidung der Vergabekammer ist indes in der Sache richtig, so dass sie nicht auf diesem Fehler beruht.

57
a) Die Vergabekammer hat das durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gewährleistete Grundrecht der Antragstellerin auf ein rechtsstaatliches, faires Verfahren dadurch verletzt, dass sie deren Verweigerung der Zustimmung zu einer Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung als rechtsmissbräuchlich angesehen hat, ohne dieser die aus ihrer Sicht dringenden Gründe für eine solche Verhandlung vollständig mitzuteilen.

58
aa) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist das Vorgehen der Vergabekammer nicht an Art. 103 Abs. 1 GG zu messen.

59
Diese Vorschrift erfasst nicht das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren (vgl. BVerfG, Beschluss vom 18. Januar 2000, 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 [404, juris Rn. 26]; Radtke in BeckOK Grundgesetz, 48. Ed. Stand: 15. August 2021, Art. 103 Rn. 3; Degenhart in Sachs, GrunGG, 9. Aufl. 2021, Art. 103 Rn. 8). Dazu zählt auch das Verfahren vor der - gemäß § 168 Abs. 3 Satz 1 GWB durch Verwaltungsakt entscheidenden - Vergabekammer (vgl. Remmert in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 103 Abs. 1 Rn. 52, 54; vgl. auch VGH München, Beschluss vom 26. April 2019, 12 C 19.621, NVwZ-RR 2020, 256 [juris Rn. 11]; a. A. KG Berlin, Beschluss vom 19. Dezember 2019, Verg 9/19, juris Rn. 9; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. März 2005, VII-Verg 70/04, juris Rn. 13; OLG Koblenz, Beschluss vom 22. März 2001, Verg 9/00, juris Rn. 42, juris; Fett in BeckOK Vergaberecht, 21. Ed. Stand: 31. Juli 2021, § 166 Rn. 1; Frister in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 166 Rn. 1; Summa in jurisPK-Vergaberecht, § 166 GWB Rn. 4).

60
Dass Vergabekammern nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union insoweit als Gerichte i. S. d. Art. 267 Abs. 2 AEUV anzusehen sind, als sie zur Vorlage einer Auslegungsfrage an den Gerichtshof berechtigt sind (vgl. EuGH, Urt. v. 27. Oktober 2016, C -292/15 Hörmann Reisen, juris Rn. 28 m. w. N.), beruht auf einer autonomen Auslegung des Unionsrechts ohne Bezug zum nationalen Recht und gebietet nicht, sie in den Regelungsbereich des Art. 103 Abs. 1 GG einzubeziehen.

61
Maßgeblich für die Gewährung rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren ist vielmehr das durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gewährleistete Grundrecht auf ein faires Verfahren (vgl. BVerfGE 101, 397 [404 f.; juris Rn. 25, 29]). Dieses Grundrecht verpflichtet dazu, einem Beteiligten die Möglichkeit zu geben, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können; das setzt voraus, dass ihm die als entscheidungserheblich erachteten Tatsachen zur Kenntnis gebracht werden (vgl. BVerfGE 101, 397 [405; juris Rn. 29]).

62
bb) Die sich daraus ergebenden Anforderungen hat die Vergabekammer nicht beachtet.

63
Sie hat ihr Absehen von einer mündlichen Verhandlung damit begründet, dass die Weigerung der Antragstellerin, einer Entscheidung nach Aktenlage oder nach Erörterung der Sach- und Rechtslage in Form einer Videokonferenz zuzustimmen, rechtsmissbräuchlich sei. Diese Würdigung hat sie darauf gestützt, der Antragstellerin sei bekannt gewesen, dass es nur schwer möglich sei, ausreichend große Sitzungssäle zu reservieren, und es müsse dieser bewusst sein, dass sie - die Vergabekammer - nicht das Risiko eingehen könne, dass praktisch sämtliche ihrer Mitglieder (wie bereits einmal geschehen) in Quarantäne gerieten und so ihre Funktionsfähigkeit gefährdet werde.

64

Diese Umstände hat die Vergabekammer der Antragstellerin allerdings zumindest nicht vollständig bekannt gegeben. In ihrem Schreiben vom 17. März 2021 an die Antragstellerin hat sie vielmehr lediglich pauschal auf die „momentane Pandemiesituation“ Bezug genommen und eine Erörterung der Sach- und Rechtslage mittels Videokonferenz als gegenüber der Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Wege eines Präsenztermins vorzugswürdig bezeichnet. Ob der Antragstellerin das vorangegangene Schreiben der Vergabekammer vom 25. November 2020 zugegangen ist, in dem die Nichtverfügbarkeit eines ausreichend großen Verhandlungsraums angesprochen worden ist, bedarf keiner Klärung. Denn jedenfalls die Gefahr der (erneuten) Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Vergabekammer ist in keinem der beiden Schreiben der Vergabekammer angesprochen worden, so dass die Antragstellerin keine Veranlassung hatte, diesen Umstand bei ihrer Entscheidung, ob sie auf eine mündliche Verhandlung verzichte, zu berücksichtigen. Hatte die Antragstellerin aber keine Kenntnis von wesentlichen Umständen, die - nach Auffassung der Vergabekammer - für einen Verzicht auf die mündliche Verhandlung sprachen, so entbehrt deren Unterstellung, die Antragstellerin habe mit dem Beharren auf der Durchführung der mündlichen Verhandlung lediglich eine weitere Verzögerung des Nachprüfungsverfahrens erreichen wollen, der tatsächlichen Grundlage.

65
Die Vergabekammer hat deshalb das Vorgehen der Antragstellerin zu Unrecht als rechtsmissbräuchlich angesehen und hätte bei dem sich ihr bietenden Sach- und Streitstand nicht nach Lage der Akten entscheiden dürfen.

66
cc) Da die Entscheidung der Vergabekammer, ohne mündliche Verhandlung über den Nachprüfungsantrag zu entscheiden, schon aus dem dargestellten Grund verfahrensfehlerhaft war, kann dahin stehen, ob das für jede Rechtsausübung - auch diejenige von prozessualen Rechten - geltende Missbrauchsverbot (vgl. BGH, Urt. v. 13. September 2018, I ZR 26/17 - Prozessfinanzierer, NJW 2018, 3581 Rn. 37; G. Vollkommer in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 41, jeweils m. w. N.; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 5. Dezember 2001, 2 BvR 527/99, 1337, 1777/00, BVerfGE 104, 220 [232, juris Rn. 34]) die Möglichkeit eröffnet, die Zustimmung gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB zu fingieren.

67
b) Dieser Verfahrensfehler führt indes nicht zur Aufhebung der Entscheidung der Vergabekammer, weil sich diese in der Sache als richtig darstellt. An diesem Ergebnis änderte sich auch dann nichts, wenn man den Verfahrensfehler als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG einordnen wollte.

68
2. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag zu Recht als unbegründet angesehen. Es verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB, dass der Antragsgegner von der Eignung des Beigeladenen gemäß § 152 Abs. 2 i. V. m. § 122 GWB ausgegangen ist.

69
a) Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin, dass der Antragsgegner von der fachlichen Eignung des Beigeladenen ausgegangen ist.

70
aa) Allerdings ist die Antragstellerin entgegen der Auffassung des Beigeladenen mit dieser Rüge nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB im Nachprüfungsverfahren präkludiert. Der behauptete Verstoß gegen Vergabevorschriften liegt in der Bewertung des Angebots des Beigeladenen. Diese ist ihr durch das Informationsschreiben vom 2. Oktober 2020 mitgeteilt und innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt worden.

71
bb) Der Beigeladene hat seine fachliche Eignung zur Führung eines Unternehmens des Krankentransports und der Notfallrettung durch Vorlage einer Bescheinigung der Industrie- und Handelskammer für … in … gemäß § 24 Abs. 3 Satz 2 AVBayRDG nachgewiesen.

72
(1) Diese Bescheinigung stellt zwar keine solche über das Ergebnis einer Eignungsprüfung vor der Industrie- und Handelskammer gemäß § 19 Satz 1 AVBayRDG dar. Sie ist gleichwohl geeignet, die fachliche Eignung nachzuweisen. Denn diese kann gemäß Art. 24 Abs. Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 BayRDG nicht

nur durch Ablegen von Prüfungen nachgewiesen werden, sondern auch durch eine angemessene Tätigkeit. Hierzu prüft gemäß § 24 Abs. 3 Satz 2 AVBayRDG die Industrie- und Handelskammer die dazu vorgelegten Nachweise und stellt darüber eine Bescheinigung aus. Bei der vom Beigeladenen vorgelegten Bescheinigung dieser Art handelt es sich nicht nur um eine unverbindliche Einschätzung der fachlichen Eignung, sondern um einen feststellenden Verwaltungsakt.

73
(2) Unbehelflich ist die Berufung der Antragstellerin darauf, dass sie deswegen gegen die Industrie- und Handelskammer für … und … Anfechtungsklage erhoben habe, der aufschiebende Wirkung zukomme.

74
Da die vom Antragsgegner vorgelegte Bescheinigung von der Industrie- und Handelskammer für … in … ausgestellt wurde, kann der verwaltungsgerichtlichen Klage gegen die Industrie- und Handelskammer für … und … schon deshalb keine aufschiebende Wirkung zukommen, weil diese Beklagte nicht passivlegitimiert ist.

75
Aber auch eine Klage gegen die Industrie- und Handelskammer für … in … wäre vergaberechtlich ohne Bedeutung. Denn solange ein Verwaltungsakt nicht durch die zuständige Behörde oder durch ein Verwaltungsgericht aufgehoben worden oder nichtig ist, bleibt sein Gegenstand einer Nachprüfung durch die Gerichte eines anderen Rechtswegs entzogen (sogenannte Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts, vgl. allgemein BGH, Urt. v. 30. April 2015, I ZR 13/14 - Tagesschau-App, BGHZ 205, 195 Rn. 31 m. w. N.; vgl. auch BGH, Urt. v. 30. Januar 2020, I ZR 40/17 - Ersatzteilinformation II, NJW-RR 2020, 683 Rn. 15; Urt. v. 2. Dezember 2015, I ZR 239/14 - Eligard, GRUR 2016, 702 Rn. 27; zum Vergaberecht OLG München, Beschluss vom 27. Juli 2018, Verg 02/18, NZBau 2019, 138 Rn. 81 [juris Rn. 100]). Die aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage begründet lediglich eine Vollziehbarkeitshemmung; der Verwaltungsakt als solcher bleibt davon unberührt und damit wirksam (vgl. BGH, Urt. v. 24. September 2013, I ZR 73/12, GRUR 2014, 405 - Atemtest II Rn. 15; BVerwG, Urt. v. 20. Januar 2016, 9 C 1.15, BVerwGE 154, 68 Rn. 12 a. E.; Urt. v. 20. November 2008, 3 C 13/08, BVerwGE 132, 250 Rn. 12; Urt. v. 21. Juni 2007, 3 C 11/06, BVerwGE 129, 66 Rn. 19; jeweils m. w. N.; Gersdorf in BeckOK VwGO, 59. Ed. Stand: 1. Juli 2021, § 80 Rn. 29; Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 80 Rn. 11; a. A. Schoch in Schoch/Schneider, VwGO, 41. EL Juli 2021, § 80 Rn. 102; Funke-Kaiser in: Bader/FunkeKaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 80 Rn. 23). Danach tut die von der Antragstellerin erhobene Anfechtungsklage der Wirksamkeit der Bescheinigung der Industrie- und Handelskammer für Niederbayern in Passau als feststellenden Verwaltungsakts keinen Abbruch und steht deren Berücksichtigung im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nicht entgegen. Dass sich die Antragstellerin zur Stützung ihrer gegenteiligen Auffassung auf eine im Widerspruch zur Rechtsprechung sowohl des Bundesverwaltungsgerichts als auch des Bundesgerichtshofs stehende Kommentarstelle beruft (Schoch in Schoch/Schneider, VwGO, 39. EL Juli 2020, § 80 Rn. 110), gibt keine Veranlassung zu einer anderen Einschätzung.

76
(3) Schon wegen der Tatbestandswirkung der Bescheinigung der Industrie- und Handelskammer für … in … ist auch der weitere Tatsachenvortrag der Antragstellerin nicht geeignet, die fachliche Eignung des Beigeladenen in Frage zu stellen.

77
Darüber hinaus ist die Berechtigung des Sohns des Beigeladenen, die Berufsbezeichnung „Notfallsanitäter“ zu führen - ungeachtet der auch der entsprechenden Erlaubnis der Regierung … zukommenden Tatbestandswirkung - schon deshalb ohne Belang, weil bis einschließlich 31. Dezember 2023 für den Nachweis der fachlichen Eignung nicht erforderlich ist, dass im Unternehmen eine Notfallsanitäterin oder ein Notfallsanitäter eingesetzt wird, sondern der Einsatz einer Rettungsassistentin oder eines Rettungsassistenten genügt (vgl. § 43 Abs. 1 Satz 1 AVBayRDG). Auch nach dem Vorbringen der Antragstellerin beschäftigt der Beigeladene fünf Rettungsassistenten. Das abstrakte Risiko, dass der Beigeladene die Leistungen nicht während der gesamten Laufzeit der Konzession wird erbringen können, weil seine fachliche Eignung nach dem 31. Dezember 2023 entfallen und die für die Wahrnehmung der Konzession erforderliche Genehmigung gemäß Art. 29 Abs. 4 BayRDG i. V. m. Art. 49 Abs. 2 Nr. 3 BayVwVfG widerrufen werden wird, bietet keinen Anlass, von dem Grundsatz abzuweichen, dass sich der Auftraggeber auch ohne Überprüfung auf das Leistungsversprechen des Bieters verlassen darf (vgl. OLG

Karlsruhe, Beschluss vom 29. Mai 2020, 15 Verg 2/20, juris Rn. 37; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, juris Rn. 70 m. w. N.).

78
Schließlich hängt die fachliche Eignung des Beigeladenen auch nicht von der Zahl seiner Mitarbeiter ab.

79
b) Die Rüge der Antragstellerin, das Angebot des Beigeladenen sei auszuschließen gewesen, weil die von ihm vorgelegte Referenz nicht vergleichbar sei, bleibt ebenfalls ohne Erfolg.

80
aa) Allerdings ist die Antragstellerin auch mit dieser Rüge nicht gemäß § 160 Abs. 3 GWB im Nachprüfungsverfahren präkludiert. Insoweit liegt der behauptete Verstoß gegen Vergabevorschriften gleichermaßen in der Bewertung des Angebots des Beigeladenen, die der Antragstellerin durch das Informationsschreiben vom 2. Oktober 2020 mitgeteilt und zum Gegenstand der Rüge vom 9. Oktober 2020 gemacht worden ist.

81
bb) Die Behandlung der vom Beigeladenen vorgelegten Nachweise aus dem Bereich des Krankentransports begegnet jedoch in der Sache keinen durchgreifenden vergaberechtlichen Bedenken.

82
(1) Das Verlangen nach Referenzprojekten für „vergleichbare“ Leistungen bedeutet nicht, dass das Leistungsbild der herangezogenen Aufträge mit dem ausgeschriebenen Auftrag identisch sein müsste. Will der Auftraggeber sicherstellen, dass der Bieter exakt die zu beschaffende Leistung schon früher erfolgreich durchgeführt hat, dann muss er entsprechende konkretisierende Vorgaben festlegen. Macht er dies nicht, genügt es, dass die Referenzleistung der ausgeschriebenen Leistung so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet. Bei der Bewertung der Frage der Vergleichbarkeit der Referenz kommt der Vergabestelle, die regelmäßig über spezifisches Fachwissen und fachliche Erfahrung verfügt, ein Beurteilungsspielraum zu, der nur eingeschränkt überprüft werden kann, insbesondere darauf, ob von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist und allgemeine Wertungsgrundsätze beachtet sowie keine sachwidrigen Erwägungen in die Wertung eingeflossen sind (vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 1. Oktober 2020, 11 Verg 9/20, NZBau 2021, 127 Rn. 51 [juris Rn. 57]; OLG Rostock, Beschluss vom 21. Januar 2019, 17 Verg 8/18, juris Rn. 24; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, VII-Verg 4/18, NZBau 2018, 707 Rn. 36 [juris Rn. 42]; OLG München, Beschluss vom 31. August 2010, Verg 12/10, juris Rn. 55; vgl. auch OLG München NZBau 2019, 138 Rn. 86 [juris Rn. 106]).

83
(2) Danach ist es vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner die vom Beigeladenen vorgelegte Referenz aus dem Bereich des Krankentransports als den konzessionsgegenständlichen Leistungen vergleichbar angesehen hat, zumal die Anforderung der fachlichen Eignung (vgl. oben a]) unabhängig davon besteht. Auch die Regelungen im Bayerischen Rettungsdienstgesetz geben keine Veranlassung, als vergleichbare Tätigkeit nur Einsätze in der Notfallrettung anzusehen.

84
(a) Der Antragsgegner forderte entgegen der Behauptung der Antragstellerin in den Vergabeunterlagen lediglich die Benennung vergleichbarer Referenzen, ohne vorzugeben, dass ausschließlich Referenzen aus dem Bereich der Notfallrettung vergleichbar seien. Zwar erwähnte er in dem zur Benennung zu verwendenden Formblatt Leistungen der Notfallrettung; das geschah indes lediglich bei der Vorgabe, dass anzugeben sei, ob solche Leistungen erbracht würden (Unterstreichung nur hier). Trotz des sprachlich missglückten nachfolgenden Einschubs des Wortes „und“ zeigt diese Anforderung unzweideutig, dass auch Referenzen als vergleichbar in Betracht kamen, die andere Leistungen als solche der Notfallrettung betrafen. Auch die Bezugnahme auf die Mindestanforderung hinsichtlich der Referenzen am Ende des Formblatts zeigt, dass darin keine eigenständigen, weitergehenden Anforderungen gestellt werden sollten.

85
(b) Zutreffend stellt die Vergabekammer darauf ab, dass sowohl der Krankentransport als auch die Notfallrettung - die auch den Betrieb eines Rettungswagens erfasst (vgl. Art. 2 Abs. 7 Satz 2 BayRDG) - unter den Begriff der rettungsdienstlichen Leistungen fallen (vgl. Art. 1 Abs. 1 BayRDG) und die allgemeinen

in Art. 37 ff. BayRDG festgelegten Regelungen zur Betriebspflicht, Einsatzbereitschaft- und Leistungspflicht sowie zu Fortbildung, Qualitätsmanagement oder Dokumentation für beide Bereiche gelten. Zudem sind sowohl Rettungswagen als auch Krankentransportwagen nur mit nichtärztlichem medizinischen Personal besetzt (vgl. Art. 2 Abs. 7 Satz 3 und 5 BayRDG). Im Wesentlichen unterscheiden sich der Betrieb eines Rettungswagens und der Krankentransport durch die Anforderungen an die Qualifikation des eingesetzten Personals; beim Betrieb eines Rettungswagens ist zur Betreuung des Patienten mindestens eine Notfallsanitäterin oder ein Notfallsanitäter einzusetzen, beim Krankentransport mindestens eine Rettungssanitäterin oder ein Rettungssanitäter (vgl. Art. 43 Abs. 1 Satz 1 BayRDG).

86
Dieser Unterschied betrifft den Umfang der Ausbildung des eingesetzten Rettungspersonals und ist deshalb gradueller und nicht qualitativer Natur. Er erlaubt es nicht, die Einschätzung des Antragsgegners, dass die Tätigkeit im Bereich des Krankentransports einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Beigeladenen eröffne, als sachwidrig und deshalb nicht mehr innerhalb des insoweit bestehenden Beurteilungsspielraums liegend anzusehen. Keinesfalls stellt der Antragsgegner damit geringere Anforderungen an die Eignung des Konzessionsnehmers als sie im Bayerischen Rettungsdienstgesetz vorgesehen sind.

87
Die von der Antragstellerin insoweit angeführte Entscheidung des Verwaltungsgerichts Regensburg vom 17. November 2015, RN 4 E 15.1238, gebietet keine andere Würdigung. Sie betraf den Nachweis der fachlichen Eignung, die durch Vorlage einer Prüfungsbescheinigung erfolgen sollte - zu einem Zeitpunkt, da der Beigeladene noch nicht über die Bescheinigung der Industrie- und Handelskammer für … in … vom 15. Dezember 2015 verfügte -, und nicht die Vergleichbarkeit von Referenzen, die im Streitfall, anders als in dem vom Verwaltungsgericht … entschiedenen Fall, zusätzlich zum Nachweis der fachlichen Eignung gefordert wurden.

88
(3) Die von der Antragstellerin angeregte Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union ist nicht angezeigt.

89
(a) Die Rüge der Antragstellerin, der Senat habe mit seinem Beschluss vom 28. Mai 2021 seine Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV dadurch verletzt (und damit die Gewährleistung des gesetzlichen Richters durch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG), dass er nicht den Gerichtshof der Europäischen Union angerufen hat, geht schon deshalb fehl, weil in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes - zu denen die Entscheidung über die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB zählt - keine Vorlagepflicht besteht (vgl. EuGH, Urt. v. 6. Dezember 2005, C-461/03 - Gaston Schul Douaneexpediteur, juris Rn. 18; Urt. v. 27. Oktober 1982, Rs.35, 36/82 - Morson u. Jhanjan, NJW 1983, 2751 Rn. 8; BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 2018, 2 BvR 883/18, juris Rn. 4).

90
(b) Der Senat ist aber auch nicht verpflichtet, nunmehr vor seiner Entscheidung in der Hauptsache den Gerichtshof der Europäischen Union anzurufen.

91
Dieser hat bereits entschieden, dass den öffentlichen Auftraggebern hinsichtlich der Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit grundsätzlich eine verhältnismäßig weite Wahlfreiheit zusteht, die allerdings dadurch begrenzt ist, dass diese Anforderungen gemäß Art. 44 Abs. 2 Unterabs. 2 der RL 2004/18/EG mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein müssen; daraus folgt, dass die Anforderungen hinsichtlich der Leistungsfähigkeit objektiv geeignet sein müssen, über diese Auskunft zu geben, und dass sie der Bedeutung des betreffenden Auftrags in dem Sinne angepasst sein müssen, dass sie objektiv einen konkreten Hinweis auf das Bestehen einer zur erfolgreichen Ausführung dieses Auftrags ausreichenden Basis ermöglichen, ohne jedoch über das hierzu vernünftigerweise erforderliche Maß hinauszugehen (vgl. EuGH, Urt. v. 13. Juli 2017, C-76/16 - Ingsteel und Metrostav, NZBau 2017, 560 Rn. 32 f. m. w. N.). Des Weiteren hat der Gerichtshof entschieden, dass es Sache der nationalen Gerichte ist, die Stichhaltigkeit der vom Bieter beigebrachten Nachweise zu beurteilen (vgl. EuGH, a. a. O. Rn. 40).

92

Der Senat hat keine Zweifel, dass diese Grundsätze in gleicher Weise für das Erfordernis in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 RL 2014/23/EU gelten, wonach die Anforderungen an die Bewerber in einem angemessenen Verhältnis zum Konzessionsgegenstand stehen müssen, und die dargestellte nationale Rechtsprechung zum Beurteilungsspielraum damit übereinstimmt. Deshalb ist die richtige Anwendung des Unionsrechts insoweit derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt und keine Pflicht zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht (st. Rspr.; vgl. EuGH Urt. v. 6. Oktober 2021, C-561/19 - Consorzio Italian Management ua/Rete Ferroviaria Italiana SpA, NJW 2021, 3303 Rn. 33 ff.; Urt. v. 6. Oktober 1982, C-283/81 - Cilfit u. a., juris Rn. 16; BGH, Urt. v. 17. Januar 2019, III ZR 209/17, NJW-RR 2019, 528 Rn. 76).

93
Die Begründung der Antragstellerin für ihre entgegengesetzte Auffassung erschöpft sich in der Rechtsbehauptung, die Angemessenheit eines Eignungsnachweises für Leistungen der Notfallrettung sei zweifelhaft, wenn es im nationalen Recht für die Erbringung von Leistungen der Notfallrettung wesentlich strengere Anforderungen gebe als für die Erbringung von (sonstigen) Rettungsdienstleistungen. Die von der Antragstellerin gehegten Zweifel an der Angemessenheit der vom Beigeladenen im Rahmen des Nachweises seiner Eignung vorgelegten Referenz betreffen indes keine Frage der Auslegung des Unionsrechts, sondern lediglich die Stichhaltigkeit dieses Nachweises, deren Überprüfung den nationalen Gerichten obliegt. Die Auffassung der Antragstellerin gibt dem Senat deshalb keine Veranlassung für ein Vorabentscheidungsersuchen (vgl. EuGH, NJW 2021, 3303 - Consorzio Italian Management ua/Rete Ferroviaria Italiana SpA Rn. 54). C.

94
Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 175 Abs. 2 i. V. m. § 71 Satz 1 GWB. Es entspricht der Billigkeit, der Antragstellerin die gesamten Kosten aufzuerlegen, da sie mit ihrem Antrag gemäß § 173 GWB und mit ihrer Beschwerde unterlegen ist. Dies gilt auch für die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung angefallenen außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, der sich aktiv am Verfahren beteiligt hat.

95
Bei der Kostenentscheidung der Vergabekammer hat es sein Bewenden.