

S 37 KR 1565/18 ER

Land
Hamburg
Sozialgericht
SG Hamburg (HAM)
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
37
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 37 KR 1565/18 ER
Datum
04.12.2018
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
-

Datum
-

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Beschluss

Der Antragsgegnerin wird bis zum 19. Dezember 2018 untersagt, in dem Vergabeverfahren "Ausschreibung der D. mit Stomaartikeln" (bekannt gemacht im Supplément zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 7. November 2017 Nr. 2017/S 213-442130) Verträge mit Bieter, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligt haben, zu schließen. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin ist ein nach eigenen Angaben auf die Versorgung mit Stoma- und Inkontinenzhilfsmitteln und die damit zusammenhängende Beratung spezialisiertes Unternehmen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine gesetzliche Krankenkasse, deren Zuständigkeitsbereich sich auf die gesamte Bundesrepublik Deutschland erstreckt. Mit ihrem am 14. August 2018 beim Sozialgericht gestellten Antrag wendet sich die Antragstellerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen den einem seit November 2017 laufenden Vergabeverfahren zugrunde liegenden "Beschaffungsbeschluss" der Antragsgegnerin vom 10. November 2017. Diesen hält die Antragstellerin für einen Verwaltungsakt (ohne Rechtsbehelfsbelehrung) und hat gegen ihn am 13. August 2018 "Widerspruch" erhoben. Im gerichtlichen Verfahren beantragt sie die Feststellung der aufschiebenden Wirkung dieses "Widerspruchs". Zudem erstrebt die Antragstellerin in diesem Verfahren ein gegenüber der Antragsgegnerin auszusprechendes, bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über ihren Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung ihres "Widerspruchs" wirksames Verbot, mit Bieter, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligt haben, Verträge zu schließen (so die - geänderte - Antragsfassung aus dem Schriftsatz vom 2. Oktober 2018). Zur Sicherung ihres Anspruchs für die Zeit bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes beantragt die Antragstellerin den Erlass eines entsprechenden "Hängebeschlusses".

Gegenstand der von der Antragstellerin angegriffenen Ausschreibung ist ein Rahmenvertrag zur Versorgung der bei der Antragsgegnerin Versicherten insbesondere mit bestimmten Stomaartikeln (künstlicher Darmausgang) sowie Inkontinenzhilfen zur ergänzenden Versorgung von Urostomaanlagen (künstlicher Harnblasenausgang) einschließlich Zubehör, notwendiger Reparaturen und Ersatzteile, ggf. Produktersatz, notwendiger Wartungen und sicherheitstechnischer Kontrollen sowie der in diesem Zusammenhang zu erbringenden Dienst- und Serviceleistungen. Der Wert des Auftrags ohne Umsatzsteuer liegt, was zwischen den Beteiligten nicht streitig ist, oberhalb des 2017 maßgeblichen Schwellenwertes von 209.000 Euro nach [§ 106 Abs. 2](#) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Der in 20 Gebietslose aufgeteilte Lieferauftrag betrifft die gesamte Bundesrepublik Deutschland. Angebote konnten auf alle oder einzelne Lose abgegeben werden. Zuschläge sollen je Los erteilt werden. Die Ausschreibung erfolgte europaweit im offenen Verfahren. Schlusstermin für den Eingang der Angebote oder Teilnahmeanträge war der 14. Dezember 2017 (Auftragsbekanntmachung vom 7. November 2017 Nr. 2017/S 213-442130, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union), später verlängert bis zum 26. Januar 2018.

Die Antragstellerin ist als Leistungserbringerin im Hilfsmittelbereich für die streitigen Versorgungsbereiche präqualifiziert und erfüllt damit die Voraussetzungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel ([§ 126 Abs. 1](#) und 1 a Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB V -). Durch Vereinbarung mit der Antragsgegnerin vom 12. März 2015 ist die Antragstellerin vor der hier im Streit stehenden Ausschreibung einem von der Antragsgegnerin mit einem anderen Leistungserbringer geschlossenen Vertrag über die Versorgung der bei der Antragsgegnerin Versicherten mit Stomaartikeln beigetreten ([§ 127 Abs. 2](#) a SGB V).

Die Antragstellerin hat auf keines der Lose ein Angebot abgegeben. Sie befürchtet nun, dass es für den Fall, dass die Antragsgegnerin als Ergebnis des Vergabeverfahrens Zuschläge an Bieter erteilt, zu einer Kündigung des zwischen ihr und der Antragsgegnerin bestehenden

Vertragsverhältnisses kommt, mit der Folge, dass sie während der Laufzeit des ausgeschriebenen Vertrages (24 Monate mit zweimaliger Verlängerungsmöglichkeit um jeweils ein Jahr) Leistungen für Versicherte der Antragsgegnerin nicht mehr erbringen kann und ihre entsprechenden Marktanteile verlieren würde.

In der Zeit vom 16. November 2017 bis 23. Januar 2018 rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin verschiedene Vergaberechtsverstöße. Ihr Nachprüfungsantrag vom 28. Dezember 2017 wurde durch Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes als unbegründet zurückgewiesen (Beschluss vom 19. Februar 2018, Az.: VK 1 - 167/17, veröffentlicht in juris). Die hiergegen von der Antragstellerin erhobene sofortige Beschwerde blieb nach mündlicher Verhandlung vom 4. Juli 2018 vor dem OLG Düsseldorf erfolglos (Beschluss vom 19. September 2018, Az.: VII-Verg 17/18, soweit ersichtlich bisher nicht veröffentlicht).

Mit aufsichtsrechtlichem Bescheid vom 20. März 2018 verpflichtete das Bundesversicherungsamt die Antragsgegnerin unter Anordnung der sofortigen Vollziehung, die auch diesem Verfahren zugrunde liegende Ausschreibung aufzuheben. Der gegen diesen Bescheid gestellte Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz hatte vor dem LSG Hamburg, im ersten Rechtszug zuständig gemäß [§ 29 Abs. 2 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#), Erfolg (Beschluss vom 25. September 2018, Az.: [L 1 KR 34/18 KL ER](#), juris).

II.

Der während des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens gestellte sozialgerichtliche Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen den "Beschaffungsbeschluss" und auf Verhinderung der Zuschlagserteilung hat keinen Erfolg; denn er ist unzulässig.

Die Zulässigkeit des Antrags scheidet allerdings nicht an [§ 202 S. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 17 Abs. 1 S. 2](#) Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), wonach während der Rechtshängigkeit die Sache von keiner Partei anderweitig anhängig gemacht werden kann. Das vergaberechtliche Beschwerdeverfahren beim OLG Düsseldorf (Az.: VII-Verg 17/18) ist inzwischen nicht mehr rechtshängig und betraf auch nicht denselben Streitgegenstand. Das beim LSG Hamburg anhängige gewesene aufsichtsrechtliche Verfahren zwischen der hiesigen Antragsgegnerin als Antragstellerin und dem Bundesversicherungsamt (Az.: [L 1 KR 34/18 KL ER](#)) steht der Zulässigkeit des hiesigen Antrags schon deshalb nicht entgegen, weil die hiesige Antragstellerin keine Beteiligte (Partei) des vor dem LSG Hamburg geführten Verfahrens ist.

Für den Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 13. August 2018 gegen den "Beschaffungsbeschluss" der Antragsgegnerin festzustellen, ist zwar der Sozialrechtsweg eröffnet (dazu unter 1 a), gleichwohl ist der Antrag unzulässig; denn bei dem "Beschaffungsbeschluss" handelt es sich um keinen Verwaltungsakt (dazu unter 1 b). Der mehr als neun Monate nach der Ausschreibung und kurz vor Abschluss des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens beim Sozialgericht gestellte Antrag, der Antragsgegnerin im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zu untersagen, Verträge mit Bietern, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligt haben, zu schließen, ist mangels Eröffnung des Sozialrechtsweges unzulässig (dazu unter 2.).

1 a) Die Zulässigkeit des Sozialrechtsweges für den Antrag, die aufschiebende Wirkung des am 13. August 2018 erhobenen "Widerspruchs" gegen den "Beschaffungsbeschluss" der Antragsgegnerin vom 10. November 2017 festzustellen, ergibt sich aus [§ 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#). Danach entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten u.a. in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, auch soweit durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen werden. Zwar sind von der sich hieraus ergebenden Zuständigkeit der Sozialgerichte gemäß [§ 51 Abs. 3 SGG](#) ausgenommen Streitigkeiten in Verfahren nach dem GWB, die Rechtsbeziehungen nach [§ 69 SGB V](#) betreffen. In demselben Sinne regelt [§ 156 Abs. 2 GWB](#) eine ausschließliche Zuständigkeit der Vergabekammern und des Beschwerdegerichts, wenn Ansprüche gegen Auftraggeber geltend gemacht werden, die auf das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind. Jedoch handelt es sich bei dem Streit um die Rechtmäßigkeit des "Beschaffungsbeschlusses" und der daran anknüpfenden Frage, ob einem "Widerspruch" hiergegen aufschiebende Wirkung zukommt bzw. zukommen soll, um kein Verfahren nach dem GWB.

Im Hinblick auf die Zulässigkeit des Rechtsweges ist maßgeblich, auf welche Normen sich der Antragsteller zur Begründung seines Anspruchs beruft, nicht, ob diese nach gerichtlicher Prüfung des Anspruchs letztlich durchgreifen (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl. 2017, § 51 Rn. 23 a). Die Antragstellerin geht davon aus, dass es sich bei dem "Beschaffungsbeschluss" der Antragsgegnerin um einen Verwaltungsakt handele, dieser demgemäß mittels Widerspruch angefochten werden könne und dem Widerspruch aufschiebende Wirkung zukomme. Diese möchte sie im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gerichtlich durchsetzen. Für die Durchsetzung eines solchen prozessualen Anspruchs ist der Sozialrechtsweg gegeben.

Indem die Antragstellerin den "Beschaffungsbeschluss" der Antragsgegnerin angreift, wendet sie sich in der Sache gegen die im Vorfeld eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung der Antragsgegnerin, ein solches Verfahren nach Teil 4 des GWB durchzuführen und im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern über die Beschaffung der benötigten Hilfsmittel nebst Dienstleistungen zu schließen. Hierzu sah sich die Antragsgegnerin berechtigt, weil es ihr zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig erschien ([§ 127 Abs. 1 S. 1 SGB V](#)) und es sich ihres Erachtens um keine Versorgung mit hohem Dienstleistungsanteil handelte. Letzteres würde einer Ausschreibung entgegenstehen ([§ 127 Abs. 1 S. 1](#) i.V.m. S. 6 SGB V). Die nach [§ 127 SGB V](#) anzustellenden Zweckmäßigkeitserwägungen gehen einem Vergabeverfahren voraus, und demgemäß handelt es sich bei dieser Bestimmung insoweit um keine vergaberechtliche Vorschrift. Auch [§ 69 Abs. 3 SGB V](#), wonach auf öffentliche Aufträge nach diesem Buch die Vorschriften des Teils 4 GWB anzuwenden sind, greift daher für dies vorgelagerte Fragestellung der Zweckmäßigkeit der Ausschreibung noch nicht. Aus diesem Grunde sind auch die Vergabenachprüfungsinstanzen nicht berufen, die in dem "Beschaffungsbeschluss" getroffene Zweckmäßigkeitsentscheidung zu überprüfen. Die Kammer stützt sich in diesem Punkt auf die neue Rechtsprechung des Vergabesenats des OLG Düsseldorf und folgt ihr (OLG Düsseldorf, erstmals vom 27. Juni 2018, Az.: [VII-Verg 59/17](#), später vom 3. August 2018, Az.: [VII-Verg 30/18](#), beide juris). Seine vorausgegangene Rechtsprechung, wonach Zweckmäßigkeitsüberlegungen bei der Frage einer Ausschreibung von Hilfsmittelbeschaffungen durch die gesetzliche Krankenkasse jedenfalls bei Erreichen oder Überschreiten der Schwellenwerte gänzlich zu unterbleiben hätten, weil [§ 127 Abs. 1 S. 1](#) und 6 SGB V durch das unionsrechtliche und das Vergaberechtsregime des 4. Teils des GWB vollständig überlagert werde (so noch LSG Düsseldorf vom 21. Dezember 2016, Az.: [VII-Verg 26/16](#), juris), hat das OLG Düsseldorf in seinen Entscheidungen ab 27. Juni 2018 aufgegeben.

Auf der Grundlage der Rechtsauffassung der Antragstellerin wären es ausschließlich sozialrechtliche Zweckmäßigkeitsüberlegungen, die zur

Rechtswidrigkeit des von der Antragstellerin als Verwaltungsakt verstandenen "Beschaffungsbeschlusses" führen. Das gegen den "Beschaffungsbeschluss" gerichtete Begehren, bei dem es allein um das "Ob" einer Ausschreibung geht, ist daher vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit zu verfolgen (zur Abgrenzung BSG vom 25. Oktober 2017, Az.: [B 7 SF 1/16 R juris](#)). Insoweit folgt die Kammer nicht dem gleichfalls zeitlich nach der zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 27. Juni 2018 (Az.: [VII-Verg 59/17](#)) ergangenen Beschluss des Thüringer LSG vom 17. August 2018 (Az.: [L 6 KR 708/18 B ER](#), juris), das in den hier zur Diskussion stehenden Fällen aufgrund von [§ 51 Abs. 3 SGG](#) sowie [§§ 69 Abs. 3](#) und [127 Abs. 1 S. 7 SGB V](#) von einer ausnahmslosen gesetzlichen Sonderzuweisung von Rechtsmitteln gegen Ausschreibungen nach Teil 4 GWB an die Vergabekammern, bzw. als Beschwerdeinstanz an das zuständige OLG, ausgeht und damit die übereinstimmende Rechtsprechung der Landessozialgerichte aus der Zeit vor der Neubewertung der Rechtslage durch das OLG Düsseldorf fortführt (stellvertretend dafür: Bayerisches LSG vom 21. März 2018, Az.: [L 5 KR 81/18 B ER](#), LSG für das Saarland vom 3. April 2018, Az.: [L 2 KR 2/18 B ER](#) und LSG Baden-Württemberg vom 9. Mai 2018, Az.: [L 5 KR 217/18 ER-B](#), alle juris). Aus Sicht der Kammer kommt in dem hier vorliegenden Fall, in dem sich die Antragstellerin - ob mit oder ohne Erfolg - gezielt gegen eine dem Vergabeverfahren vorausgehende sozialrechtliche Entscheidung der Antragsgegnerin über das "Ob" einer Ausschreibung nach Teil 4 GWB wendet, die dargestellte gesetzliche Sonderregelung für den Rechtsweg noch nicht zum Tragen. Hieran ändert sich nichts durch den Umstand, dass die Antragstellerin ihren "Widerspruch" erst während des schon lange laufenden Vergabeverfahrens im August 2018 erhoben und auch den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz erst so spät gestellt hat. Sofern man - im Rahmen der Prüfung des Rechtswegs - den "Beschaffungsbeschluss" vom 10. November 2017 als Verwaltungsakt bewertet, beruht der Zeitablauf danach auf der fehlenden Rechtsbehelfsbelehrung und ändert an der Zulässigkeit des durch den "Beschaffungsbeschluss" eröffneten Sozialrechtswegs nichts (zur Ausdifferenzierung im Übrigen siehe unter 2.).

Wenngleich die Kammer damit im Hinblick auf den vorerörterten Antrag den von der Antragstellerin beschrifteten Sozialrechtsweg entgegen der Rüge der Antragsgegnerin für zulässig hält, bedarf es in diesem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes keiner Vorabentscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs und kann die Kammer sofort abschließend entscheiden. Zwar bestimmt der gemäß [§ 202 S. 1 SGG](#) im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechend anzuwendende [§ 17 b Abs. 3 S. 2 VGv](#), dass das Gericht vorab über die Zulässigkeit des beschrifteten Rechtswegs zu entscheiden hat, wenn eine Partei, wie hier seitens der Antragsgegnerin geschehen, die Zulässigkeit des Rechtswegs rügt. Diese Bestimmung ist aber im Wege der teleologischen Reduktion dahingehend auszulegen, dass sie im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes keine Anwendung findet. Ziel der Vorabentscheidung ist es, die Frage der Rechtswegzulässigkeit zu einem möglichst frühen Zeitpunkt des Verfahrens in der ersten Instanz abschließend zu klären und das weitere Verfahren nicht mehr mit dem Risiko eines später erkannten Mangels des gewählten Rechtswegs zu belasten (Kissel/Mayer, VGv, 9. Aufl. 2018, § 17 Rn. 27). Diese Zielrichtung der Bestimmung greift im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht; weil der einstweilige Rechtsschutz, um einem vom Antragsteller darzulegenden Eilbedürfnis Rechnung zu tragen, ohnehin nur auf eine Vorabentscheidung zielt. Der Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes würde konterkariert, wenn innerhalb dieses (Vorab-) Verfahrens bei nach Auffassung des Gerichts zulässigem Rechtsweg eine insgesamt mit einer Verfahrensverlängerung verbundene weitere Vorabentscheidung zur Frage des Rechtswegs ergehen müsste.

1 b) Ungeachtet der Zulässigkeit des Sozialrechtswegs für den Antrag, die aufschiebende Wirkung des "Widerspruchs" gegen den "Beschaffungsbeschluss" festzustellen, ist dieser auf eine entsprechende Anwendung des [§ 86 b Abs. 1 SGG](#) zu stützende Antrag unzulässig; denn bei dem Beschaffungsbeschluss handelt es sich entgegen der Rechtsauffassung der Antragstellerin um keinen Verwaltungsakt. Die Antragsgegnerin verweist zu Recht darauf, dass es sich bei dem "Beschaffungsbeschluss" bzw. "-entschluss" um keine auf eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtete Regelung handelt, was aber ein für einen Verwaltungsakt unverzichtbares Merkmal darstellt ([§ 31 S. 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch). Nach nahezu einvernehmlicher Rechtsprechung beginnt ein Vergabeverfahren dann, wenn zwei Elemente kumulativ gegeben sind: zum einen der interne Beschaffungsentschluss, der vorliegt, wenn sich der öffentliche Auftraggeber entschließt, als Nachfrager auf dem Markt aufzutreten, zum anderen die externe Umsetzung, die darin besteht, dass der Auftraggeber äußerlich wahrnehmbare Anstalten trifft, den Auftragnehmer mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses zu ermitteln bzw. auszuwählen (stellvertretend: OLG Düsseldorf vom 17. Dezember 2014, Az.: [VII-Verg 26/14](#), und vom 27. Juni 2014, Az.: [Verg 59/17](#), OLG München vom 19. Juli 2012, Az.: [Verg 8/12](#), alle juris). Bei dem von der Antragstellerin angegriffenen "Beschaffungsbeschluss" handelt es sich um ein Bestandteil der Dokumentation des Vergabeverfahrens. Diese ist in § 8 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) vorgeschrieben und dient der späteren Nachvollziehbarkeit des Verfahrens. Insoweit wird die Dokumentation der Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung in [§ 8 Abs. 1 S. 2 VgV](#) ausdrücklich genannt.

Zwar trifft es zu, dass der "Beschaffungsbeschluss" bzw. "Eröffnungsvermerk" der Antragsgegnerin mit ihrer Bewertung einhergeht, dass die zu beschaffende Versorgung nicht mit einem hohen Dienstleistungsanteil im Sinne des [§ 127 Abs. 1 S. 6 SGB V](#) verbunden ist; denn anderenfalls dürfte die Beschaffung nicht im Wege der Ausschreibung erfolgen. Dies verschafft dem "Beschaffungsbeschluss" bzw. "Eröffnungsvermerk" jedoch noch keine Außenwirkung. Vielmehr handelt es sich nur um ein zunächst noch internes Prüfergebnis der Antragstellerin und noch nicht um eine auf eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtete Regelung. Die unmittelbare Rechtswirkung nach außen ist in dem hier streitigen Vergabeverfahren erst durch die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union eingetreten, mit dem dann das Vergabeverfahren begann.

Die sich an dieses Ergebnis anknüpfende Frage, ob eine Umdeutung des gerichtlichen Antrags auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung vom 14. August 2018 in einen zulässigen Antrag in Betracht kommt (vgl. [§ 123 SGG](#)), bedarf angesichts des weiteren Begehrens der Antragstellerin (siehe unter 2.) keiner Entscheidung.

2. Das Begehren der Antragstellerin, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Rechtsschutzes bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den "Beschaffungsbeschluss" zu untersagen, in dem Vergabeverfahren Verträge mit Bietern, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligt haben, zu schließen, ist auf das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet und kann daher gemäß [§ 156 Abs. 2 GWB](#) nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden. Damit korrespondierend ist es aufgrund von [§ 51 Abs. 3 SGG](#) als Streitigkeit in einem Vergabeverfahren nach dem GWB, das Rechtsbeziehungen nach [§ 69 SGB V](#) betrifft, von der Zuständigkeit der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit ausgenommen.

Allerdings betrifft die Argumentation der Antragstellerin die vor der Ausschreibung durch die Antragsgegnerin zu klärende sozialrechtliche Vorfrage der Zweckmäßigkeit und damit das "Ob" der Ausschreibung (siehe oben unter 1 a). Bei dieser Konstellation besteht die Gefahr einer Rechtsschutzlücke; denn nach der neuen Vergaberechtsprechung des OLG Düsseldorf unterliegen die dem Beschaffungsbeschluss

vorausgehenden Erwägungen nicht der Prüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen (OLG Düsseldorf vom 27. Juni 2018, Az.: [VII-Verg 59/17](#), juris). Andererseits kann sozialgerichtlicher (Eil-)Rechtsschutz mit dem Ziel, eine Ausschreibung (vorläufig) zu verhindern, nur erlangt werden, wenn der Antrag hier noch vor der Ausschreibung und damit vor Beginn des Vergabeverfahrens gestellt wird, so dass [§§ 156 Abs. 2 GWB](#) und [51 Abs. 3 SGG](#) noch nicht greifen. Dies ist jedoch nicht immer möglich; denn es ist nicht gewährleistet, dass ein Unternehmen, das sich durch die Ausschreibung in seinen rechtlichen Interessen beeinträchtigt sieht, rechtzeitig vor der Bekanntmachung der Ausschreibung hiervon erfährt.

Vor dem Hintergrund der Anforderungen eines effektiven Rechtsschutzes ([Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz](#)) ist es daher zur Vermeidung einer Rechtsschutzlücke geboten, eine Frist einzuräumen, innerhalb der im Hinblick auf die sozialrechtliche Vorfrage der Zweckmäßigkeit und damit das "Ob" der Ausschreibung sozialgerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann, ohne dass dies nur aufgrund der dann bereits erfolgten Ausschreibung als Streitigkeit in einem Verfahren nach dem GWB bewertet wird und der Sozialrechtsweg damit versperrt wäre. Nach Auffassung der Kammer ist es insoweit naheliegend, in Anlehnung an [§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB](#) eine Frist von 15 Kalendertagen ab Bekanntmachung der Ausschreibung vorzusehen. Durch diese zeitliche Abgrenzung wird einerseits der Anspruch von potentiellen Leistungserbringern im Sinne von [§§ 69](#) und [127 SGB V](#) gewahrt, die Verletzung jedenfalls behaupteter eigener Rechte sozialgerichtlich überprüfen zu lassen, andererseits aber eine Rechtswegzersplitterung mit der Konsequenz eines Leerlaufens des im Verfahren nach dem GWB geltenden Beschleunigungsgebots (vgl. [§§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 4](#), [163 Abs. 1](#), [167](#), [172 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1](#), [176 GWB](#)) verhindert.

Vorliegend hat die Antragstellerin ihren gegen das "Ob" der Ausschreibung gerichteten Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz vor dem Sozialgericht ([§ 86 b Abs. 2 S. 2 SGG](#)) jedoch erst am 14. August 2018 und damit mehr als neun Monate nach der Ausschreibung gestellt. Zu diesem Zeitpunkt hatte sich die Frage des "Ob" der Ausschreibung schon lange erledigt und das Vergabeverfahren war entsprechend weit fortgeschritten. Zuvor hatte die Antragstellerin noch in ihrer vergaberechtlichen Beschwerdeschrift an das OLG Düsseldorf vom 27. Februar 2018 (Anlage Ag. 3, dort Seite 4) ausdrücklich hervorgehoben, dass sie gerade nicht die Sozialgerichtsbarkeit angerufen habe, um dort die Zulässigkeit der Ausschreibung überprüfen zu lassen. Es gehe ihr nicht um einen "Generalangriff" gegen die Ausschreibung. Ausweislich der Entscheidungsgründe des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 19.9.2018, Az.: VII Verg17/18, Umdruck Seiten 12 und 33) hat die Antragstellerin diese Klarstellung in der mündlichen Verhandlung am 4. Juli 2018 wiederholt.

Die Zulässigkeit des Sozialrechtswegs in einer derart späten Phase des Vergabeverfahrens widerspräche der gesetzgeberischen Konzeption des Rechtsschutzes an der Schnittstelle von GWB und [§ 69 SGB V](#). Diese ist geprägt durch die Grundsätze von Konzentration und Beschleunigung, wobei [§ 156 Abs. 2 GWB](#) und [§ 51 Abs. 3 SGG](#) ein Nebeneinander von vergaberechtlichen und sozialgerichtlichen Rechtsschutz verhindern wollen. Wäre der Sozialrechtsweg für die Antragstellerin jetzt noch eröffnet, wäre es hier zu parallelen materiellrechtlichen Prüfungen des "Ob" und des "Wie" der Ausschreibung in zwei verschiedenen Gerichtsbarkeiten gekommen und darüber hinaus zur materiellrechtlichen Prüfung des "Ob", nachdem über die Mängelrügen der Antragstellerin im Hinblick auf das "Wie" durch das OLG Düsseldorf bereits abschließend entschieden worden ist. Es liegt auf der Hand und zeigt sich gerade im vorliegenden Fall, dass die aus einer solchen Zersplitterung des Rechtswegs und Durchmischung der Verfahren erwachsenden Komplikationen die Gesamtverfahrensdauer für die Überprüfung der Ausschreibung wesentlich verlängern würden.

Ist somit der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit für das von der Antragstellerin angestrebte Verbot, Verträge mit Bieter, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligt haben, zu schließen, zum Zeitpunkt der Antragstellung beim Sozialgericht am 14. August 2018 schon nicht mehr gegeben gewesen, scheidet eine Verweisung des Verfahrens an die Vergabekammer des Bundes und ebenso an das OLG Düsseldorf aus. Bei der Vergabekammer handelt es sich um kein Gericht (vgl. [§§ 158](#), [168 Abs. 3 GWB](#)). Eine direkte Verweisung an das OLG Düsseldorf würde die Vergabekammern umgehen, wäre nicht sachgerecht und mit den Vergaberegeln nicht vereinbar (Thüringer LSG vom 17. August 2018, Az. [L 6 KR 708/18 B ER](#), juris, dort Rn. 32).

Nach allem ist der Antrag abzulehnen.

Das im Tenor ausgesprochene, bis zum 19. Dezember 2018 befristete Verbot, in dem hier streitigen Vergabeverfahren Zuschläge an Bieter zu erteilen, dient allein der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes, indem die Antragstellerin die Möglichkeit erhält, in einem etwaigen Beschwerdeverfahren beim LSG einen Hängebeschluss zu erwirken.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a Abs. 1 S. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung. Die Streitwertfestsetzung bleibt einem gesonderten Beschluss vorbehalten.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2018-12-10