

ÜBERSETZUNG

Geschäftsverzeichnisnr. 5076
Urteil Nr. 173/2011 vom 10. November 2011

URTEILSAUSZUG

In Sachen: Präjudizielle Frage in Bezug auf Artikel 15 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, gestellt vom Gericht erster Instanz Brüssel.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Vorsitzenden M. Bossuyt und R. Henneuse, und den Richtern E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul und F. Daoût, unter Assistenz des Kanzlers P.-Y. Dutilleux, unter dem Vorsitz des Vorsitzenden M. Bossuyt,

verkündet nach Beratung folgendes Urteil:

*

* *

I. Gegenstand der präjudiziellen Frage und Verfahren

In seinem Urteil vom 23. Dezember 2010 in Sachen der « De Meeuw » AG gegen die Flämische Gemeinschaft, dessen Ausfertigung am 5. Januar 2011 in der Kanzlei des Hofes eingegangen ist, hat das Gericht erster Instanz Brüssel folgende präjudizielle Frage gestellt:

« Verstößt Artikel 15 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, indem der Submittent, dem der Auftrag bei einer öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung zu Unrecht nicht vergeben wurde, Anrecht auf eine Pauschalentschädigung hat, die auf 10 % des Betrags des Angebots ohne Mehrwertsteuer festgesetzt ist, während der Submittent, dem der Auftrag bei einem allgemeinen oder beschränkten Angebotsaufruf zu Unrecht nicht vergeben wurde, das Bestehen und den Umfang seines Schadens gemäß den gemeinrechtlichen Regeln, so wie in den Artikeln 1382 und 1383 des Zivilgesetzbuches enthalten sind, beweisen muss?

Oder - mit anderen Worten - steht das Fehlen einer Gesetzesbestimmung, die es ermöglicht, dass der Submittent, dem der Auftrag bei einem allgemeinen oder beschränkten Angebotsaufruf zu Unrecht nicht vergeben wurde, Anrecht auf eine Pauschalentschädigung hat, die auf 10 % des Betrags des Angebots ohne Mehrwertsteuer festgesetzt ist, im Widerspruch zu den Artikeln 10 und 11 der Verfassung? ».

(...)

III. In rechtlicher Beziehung

(...)

B.1.1. Artikel 15 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, abgeändert durch das Programmgesetz vom 22. Dezember 2003, bestimmt:

« Beschließt die zuständige Behörde, den Auftrag zu vergeben, so muss sie diesen bei öffentlichen oder beschränkten Ausschreibungen dem Submittenten erteilen, der das niedrigste ordnungsgemäße Angebot abgegeben hat; andernfalls hat sie eine Pauschalentschädigung zu zahlen, die auf 10 % des Betrags dieses Angebots ohne Mehrwertsteuer festgesetzt ist. Diese Pauschalentschädigung wird durch eine Entschädigung ergänzt im Hinblick auf eine vollständige Wiedergutmachung des Schadens, wenn dieser auf eine Bestechungshandlung im Sinne von Artikel 2 des am 4. November 1999 in Straßburg verabschiedeten Zivilrechtsübereinkommens über Korruption zurückzuführen ist.

Zur Bestimmung des niedrigsten ordnungsgemäßen Angebots trägt die zuständige Behörde den angebotenen Preisen und anderen ausrechenbaren Faktoren Rechnung, die mit Sicherheit ihre Ausgaben erhöhen werden ».

Artikel 16 desselben Gesetzes bestimmt:

« Bei allgemeinen und beschränkten Angebotsaufrufen muss der Auftrag dem Submittenten erteilt werden, der das günstigste ordnungsgemäße Angebot abgegeben hat, wobei Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, die im Sonderlastenheft oder gegebenenfalls in der Auftragsbekanntmachung anzuführen sind. Die Vergabekriterien müssen sich auf den Gegenstand des Auftrags beziehen und zum Beispiel Qualität der Ware oder der Leistungen, Preis, technischer Wert, ästhetischer und funktioneller Charakter, Umwelteigenschaften, soziale und ethische Erwägungen, Nutzungskosten, Rentabilität, Kundendienst und technischen Beistand, Lieferdatum und Liefer- oder Ausführungsfrist betreffen. Außer bei anders lautender Bestimmung im Sonderlastenheft kann der öffentliche Auftraggeber von Submittenten vorgelegte freie Varianten berücksichtigen. Diese müssen den im Sonderlastenheft angegebenen Mindestanforderungen entsprechen und die zu ihrer Einreichung verlangten Voraussetzungen erfüllen ».

B.1.2. Die fragliche Bestimmung sieht eine automatische und pauschale Entschädigung für den Submittenten vor, der sich an einem Ausschreibungsverfahren beteiligt, nachstehend « der Submittent » genannt, und der das niedrigste ordnungsgemäße Angebot abgegeben hat, dem der Auftrag jedoch nicht erteilt wurde.

Gemäß dem vorerwähnten Artikel 16 hat der Submittent für ein Verfahren des Angebotsaufrufs, der das günstigste ordnungsgemäße Angebot abgegeben hat, dem der Auftrag jedoch nicht erteilt wurde, hingegen keinen Anspruch auf eine solche Pauschalentschädigung. Auf eine solche Situation findet die gemeinrechtliche Haftungsregelung der Artikel 1382 und 1383 des Zivilgesetzbuches Anwendung, so dass der abgewiesene Submittent das Bestehen und den Umfang des erlittenen Schadens beweisen muss.

B.2. Obwohl das Kriterium des « niedrigsten ordnungsgemäßen Angebots » im Falle eines Vergabeverfahrens auf dem Wege der Ausschreibung dem öffentlichen Auftraggeber keinerlei Beurteilungsspielraum lässt, während hingegen eine gewisse Beurteilungsfreiheit bei der Anwendung des Kriteriums des « günstigsten ordnungsgemäßen Angebots » im Falle eines Vergabeverfahrens auf dem Wege des Angebotsaufrufs besteht, sind ein zu Unrecht abgewiesener Submittent bei einem Verfahren auf dem Wege der Ausschreibung und ein zu Unrecht abgewiesener Submittent bei einem Verfahren auf dem Wege des Angebotsaufrufs hinlänglich miteinander vergleichbar.

Die Vergaberegeln sind nämlich in beiden Fällen darauf ausgerichtet, den freien und fairen Wettbewerb zwischen den Teilnehmern des Vergabeverfahrens sowie deren Gleichbehandlung zu gewährleisten.

B.3. Aus den Vorarbeiten geht hervor, dass der Gesetzgeber ein doppeltes Ziel angestrebt hat bei der Einführung einer Pauschalentschädigung in Höhe von 10 Prozent des Submissionspreises für zu Unrecht abgewiesene Submittenten bei einem Vergabeverfahren auf dem Wege der Ausschreibung.

Zunächst bezweckte er, im Interesse der öffentlichen Auftraggeber zu vermeiden, dass Gerichte sehr hohe Entschädigungen gewähren würden, «die in keinem Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen » (*Parl. Dok.*, Senat, 1975-1976, Nr. 723-1, S. 20).

Zweitens bezweckte er, « lange, teure und komplizierte Gerichtsverfahren zu vermeiden » (*Parl. Dok.*, Senat, 1975-1976, Nr. 723-2, S. 12). Dieses Bemühen betrifft sowohl das Vermeiden juristischer und administrativer Arbeit für die Behörde als auch die « schnellere Bezahlung, ohne ein Verfahren betreiben zu müssen » für zu Unrecht abgewiesene Submittenten (ebenda, SS. 12-13).

B.4. Die Pauschalentschädigung in Höhe von 10 Prozent des Submissionspreises und die entsprechende leichtere Beweislast gelten nur für zu Unrecht abgewiesene Submittenten bei einem Verfahren auf dem Wege der Ausschreibung. Der Gesetzgeber wollte die Pauschalentschädigung nicht auf Vergabeverfahren auf dem Wege des Angebotsaufrufs ausdehnen.

Der Gesetzgeber hat diese Entscheidung in den Vorarbeiten wie folgt begründet:

« Das Recht auf Entschädigung wird nur in einem Fall gewährt, und zwar dann, wenn bei einer öffentlichen oder einer begrenzten Ausschreibung der Submittent, der das niedrigste ordnungsgemäße Angebot eingereicht hat, abgewiesen wird. [...] »

Die Ausdehnung dieses Rechtes auf Entschädigung würde jedoch deren Zuerkennung zur Folge haben - wie durch die Beispiele des Staatsrates gezeigt wird - in den Fällen, in denen es nicht um Submittenten geht, sondern nur um angehende Submittenten, die lediglich die Möglichkeit haben, den Auftrag zu erhalten. [...] Diese restriktive Auffassung muss bestehen bleiben, denn nur im Falle einer Ausschreibung besteht ein gewisser Automatismus für die Auftragsvergabe; in den verschiedenen Fällen, die durch den Staatsrat angeführt wurden, ist es nicht sicher, dass der Auftrag dem Kläger erteilt worden wäre; folglich ist das Recht auf Entschädigung nicht gerechtfertigt, denn es besteht kein erwiesener Schaden » (*Parl. Dok.*, Senat, 1975-1976, Nr. 723-1, SS. 6-7).

B.5.1. In einem Vergabeverfahren auf dem Wege der Ausschreibung muss der öffentliche Auftraggeber eine einzige Klassifizierung der ordnungsgemäßen Angebote auf der Grundlage der vorgeschlagenen und verbesserten Preise erstellen (Artikel 113 des königlichen Erlasses vom 8. Januar 1996 über öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge und öffentliche

Baukonzessionen). Er bestimmt also lediglich auf mathematische Weise, welcher Submittent das « niedrigste ordnungsgemäße Angebot » eingereicht hat. Der Richter kann in solchen Fällen mit Sicherheit feststellen, wem der Auftrag hätte erteilt werden müssen.

In einem Vergabeverfahren auf dem Wege des Angebotsaufrufs verfügt der öffentliche Auftraggeber hingegen über eine breite Beurteilungsbefugnis bei der Wahl des « günstigsten ordnungsgemäßen Angebots » auf der Grundlage der Vergabekriterien. Angesichts dieser Beurteilungsbefugnis kann der Richter in der Regel nicht mit der gleichen Sicherheit feststellen, ob der Auftrag dem Submittenten, der glaubt, zu Unrecht abgewiesen worden zu sein, hätte erteilt werden müssen.

B.5.2. Die Entscheidung des Gesetzgebers, in einem Vergabeverfahren auf dem Wege des Angebotsaufrufs keine Pauschalentschädigung vorzusehen, ist daher sachdienlich und vernünftig gerechtfertigt.

Die präjudizielle Frage ist verneinend zu beantworten.

Aus diesen Gründen:

Der Hof

erkennt für Recht:

Artikel 15 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge verstößt nicht gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung.

Verkündet in niederländischer und französischer Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, in der öffentlichen Sitzung vom 10. November 2011.

Der Kanzler,

Der Vorsitzende,

(gez.) P.-Y. Dutilleux

(gez.) M. Bossuyt