

Geschäftsverzeichnisnr. 3360
Urteil Nr. 179/2005 vom 7. Dezember 2005

URTEIL

In Sachen: Klage auf Nichtigerklärung der Artikel 302 und 308 (öffentliche Aufträge) des Programmgesetzes vom 9. Juli 2004, erhoben von C. De Wolf.

Der Schiedshof,

zusammengesetzt aus den Vorsitzenden A. Arts und M. Melchior, und den Richtern M. Bossuyt, A. Alen, J.-P. Snappe, E. Derycke und J. Spreutels, unter Assistenz des Kanzlers P.-Y. Dutilleux, unter dem Vorsitz des Vorsitzenden A. Arts,

verkündet nach Beratung folgendes Urteil:

*

* *

I. Gegenstand der Klage und Verfahren

Mit einer Klageschrift, die dem Hof mit am 17. Januar 2005 bei der Post aufgegebenem Einschreibebrief zugesandt wurde und am 18. Januar 2005 in der Kanzlei eingegangen ist, erhob C. De Wolf, Etikhovestraat 6 in 9680 Maarkedal, Klage auf Nichtigerklärung der Artikel 302 und 308 (öffentliche Aufträge) des Programmgesetzes vom 9. Juli 2004 (veröffentlicht im *Belgischen Staatsblatt* vom 15. Juli 2004, zweite Ausgabe).

Am 8. Februar 2005 haben die referierenden Richter A. Alen und J.-P. Snappe in Anwendung von Artikel 71 Absatz 1 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Schiedshof den Vorsitzenden davon in Kenntnis gesetzt, dass sie dazu veranlasst werden könnten, dem in beschränkter Kammer tagenden Hof vorzuschlagen, ein Urteil zu verkünden, in dem festgestellt wird, dass die Klage auf Nichtigerklärung offensichtlich unzulässig ist.

Die klagende Partei hat einen Begründungsschriftsatz eingereicht.

Durch Anordnung vom 3. März 2005 hat der Hof beschlossen, die Untersuchung der Rechtssache gemäß dem ordentlichen Verfahren fortzuführen.

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 20. Oktober 2005

- erschienen
- . die klagende Partei, persönlich,
- . RA D. D’Hooghe, in Brüssel zugelassen, für den Ministerrat,
- haben die referierenden Richter A. Alen und J.-P. Snappe Bericht erstattet,
- wurden die vorgenannten Parteien angehört,
- wurde die Rechtssache zur Beratung gestellt.

Die Vorschriften des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Schiedshof, die sich auf das Verfahren und den Sprachengebrauch beziehen, wurden eingehalten.

II. In rechtlicher Beziehung

(...)

B.1. Der Kläger beantragt die Nichtigkeitserklärung der Artikel 302 und 308 des Programmgesetzes vom 9. Juli 2004, das im *Belgischen Staatsblatt* vom 15. Juli 2004 (zweite Ausgabe) veröffentlicht wurde und ein Kapitel *Ibis* - Information - in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge einfügt.

Diese Bestimmungen lauten:

« Art. 302. In Buch I Titel II desselben Gesetzes [vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge] wird ein Kapitel *Ibis* mit folgendem Wortlaut eingefügt:

' KAPITEL *Ibis* - Information

Art. 21*bis*. § 1. Der öffentliche Auftraggeber setzt Bewerber, die nicht ausgewählt worden sind, und Submittenten, deren Angebot als nicht ordnungsgemäß betrachtet oder nicht gewählt worden ist, in bestmöglicher Frist von einem sie betreffenden Beschluss in Kenntnis. Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf bestimmte Aufträge, die im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung vergeben werden und deren Liste der König festlegt.

Der König legt die Regeln in Bezug auf die Verpflichtung fest, Bewerbern und Submittenten die Gründe für einen sie betreffenden Beschluss mitzuteilen. Er kann Ausnahmen für bestimmte Aufträge, die im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung vergeben werden, vorsehen.

§ 2. Erreicht der Wert eines öffentlichen Auftrags den geschätzten Betrag, so wie dieser vom König für die europäische Bekanntmachung bei Einleitung des Verfahrens festgelegt worden ist, übermittelt der öffentliche Auftraggeber per Einschreiben zusammen mit der in § 1 erwähnten Mitteilung:

1. Bewerbern oder Submittenten, die nicht ausgewählt worden sind, die Gründe dafür,
2. Submittenten, deren Angebot als nicht ordnungsgemäß betrachtet worden ist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots,
3. Submittenten, deren Angebot nicht gewählt worden ist, den mit Gründen versehenen Beschluss zur Vergabe des Auftrags.

Ein öffentlicher Auftraggeber gewährt Bewerbern und Submittenten eine von ihm festgelegte Frist, die mindestens zehn Tage ab dem Tag nach Versendung der Gründe betragen muss, damit sie eventuell eine Beschwerde bei einem Rechtsprechungsorgan einreichen können; eine solche Beschwerde ist je nach Fall nur möglich im Eilverfahren vor dem ordentlichen Richter beziehungsweise im Dringlichkeitsverfahren vor dem Staatsrat. Geht innerhalb der

gewährten Frist bei der Anschrift, die der betreffende öffentliche Auftraggeber angegeben hat, keine an ihn gerichtete schriftliche Mitteilung in diesem Sinne ein, darf das Verfahren fortgesetzt werden.

Die Bestimmungen des vorliegenden Paragraphen müssen nicht eingehalten werden:

- bei Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung im Sinne von Artikel 17 § 2 des Gesetzes, wenn es nicht möglich ist mehrere Mitbewerber anzusprechen, und im Fall der Anwendung von Artikel 17 § 2 Nr. 1 Buchstabe b) und c) des Gesetzes,

- bei Aufträgen im Verteidigungsbereich im Sinne von Artikel 296 § 1 Buchstabe b) des Vertrags,

- in ordnungsgemäß mit Gründen versehenen Ausnahmefällen, bei denen im Rahmen eines beschleunigten Verfahrens im Sinne von § 1 Absatz 2 der Artikel 6, 32 und 58 des Königlichen Erlasses vom 8. Januar 1996 über öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge und öffentliche Baukonzessionen aus Gründen der Dringlichkeit eine Verkürzung der Frist für den Eingang von Teilnahmeanträgen auf weniger als zwanzig Tage und der Frist für den Eingang von Angeboten auf weniger als fünfzehn Tage notwendig ist.

§ 3. Bestimmte Angaben müssen jedoch nicht mitgeteilt werden, wenn diese Offenlegung den Gesetzesvollzug behindern, dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen oder die berechtigten geschäftlichen Interessen von öffentlichen oder privaten Unternehmen oder den lauterem Wettbewerb zwischen diesen beeinträchtigen würde. ' ».

« Art. 308. In Artikel 41 desselben Gesetzes [vom 24. Dezember 1993] werden zwischen den Wörtern ' 19, ' und ' 22 ' die Wörter ' 21bis §§ 1 und 3, ' eingefügt ».

In Bezug auf die Zulässigkeit

B.2. Der Ministerrat ficht das Interesse des Klägers an der Nichtigkeitserklärung der Artikel 302 und 308 des Programmgesetzes vom 9. Juli 2004 an.

B.3. Die Verfassung und das Sondergesetz vom 6. Januar 1989 über den Schiedshof erfordern, dass jede natürliche oder juristische Person, die eine Nichtigkeitsklage erhebt, ein Interesse nachweist. Das erforderliche Interesse liegt nur bei jenen Personen vor, deren Situation durch die angefochtene Rechtsnorm unmittelbar und ungünstig beeinflusst werden könnte; demzufolge ist die Popularklage nicht zulässig.

B.4.1. Der Kläger beruft sich zunächst auf ein Interesse als Rechtsanwalt, dessen Praxis hauptsächlich in der Beratung und Begleitung von Verfahren des öffentlichen Rechts, insbesondere in Bezug auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, besteht. In dieser Eigenschaft

bestehe sein Interesse in der wünschenswerten und sogar notwendigen Rechtssicherheit bei der Beratung.

B.4.2. Die Lage des Klägers ist nicht direkt und nachteilig durch die Regelung betroffen, bei der das Verfahren des Rechtsschutzes nur auf eine bestimmte Kategorie von öffentlichen Aufträgen anwendbar ist, für die er in seiner bloßen Eigenschaft als Rechtsanwalt und Berater für öffentliche Aufträge nach seiner Darlegung eine « wünschenswerte und sogar notwendige Rechtssicherheit » anstrebt.

Das vom ihm angeführte Interesse einzig und allein als Rechtsanwalt oder Rechtsberater für öffentliche Aufträge unterscheidet sich nicht von dem Interesse einer jeden Person daran, dass in allen Angelegenheiten die Gesetzmäßigkeit eingehalten wird, nämlich im vorliegenden Fall, dass der angeprangerten ungleichen Behandlung von Teilnehmern an Ausschreibungsverfahren für verschiedene Arten von öffentlichen Aufträgen abgeholfen wird. Ein solches Interesse anzunehmen, um vor dem Hof zu klagen, würde der Annahme der Popularklage gleichkommen, was der Verfassungsgeber nicht gewollt hat.

B.5.1. Der Kläger beruft sich jedoch auch auf sein Interesse, als Rechtsberater gegebenenfalls selbst an öffentlichen Aufträgen in Bezug auf Rechtsdienstleistungen teilzunehmen, auf die die erste angefochtene Bestimmung angesichts des Betrags des zu vergebenden Auftrags nicht anwendbar sein könne. Dadurch werde ihm unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes, wie im ersten Teil des Klagegrunds angeführt wird, das Recht versagt, sich auf die durch diese Bestimmung eingeführte Regelung über den Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen zu berufen.

B.5.2. Aus den vom Kläger vorgelegten Dokumenten geht hervor, dass er sich in der Vergangenheit an Ausschreibungsverfahren für öffentliche Aufträge in Bezug auf Rechtsdienstleistungen beteiligt hat. Für öffentliche Aufträge in Bezug auf Rechtsdienstleistungen, die nicht den vorgesehenen Betrag erreichen, « so wie dieser vom König für die europäische Bekanntmachung [...] festgelegt worden ist », kann der Kläger sich nicht auf das Verfahren berufen, das in Artikel 21bis § 2 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 in der durch den angefochtenen Artikel 302 des Programmgesetzes vom 9. Juli 2004 eingeführten Fassung festgelegt wurde. Insofern kann seine Lage durch die angefochtene Norm ausreichend direkt und nachteilig betroffen sein und weist er somit das erforderliche Interesse nach, um die Nichtigerklärung dieser Bestimmung zu beantragen.

B.6.1. Im zweiten Teil des Klagegrunds prangert der Kläger ebenfalls den Behandlungsunterschied zwischen Personen an, die an öffentlichen Aufträgen in traditionellen

Sektoren teilnehmen, und Personen, die an öffentlichen Aufträgen für die Ausführung von Bauarbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen in den Sektoren Wasser, Energie, Transport und Postdienstleistungen teilnehmen, wegen des fehlenden Stillhalteprinzips im Verfahren bezüglich der letztgenannten öffentlichen Aufträge.

B.6.2. Der Kläger, der nicht beruflich in diesen besonderen Sektoren tätig ist, kann in der angeführten Eigenschaft nicht direkt und nachteilig betroffen sein von dem fehlenden Stillhalteprinzip in der Rechtsschutzregelung für öffentliche Aufträge in den Versorgungssektoren.

Sein Interesse unterscheidet sich somit nicht von dem in B.4.2 für unzureichend befundenen Interesse.

B.7. Die vom Kläger eingereichte Nichtigkeitsklage ist daher nur zulässig, insofern er sich in seiner Eigenschaft als aktiver Teilnehmer an der Ausschreibung von öffentlichen Aufträgen in Bezug auf Rechtsdienstleistungen über das fehlende Stillhalteprinzip in dem Verfahren für öffentliche Aufträge in Bezug auf Rechtsdienstleistungen beschwert, die nicht den veranschlagten Betrag erreichen, so wie dieser vom König für die europäische Bekanntmachung festgelegt worden ist.

Der Hof wird die Klage nur in diesem Maße prüfen.

Zur Hauptsache

B.8. Nach Darlegung des Klägers werde gegen den Grundsatz der Gleichheit und Nichtdiskriminierung verstoßen, indem die im Gesetz vom 24. Dezember 1993 in Artikel 21bis § 2 eingeführte Regelung, bei der der öffentliche Auftraggeber eine besondere Bekanntmachung vornehmen und eine Wartefrist einhalten müsse vor der Fortsetzung des Ausschreibungsverfahrens (das Stillhalteprinzip), ausschließlich auf öffentliche Aufträge anwendbar sei, die den veranschlagten Betrag erreichten, so wie dieser vom König für die europäische Bekanntmachung festgelegt worden sei, während diese Rechtsschutzmaßnahme nicht gelte für öffentliche Aufträge, deren veranschlagter Betrag diesen Schwellenwert für die verpflichtende europäische Bekanntmachung nicht erreiche. Für diesen Behandlungsunterschied bestünden nach Auffassung des Klägers keine triftigen Gründe.

B.9. Der angeprangerte Behandlungsunterschied zwischen den verschiedenen Kategorien von Teilnehmern und Submittenten bei Ausschreibungen in Bezug auf öffentliche Aufträge beruht auf einem objektiven Kriterium, nämlich dem Betrag des öffentlichen Auftrags.

B.10.1. Die durch das Programmgesetz vom 9. Juli 2004 vorgenommene Änderung des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 betraf « die an die Bewerber und Submittenten gerichtete Bekanntmachung, nämlich die Einführung einer Frist, bevor der Auftrag vergeben wird, für diese Aufträge, die zum allgemeinen System gehören und die für die europäische Bekanntmachung festgesetzten Schwellen erreichen » (*Parl. Dok.*, Kammer, 2003-2004, DOC 51-1139/001, S. 161). Diese Änderung wurde wie folgt gerechtfertigt:

« Paragraph 2 besagt jedoch, dass ein angemessenes System auf die öffentlichen Aufträge Anwendung findet, deren veranschlagtes Betrag ohne Mehrwertsteuer den vom König festgesetzten Betrag für die Bekanntmachung auf europäischer Ebene beim Beginn des Verfahrens erreicht. Diese Aufträge unterliegen nämlich der Anwendung der bestehenden Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge. In diesem Fall muss der öffentliche Auftraggeber die nicht ausgewählten Bewerber oder Submittenten sowie die Submittenten, deren Angebot als nicht ordnungsgemäß angesehen wurde oder nicht berücksichtigt wurde, nicht nur sofort informieren, sondern ihnen auch die sie betreffende begründete Entscheidung mitteilen. Anschließend muss eine Frist von mindestens zehn Tagen ab dem Tag nach dem Versand eingehalten werden, damit die Bewerber und Submittenten die Möglichkeit haben, die Begründung der Entscheidung zu prüfen und, falls sie der Auffassung sind, dass sie durch diese Entscheidung benachteiligt werden, Beschwerde bei einem Rechtsprechungsorgan einzulegen. In seinem Gutachten schlägt der Staatsrat vor, die Mindestfrist um zehn Tage zu verlängern. Dieser Vorschlag ist nicht zu berücksichtigen, da es sich um eine vernünftige Mindestfrist handelt, die von der Europäischen Kommission erlaubt ist und in anderen Mitgliedstaaten angewandt wird. Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 89/665/EWG über die Nachprüfungsverfahren besagt außerdem, dass vorläufige Maßnahmen innerhalb der kürzest möglichen Frist möglich sein müssen. Da es sich außerdem um eine Mindestfrist handelt, muss jeder öffentliche Auftraggeber prüfen, ob angesichts der Vielschichtigkeit des Auftrags keine längere Frist erforderlich ist.

[...]

In seinem Urteil 'Alcatel' vom 28. Oktober 1999 (Rechtssache C-81/98) über die Auslegung der Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nämlich entschieden, dass die Mitgliedstaaten ein Nachprüfungsverfahren ausarbeiten müssen, das den nicht ausgewählten Bewerbern und den Submittenten, deren Angebot als nicht ordnungsgemäß angesehen oder nicht ausgewählt wurde, die Möglichkeit bietet, eine Klage auf Nichtigkeitsklärung der Entscheidung vor der Vergabe des Auftrags, falls dieser ungesetzlich ist, einzureichen, ungeachtet der Möglichkeit, nach Abschluss des Auftrags Schadensersatz zu erhalten » (ebenda, SS. 163-165).

B.10.2. Wie aus den vorstehend angeführten Vorarbeiten deutlich hervorgeht, wollte der Gesetzgeber nur europäische Richtlinien ausführen, und aus diesem Grund hat er die

Rechtsschutzregelung auf die öffentlichen Aufträge begrenzt, auf die diese Richtlinien Anwendung finden.

Der Gesetzgeber brauchte dabei nicht besonders zu rechtfertigen, warum er diese Rechtsschutzregelung nicht auf Teilnehmer oder Submittenten für andere öffentliche Aufträge ausgedehnt hat. Zweifellos können hierfür, wie der Kläger es tut, plausible Argumente angeführt werden. Es obliegt dem Hof jedoch nicht, in dieser Sache an Stelle des Gesetzgebers eine Beurteilung vorzunehmen, da dieser bei der etwaigen Ausdehnung der Rechtsschutzregelung nicht nur die möglichen Folgen berücksichtigen muss, die sich aus einer unbegrenzten Anwendung des Stillhalteprinzips sowohl auf der Ebene des Verfahrensablaufs und der Verfahrensdauer als auch auf der Ebene der notwendigen Effizienz im Auftreten der öffentlichen Auftraggeber ergeben könnten. Diese allgemeine Sorge geht im Übrigen aus den Vorarbeiten hervor. So wurde während der Erörterung der Modalitäten des vorliegenden Verfahrens bemerkt:

«Die nach einer Stellungnahme der Kommission für die öffentlichen Aufträge im Gesetzentwurf festgehaltene Lösung dient dazu, ein Gleichgewicht zwischen der Wahrung der Rechte der konkurrierenden Unternehmen und der Notwendigkeit, die Kontinuität des Dienstes durch die Vergabe der öffentlichen Aufträge zu gewährleisten, zu schaffen. Der Entwurf bezweckt somit, eine Lösung für die Situationen auszuarbeiten, in denen Regelwidrigkeiten deutlich sind und längere Verfahrensfristen nicht als hinderlich angesehen werden » (ebenda, S. 165).

Folglich entbehrt die angefochtene Maßnahme nicht einer vernünftigen Rechtfertigung.

B.11. Der einzige Klagegrund ist nicht annehmbar.

Aus diesen Gründen:

Der Hof

weist die Klage zurück.

Verkündet in niederländischer, französischer und deutscher Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Schiedshof, in der öffentlichen Sitzung vom 7. Dezember 2005.

Der Kanzler,

Der Vorsitzende,

P.-Y. Dutilleux

A. Arts