

Rechtsschutz in Vergaberechtsfällen - welches Anliegen vor welchem Gericht?

Fachtagung Abgrenzung Sozialrecht und Vergaberecht
Berlin, 20.09.2019



Übersicht

- I. Typische Ausgangssituationen
- II. Weichenstellung: Rechtsschutz IM oder GEGEN Vergabeverfahren?
- III. IM: Zum Rechtsschutzsystem des Vergaberechts
- IV. GEGEN: Zum (Eil-)rechtsschutz vor den Sozial- und Verwaltungsgerichten
- V. Warum es wenig Rechtsschutzverfahren gibt...



I. Typische Ausgangssituationen

- 1) DRK A-Stadt ist im Landkreis B seit Jahren in der Beförderung von Jugendlichen mit Behinderung zwischen Wohnorten und Schulen tätig. Landkreis kündigt Verträge und schreibt Transporte öffentlich aus.
- 2) Mitgliedsverein des Paritätischen erbringt neben anderen Anbietern ambulante Leistungen der Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderung. Der Träger der Eingliederungshilfe kündigt die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach SGB XII / SGB IX und schreibt mit dem Ziel öffentlich aus, für den Vergabezeitraum nur noch mit einem Anbieter zusammen zu arbeiten.

II. Weichenstellung: Rechtsschutz IM oder GEGEN Vergabeverfahren?

Geht es um das „WIE“ oder das „OB“ eines Vergabeverfahrens?

- Streitig ist das „wie“, also die Art und Weise der Durchführung des Vergabeverfahrens (Verfahrensfehler, Vergabebedingungen etc.)
→ Rechtsschutzziel: Fehlerkorrektur im Vergabeverfahren
→ Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern oder Geltendmachung Unterlassungsanspruch vor den ordentlichen Gerichten
- Streitig ist das „ob“, also die Zulässigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens an sich (z.B. im Anwendungsbereich der §§ 75 ff. SGB XII, 78a ff. SGB VIII)
→ Rechtsschutzziel: Untersagung der Ausschreibung
→ jahrelang gefestigte Rechtsprechung und Literaturmeinung: Zuständigkeit der Sozial- & Verwaltungsgerichte; Vergabekammern prüfen diese Frage nicht



II. Weichenstellung: Rechtsschutz IM oder GEGEN Vergabeverfahren?

heute: Frage wieder offen?

- Versuche insbes. des OLG Düsseldorf, Entscheidungshoheit in dieser Frage an sich zu ziehen (insbes. B.v. 13.05.2015 – VII- Verg 38/14 (Integrationshelfer); B. v. 21.12.2016 – VII Verg 26/16 (Hilfsmittelversorgung nach § 127 SGB V))
- in der Folge: mehrere Sozialgerichte erklären sich für unzuständig (LSG Thüringen, B. v. 17.08.2018 – L 6 KR 708/18 B ER; LSG München, B. v. 20.03.2018 – L 5 KR 81/18 B (Hilfsmittelversorgung nach § 127 SGB V)) oder halten die Ausschreibung aus anderen Gründen für zulässig (z.B. SG Düsseldorf, B. v. 29.04.2016 - S 42 SO 73/16 ER (Integrationshelfer))
- aktuell: OLG Düsseldorf, B.v. 27.06.2018 (Verg 59/17): ausdrückliche Aufgabe der Rechtsprechung zur Hilfsmittelversorgung, keine Prüfung der Vorfrage zum „Ob“ einer Ausschreibung durch die Nachprüfungsinstanzen!
- Entscheidung BSG steht aus



II. Weichenstellung: Rechtsschutz IM oder GEGEN Vergabeverfahren?

Was steckt hinter diesen Schwankungen?

- Fach-Sozialrecht ist anspruchsvolle Herausforderung für Vergabekammern und –senate, passt nicht zu Spezialisierung und Eilbedürftigkeit
- Umgekehrt ist Vergaberecht schwierige Herausforderung für Sozial- und Verwaltungsgerichte und tritt typischerweise ebenfalls in eilbedürftigem Gewand auf
- Scheu vieler Sozialgerichte vor dem Leistungserbringungsrecht
- Ausdrückliche gesetzgeberische Vorgaben fehlen



II. Weichenstellung: Rechtsschutz IM oder GEGEN Vergabeverfahren?

Auffassung des Referenten:

- Eilbedürftigkeit und beschränkte Zielsetzung des Vergabenachprüfungsverfahrens
- Entscheidung zwischen Vergaberecht und anderen Formen von Kooperation, Wirtschaftlichkeit und Wettbewerb ist Grundsatzfrage jedes Zweigs des Sozialsystems
- Begrenzte Leistungsfähigkeit des Vergaberechts, wo Vielfalt, Wahlfreiheit und gesellschaftliche Dynamik betroffen sind



„Ob“ des Vergabeverfahrens muss bei den Fachgerichten bleiben

III. Zum Rechtsschutzsystem des Vergaberechts

Weichenstellung: Schwellenwerte

- Aus § 106 GWB i.V.m. den EU-Vergaberichtlinien
- Aktuelle Schwellenwerte
 - EUR 221.000 für „allgemeine“ Liefer- & Dienstleistungsaufträge
 - EUR 5.548.000 für Bauaufträge & Dienstleistungskonzessionen
 - EUR 750.000 für Aufträge über soziale Dienstleistungen



III. Zum Rechtsschutzsystem des Vergaberechts

- Oberhalb der Schwellenwerte: EU-Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB, Rechtsschutz vor den Nachprüfungsinstanzen

→ Prüfungsmaßstab:

Rechtsverletzung des Bieters durch Verstoß gegen bieterschützende Vorschriften im Vergabeverfahren

→ Rechtsschutzziel:

§ 168 Abs. 1 GWB: geeignete Maßnahmen, um Rechtsverletzung zu beseitigen / Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern

→ i.d.R. Wiederholung fehlerhafter Verfahrensschritte

Keine Aufhebung wirksamer Zuschlag, § 168 Abs. 2 GWB



III. Zum Rechtsschutzsystem des Vergaberechts

- Unterhalb der Schwellenwerte: „nationales Vergaberecht“ (VOB/A, UVgO), Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten

→ Prüfungsmaßstab:

EU-Primärrecht (Grundfreiheiten, Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Transparenz), nationales Vergaberecht (ggf. Verdingungsordnungen durch Selbstbindung der Verwaltung); Kontrolldichte strittig

→ Rechtsschutzziel:

Untersagung des Zuschlags ggü. Auftraggeber, i.d.R. im Eilverfahren, oder Schadensersatz (nach Zuschlag)



IV. Zum Rechtsschutz vor den Sozial- und Verwaltungsgerichten

- Prüfungsmaßstab: Zulässigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens nach sozialrechtlichen Vorschriften
- Rechtsschutzziel: Untersagung der Durchführung eines Vergabeverfahrens
- Grundlage des Unterlassungsanspruchs: Anspruch Leistungserbringer auf Vertragsschluss / ermessensfehlerfreie Entscheidung über Vertragsschluss, Art. 12 Abs. 1 GG
- Keine aufschiebende Wirkung der Unterlassungsklage gegenüber dem Zuschlag! → idR einstweiliger Rechtsschutz erforderlich
- Im Zweifel parallel: Nachprüfungsantrag zur Vergabekammer wegen Vergabefehlern (→ insbes. wegen Zuschlagsverbot!)



V. Warum es wenig Rechtsschutzverfahren gibt ...

- Kooperative Tradition im Verhältnis zwischen Leistungserbringern im Sozialsystem und Kostenträgern
- Im Zweifel hohe Kosten
- Lange Verfahrensdauer
- Risiken der Arbeit auf Grundlage von einstweiligen Entscheidungen
- Z.T. Abhängigkeitssituationen
- Fachkräftemangel im Sozialbereich

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Dr. Albrecht Philipp
Rechtsanwalt / Fachanwalt für Sozial- und Verwaltungsrecht
August-Exter-Str. 4 81245 München

info@bender-rechtsanwaelte.de

Tel. 089 82085713 Fax. 08982085714