

Geschäftsverzeichnissnr. 4932
Urteil Nr. 47/2011 vom 30. März 2011

URTEIL

In Sachen: Klage auf Nichtigkeitklärung der Artikel 65/22 § 2 und 65/32 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, eingefügt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 zur Einfügung eines neuen Buches über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel in das vorerwähnte Gesetz vom 24. Dezember 1993, erhoben von der Gemeinde Auderghem.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Vorsitzenden R. Henneuse und M. Bossuyt, und den Richtern J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey und P. Nihoul, unter Assistenz des Kanzlers P.-Y. Dutilleux, unter dem Vorsitz des Vorsitzenden R. Henneuse,

verkündet nach Beratung folgendes Urteil:

*

* *

I. *Gegenstand der Klage und Verfahren*

Mit einer Klageschrift, die dem Hof mit am 12. Mai 2010 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 14. Mai 2010 in der Kanzlei eingegangen ist, erhob die Gemeinde Auderghem Klage auf Nichtigerklärung der Artikel 65/22 § 2 und 65/32 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, eingefügt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 zur Einfügung eines neuen Buches über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel in das vorerwähnte Gesetz vom 24. Dezember 1993 (veröffentlicht im *Belgischen Staatsblatt* vom 28. Dezember 2009, dritte Ausgabe).

Der Ministerrat hat einen Schriftsatz eingereicht, die klagende Partei hat einen Erwiderungsschriftsatz eingereicht und der Ministerrat hat auch einen Gegenerwiderungsschriftsatz eingereicht.

Auf der öffentlichen Sitzung vom 26. Januar 2011

- erschienen
- . E. Schoonbroodt, Gemeindesekretär der Gemeinde Auderghem, für die klagende Partei,
- . RA S. Depré und RÄin K. Man, in Brüssel zugelassen, für den Ministerrat,
- haben die referierenden Richter P. Nihoul und T. Merckx-Van Goey Bericht erstattet,
- wurden die vorgenannten Parteien angehört,
- wurde die Rechtssache zur Beratung gestellt.

Die Vorschriften des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, die sich auf das Verfahren und den Sprachengebrauch beziehen, wurden zur Anwendung gebracht.

II. *In rechtlicher Beziehung*

(...)

In Bezug auf die angefochtenen Bestimmungen

B.1.1. Die klagende Partei beantragt die Nichtigerklärung der Artikel 65/22 § 2 und 65/32 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, eingefügt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 2009 zur

Einfügung eines neuen Buches über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge.

B.1.2. Artikel 65/22 des vorerwähnten Gesetzes bestimmt:

« Auf Antrag jedes Interessierten und nach erfolgter Prüfung aller relevanten Aspekte verhängt die Beschwerdeinstanz eine Ersatzsanktion im Sinne von § 1, wenn der Auftraggeber den Auftrag im Widerspruch zu Artikel 65/11 Absätze 1 und 2 vergeben hat, wobei dieser Verstoß jedoch

1. den Submittenten nicht daran gehindert hat, einen Aussetzungsantrag im Sinne von Artikel 65/11 Absatz 2 einzureichen, und

2. nicht mit einem Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht über öffentliche Aufträge, das Gesetz oder dessen Ausführungserlasse einherging, der die Chancen für den Submittenten, den Auftrag zu erhalten, nachteilig beeinflusst hätte.

Die als Ersatzsanktion verhängten Geldbußen werden der Staatskasse zugeführt ».

B.1.3. Artikel 65/32 des vorerwähnten Gesetzes bestimmt:

« Wenn Artikel 65/30 Absatz 1 anwendbar ist, sind auch die Artikel 65/12, 65/13, 65/18 Absätze 1 und 4 und 65/19 bis 65/22 anwendbar.

In diesem Fall werden die in diesen Bestimmungen enthaltenen Wörter ‘europäische Bekanntmachung’ und ‘*Amtsblatt der Europäischen Union*’ jeweils durch die Wörter ‘belgische Bekanntmachung’ beziehungsweise ‘*Anzeiger der Ausschreibungen*’ ersetzt.

Wenn der Auftraggeber gemäß Artikel 65/30 Absatz 2 Artikel 65/11 Absatz 1 freiwillig anwendbar macht, sind die Artikel 65/13 und 65/17 bis 65/22 nicht anwendbar ».

B.2. Das angefochtene Gesetz « sieht einerseits die Umsetzung der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge [...] in belgisches Recht und andererseits die Einfügung von Bestimmungen, die für Aufträge gelten, welche die europäischen Schwellenwerte nicht erreichen, vor » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2009-2010, DOC 52-2276/001, S. 4).

B.3.1. Das Gesetz vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterscheidet zwischen den öffentlichen Aufträgen, die die für die verpflichtende vorherige europäische Bekanntmachung vorgeschriebenen Schwellenwerte erreichen, und den öffentlichen Aufträgen, die diese Schwellenwerte nicht erreichen. Der angefochtene Artikel 65/32 macht gewisse Bestimmungen, die auf Aufträge anwendbar sind, für die die vorherige europäische Bekanntmachung verpflichtend ist, auch anwendbar auf Bauaufträge, bei denen der zu genehmigende Angebotsbetrag ohne Mehrwertsteuer zwar unter dem europäischen Schwellenwert liegt, aber die Hälfte dieses Schwellenwertes erreicht, das heißt Bauaufträge, deren Betrag zwischen 2 422 500 und 4 845 000 Euro liegt. Diese Bauaufträge unterliegen also ebenfalls der Wartefrist zwischen dem Beschluss zur Auftragsvergabe und der Vergabe des Auftrags (Artikel 65/11, 65/12 und 65/13 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993), und die Nichtbeachtung dieser Wartefrist durch den Auftraggeber kann auch für diese Bauaufträge, wenn sie vergeben werden, mit einer Unwirksamerklärung oder mit einer Ersatzsanktion bestraft werden.

B.3.2. Die Sanktion der Unwirksamerklärung und die Ersatzsanktionen wurden in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 eingefügt durch das Gesetz vom 23. Dezember 2009. In Anwendung von Artikel 65/17 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 erklärt die Beschwerdeinstanz den Auftrag für unwirksam, wenn er entweder ohne vorherige europäische Bekanntmachung vergeben wurde, während diese durch das europäische Gemeinschaftsrecht oder durch das anwendbare innerstaatliche Recht vorgeschrieben war, oder wenn er vor Ablauf der in Artikel 65/11 Absatz 1 festgelegten Wartefrist oder vor der Entscheidung der Beschwerdeinstanz über den Aussetzungsantrag oder den Antrag auf vorläufige Maßnahmen vergeben wurde. Im zweiten Fall ergeht die Unwirksamerklärung, wenn der geahndete Verstoß « einem Submittenten die Möglichkeit entzogen hat, ein Verfahren auf Aussetzung im Sinne von Artikel 65/11 Absatz 2 einzuleiten oder zu Ende zu führen, und dieser Verstoß mit einem Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht über öffentliche Aufträge, das Gesetz oder dessen Ausführungserlasse einhergeht, der die Chancen für einen Submittenten, den Auftrag zu erhalten, nachteilig beeinflusst hat ».

B.3.3. Die Beschwerdeinstanz wird die Unwirksamerklärung nicht verhängen, dafür aber in Anwendung von Artikel 65/20 eine Ersatzsanktion anwenden, « wenn sie nach erfolgter Prüfung aller relevanten Aspekte der Ansicht ist, dass zwingende Gründe allgemeinen Interesses es

erforderlich machen, dass der Auftrag weiterhin wirksam ist ». Sie wird eine Ersatzsanktion auch dann verhängen, wenn der Auftraggeber den Auftrag vergeben hat unter Missachtung der Wartefrist oder vor der Entscheidung der Beschwerdeinstanz über einen Aussetzungsantrag oder einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen, wenn dieser Verstoß gegen Artikel 65/11 dem Submittenten nicht die Möglichkeit entzogen hat, einen Aussetzungsantrag einzureichen, und wenn dieser Verstoß mit einem anderen Verstoß gegen das europäische Gemeinschaftsrecht oder das innerstaatliche Recht einhergeht, der die Chancen für den Submittenten, den Auftrag zu erhalten, nicht nachteilig beeinflusst hat (Artikel 65/22 § 2 desselben Gesetzes). Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass in diesem Fall « eine rückwirkende Annullierung aller vertraglichen Verpflichtungen eine unverhältnismäßig schwere Sanktion gewesen wäre » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2010-2011, DOC-52-2276/001, S. 38).

Die Ersatzsanktion besteht darin, die Laufzeit des Auftrags zu verkürzen oder dem Auftraggeber eine Geldbuße aufzuerlegen. Die Beschwerdeinstanz kann sich auch dafür entscheiden, die beiden Ersatzsanktionen zu verhängen.

In Bezug auf den ersten Klagegrund

B.4.1. In ihrem ersten Klagegrund wirft die klagende Partei den von ihr angefochtenen Bestimmungen vor, die Rechtsmittel, die darauf abzielen würden, eine Ersatzsanktion verhängen zu lassen, für neue, andere Kategorien von Personen zugänglich zu machen, die möglicherweise viel zahlreicher seien als diejenigen, die beim Richter eine Sanktion beantragen könnten, die in der Annullierung oder Aussetzung des Beschlusses zur Auftragsvergabe, in einer Unwirksamklärung oder in der Gewährung von Schadenersatz bestehe. Die klagende Partei fürchte demzufolge, ohne Rechtfertigung mit einer Erhöhung der Anzahl Beschwerden konfrontiert zu werden, denen sie als Auftraggeber gegenüberstehe.

B.4.2. In Anwendung von Artikel 65/14 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 kann die Beschwerdeinstanz die Beschlüsse der Auftraggeber « auf Antrag jeder Person, die ein Interesse daran hat oder gehabt hat, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und durch den vorgeblichen Verstoß benachteiligt wurde oder zu werden droht » annullieren. Die Aussetzung derselben Beschlüsse kann unter den gleichen Bedingungen angeordnet werden (Artikel 65/15 desselben

Gesetzes). Den Personen, die durch einen der Verstöße im Sinne des vorerwähnten Artikels 65/14 benachteiligt wurden, kann Schadenersatz gewährt werden (Artikel 65/16 desselben Gesetzes). Die Sanktion der Unwirksamerklärung des Auftrags kann hingegen von der Beschwerdeinstanz auf Antrag jedes Interessehabenden verhängt werden (Artikel 65/17 desselben Gesetzes). Das Gleiche gilt für die Ersatzsanktionen (Artikel 65/22 desselben Gesetzes).

B.4.3. Die klagende Partei ist der Ansicht, dass die angefochtenen Bestimmungen zwischen den Kategorien von Klägern, die beim Richter die Unwirksamerklärung eines vergebenen Auftrags beantragen könnten, und den Kategorien von Klägern, die die Verhängung einer Ersatzsanktion beantragen könnten, einen Behandlungsunterschied einführen, der nicht mit den Artikeln 10 und 11 der Verfassung vereinbar sei. Sowohl Artikel 65/17, der sich auf die Unwirksamerklärung bezieht, als auch Artikel 65/22 § 2, der sich auf die Ersatzsanktionen bezieht, sehen jedoch vor, dass die Beschwerdeinstanz diese Sanktionen « auf Antrag jedes Interessehabenden » verhängt. Die Beschwerdeinstanz wird den Auftrag hingegen für unwirksam erklären oder die Sanktion auf eine der Ersatzsanktionen beschränken, je nachdem, ob die Nichtbeachtung der Wartefrist oder der Frist, innerhalb deren die Beschwerdeinstanz über einen Aussetzungsantrag oder einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen befindet, einem Submittenten die Möglichkeit entzogen hat, ein Verfahren auf Aussetzung einzuleiten oder zu Ende zu führen, und die Missachtung der Wartefrist mit einem Verstoß gegen das europäische Gemeinschaftsrecht oder das innerstaatliche Recht einhergeht, der die Chancen für den Submittenten, den Auftrag zu erhalten, nachteilig beeinflusst hat oder nicht.

Daraus ergibt sich, dass die Kategorien von Klägern, die bei der Beschwerdeinstanz eine Unwirksamerklärung beantragen können, und diejenigen, die eine Ersatzsanktion beantragen können, im Wortlaut des angefochtenen Gesetzes auf die gleiche Weise definiert worden sind, weshalb es keine Diskriminierung zwischen diesen Kategorien von Klägern geben könnte.

Es ist jedoch richtig, dass die Kategorien von Klägern, die eine Unwirksamerklärung und eine Ersatzsanktion beantragen können, weitgefasser definiert sind als die Kategorien von Klägern, die die Annullierung oder Aussetzung der vom Auftraggeber gefassten Beschlüsse beantragen können. Die letztgenannten Kategorien müssen nämlich nachweisen, dass sie ein

Interesse daran haben oder gehabt haben, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und dass sie durch den vorgeblichen Verstoß benachteiligt wurden oder zu werden drohen.

B.5. Im Gegensatz zu dem, was die klagende Partei vorbringt, hat der Gesetzgeber die auf die Verhängung einer Ersatzsanktion abzielende Klage nicht zu einer « auf die Popularklage beschränkte » Rechtsklage gemacht, da er präzisiert hat, dass diese Klage nur von « Interessehabenden » erhoben werden kann. Der Kläger muss also nachweisen, dass er ein Interesse daran hat, dass die Sanktion verhängt wird. Es wird Sache der zuständigen Rechtsprechungsorgane sein, zu definieren, was in diesem Kontext unter Interesse an der Klageerhebung zu verstehen ist, wobei vorkommendenfalls von den Vorarbeiten zu den angefochtenen Bestimmungen ausgegangen werden kann.

B.6. Der Gesetzgeber konnte übrigens dadurch, dass er in die Rechtsvorschriften über öffentliche Aufträge neue Sanktionen aufgenommen hat, die darauf abzielen, die Wartefristen von den Auftraggebern einhalten zu lassen, die Kategorien von Personen, die die Verhängung dieser neuen Sanktionen bei der Beschwerdeinstanz beantragen können, aufgrund des von ihm verfolgten Ziels definieren, und er war nicht dazu gehalten, die Bedingungen für die Zulässigkeit dieser neuen Sanktionen auf diejenigen abzustimmen, die in den bisherigen Rechtsvorschriften für Rechtsklagen zur Erwirkung der Annullierung, der Aussetzung oder des Schadenersatzes vorgesehen waren. Zusammen mit dem europäischen Gesetzgeber stellt er fest, dass « die Unwirksamkeit [...] das beste Mittel [ist], um den Wettbewerb wiederherzustellen und neue Geschäftsmöglichkeiten für die Wirtschaftsteilnehmer zu schaffen, denen rechtswidrig Wettbewerbsmöglichkeiten vorenthalten wurden », und in dieser Hinsicht konnte er die Rechtsklage zur Erwirkung der Unwirksamklärung nicht nur für die Interesse habenden Unternehmen zugänglich machen, sondern auch für « die Behörde, die den Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht aufheben muss », sowie für « beispielsweise die Regionalbehörde, die die Aufsicht über den Auftraggeber ausübt » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2009-2010, DOC 52-2276/001, S. 33).

B.7. Der erste Klagegrund ist unbegründet.

In Bezug auf den zweiten Klagegrund

B.8. In ihrem zweiten Klagegrund macht die klagende Partei dem durch Artikel 2 des angefochtenen Gesetzes in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 eingefügten Artikel 65/32 zum Vorwurf, dass er die Rechtsmittel, die eigens für jene Aufträge gelten würden, deren Schätzwert den Schwellenwert erreiche, ab dem eine europäische Bekanntmachung erforderlich sei, auf Bauaufträge ausdehne, deren Wert unterhalb dieses Schwellenwertes angesiedelt werde. Sie ist der Meinung, dass der Gesetzgeber somit eine Diskriminierung zwischen Bauaufträgen einerseits und Liefer- und Dienstleistungsaufträgen andererseits geschaffen habe und dass er den objektiven Unterschied zwischen den den Richtlinien der Europäischen Union unterliegenden Aufträgen und den diesen Richtlinien nicht unterliegenden Aufträgen missachtet habe, wobei er die Auswirkungen dieser Maßnahme auf die von den Auftraggebern zu tragenden Kosten nicht berücksichtigt habe.

B.9. Aus den Vorarbeiten zur fraglichen Bestimmung geht hervor, dass der Gesetzgeber festgestellt hat, « dass es einen zu großen Behandlungsunterschied gibt zwischen den Aufträgen, deren Betrag die [europäischen] Schwellenwerte überschreitet, bei denen ein optimaler Rechtsschutz für die abgelehnten Submittenten vorhanden ist, und denjenigen, deren Betrag die Schwellenwerte unterschreitet, bei denen die Prinzipien in Sachen Information und Transparenz leichter verletzt werden können », und dass er demzufolge beschlossen hat, eine Reihe von Bestimmungen auf sämtliche Aufträge für anwendbar zu erklären. Er war jedoch der Ansicht, dass nicht alle Aufträge den Bestimmungen bezüglich der Einhaltung der Wartefrist und der Unwirksamklärung zu unterwerfen seien, da « es nicht opportun ist, diese Aufträge einer zu schweren Regelung zu unterwerfen ». Er hat sich jedoch dafür entschieden, die Einhaltung der Regeln in Bezug auf die Wartefrist, die Unwirksamklärung und die Ersatzsanktionen für Bauaufträge, deren Betrag zwischen dem europäischen Schwellenwert und der Hälfte dieses Schwellenwertes gelegen ist, aufzuerlegen; dabei ging er davon aus, dass « dieser Betrag nämlich bedeutsam ist und die Anwendung einer strengeren Regelung rechtfertigt, wodurch den betreffenden Unternehmen mehr Transparenz geboten wird » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2009-2010, DOC 52-2276/001, SS. 43-44).

B.10. Der angeprangerte Behandlungsunterschied beruht auf zwei objektiven Kriterien, und zwar einerseits der Art des betreffenden öffentlichen Auftrags und andererseits dessen Betrag. Es liegt im Ermessen des Gesetzgebers, sich dafür zu entscheiden, auf bestimmte Aufträge, die unter Bezugnahme auf von ihm festgelegte Beträge, die je nach der Art des betreffenden Auftrags unterschiedlich sein können, definiert worden sind, zwingendere Maßnahmen anzuwenden. Wenn er der durch das europäische Gemeinschaftsrecht auferlegten Regelung sämtliche Aufträge unterwirft, die durch dieses Recht ins Auge gefasst werden, hindert ihn nichts daran, ihr ebenfalls Aufträge zu unterwerfen, die die durch die europäische Regelung festgelegten Schwellenwerte unterschreiten. Er konnte ohne Verletzung der Artikel 10 und 11 der Verfassung davon ausgehen, dass der Schwellenwert, der in den Bestimmungen bezüglich der europäischen Bekanntmachung für Bauaufträge festgelegt worden ist, zu hoch war für dessen Anwendung auf den belgischen Kontext, so dass umfangreiche Aufträge in diesem Kontext dem Schutz entgingen, der in gewissen zwingenden Bestimmungen vorgesehen war, während dies bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht der Fall war.

B.11. Der zweite Klagegrund ist unbegründet.

Aus diesen Gründen:

Der Hof

weist die Klage zurück.

Verkündet in französischer, niederländischer und deutscher Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, in der öffentlichen Sitzung vom 30. März 2011.

Der Kanzler,

Der Vorsitzende,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse