

Geschäftsverzeichnisnr. 5213
Entscheid Nr. 131/2012 vom 30. Oktober 2012

ENTSCHEIDSAUSZUG

In Sachen: Vorabentscheidungsfrage in Bezug auf die am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat, insbesondere deren Artikel 14, das Gesetz vom 15. Januar 1990 über die Errichtung und Organisation einer Zentralen Datenbank der sozialen Sicherheit und das Gesetz vom 17. Juli 2001 über die Erlaubnis für die föderalen öffentlichen Dienste, sich für die Ausführung von Arbeiten in Bezug auf die Informationsverwaltung und -sicherheit zu vereinigen, gestellt vom Staatsrat.

Der Verfassungsgerichtshof,

zusammengesetzt aus den Präsidenten R. Henneuse und M. Bossuyt, 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 F. Meersschaut, unter dem Vorsitz des Präsidenten R. Henneuse,

verkündet nach Beratung folgenden Entscheid:

*

* *

I. Gegenstand der Vorabentscheidungsfrage und Verfahren

In seinem Entscheid Nr. 215.308 vom 23. September 2011 in Sachen der « Bedimo » AG gegen die VoG « Smals », dessen Ausfertigung am 28. September 2011 in der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, hat der Staatsrat folgende Vorabentscheidungsfrage gestellt:

« Verstoßen die am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat, insbesondere deren Artikel 14, sowie das Gesetz vom 15. Januar 1990 über die Errichtung und Organisation einer Zentralen Datenbank der sozialen Sicherheit und das Gesetz vom 17. Juli 2001 über die Erlaubnis für die föderalen öffentlichen Dienste, sich für die Ausführung von Arbeiten in Bezug auf die Informationsverwaltung und -sicherheit zu vereinigen, gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung, wenn sie dahingehend auszulegen sind, dass sie implizieren, dass eine privatrechtliche Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die sich aus Verwaltungsbehörden zusammensetzt, keine Verwaltungsbehörde darstellt und somit nicht der Beurteilung durch den Staatsrat unterliegt, auch wenn die von ihr getätigten öffentlichen Aufträge für die genannten Verwaltungsbehörden, die sie zusammensetzen, bestimmt sind, insofern diese Auslegung zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung führt zwischen einerseits den Submittenten, die sich um einen von einer Verwaltungsbehörde ausgeschriebenen öffentlichen Auftrag bewerben und den Verwaltungsbeschluss vor dem Staatsrat anfechten können, und andererseits den Submittenten, die sich um einen öffentlichen Auftrag bewerben, die von einer Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeschrieben wurde, welche sich aus Verwaltungsbehörden zusammensetzt, für die dieser Auftrag bestimmt ist, wobei diese Submittenten den Beschluss zur Auftragsvergabe nicht vor dem Staatsrat anfechten können, und zwar aus dem einzigen Grund, weil der Auftrag unmittelbar von der Vereinigung selbst ausgeschrieben und vergeben wurde, und nicht von den Verwaltungsbehörden, die diese Vereinigung bilden, während der Auftrag für diese Verwaltungsbehörden bestimmt ist? ».

(...)

III. Rechtliche Würdigung

(...)

B.1. Artikel 14 § 1 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat bestimmt:

« § 1. Die Verwaltungstreitsachenabteilung [des Staatsrates] befindet im Wege von Entscheiden über Nichtigkeitsklagen wegen Verletzung entweder wesentlicher oder unter Androhung der Nichtigkeit auferlegter Formvorschriften, wegen Befugnisüberschreitung oder wegen Befugnismissbrauch, die eingeleitet werden gegen Akte und Verordnungen:

1. der verschiedenen Verwaltungsbehörden,

2. der gesetzgebenden Versammlungen oder ihrer Organe, einschließlich der bei diesen Versammlungen eingerichteten Ombudsdienste, des Rechnungshofes, des Verfassungsgerichtshofes, des Staatsrates, der administrativen Rechtsprechungsorgane, der

Organe der rechtsprechenden Gewalt und des Hohen Justizrates, in Bezug auf öffentliche Aufträge und Personalmitglieder.

Artikel 159 der Verfassung findet ebenfalls Anwendung auf die unter Nr. 2 erwähnten Akte und Verordnungen ».

B.2.1. Artikel 17*bis* des Gesetzes vom 15. Januar 1990 « über die Errichtung und Organisation einer Zentralen Datenbank der sozialen Sicherheit » bestimmt:

« § 1. Für ihre Arbeiten in Sachen Informationsverwaltung und -sicherheit können sich die folgenden Instanzen in einer oder mehreren Vereinigungen zusammenschließen:

1. in Artikel 2 Absatz 1 Nr. 2 Buchstabe *a*) erwähnte Einrichtungen für soziale Sicherheit,
1*bis*. öffentliche Sozialhilfezentren,
2. in Artikel 2 Absatz 1 Nr. 2 Buchstabe *c*) erwähnte Einrichtungen für soziale Sicherheit,
2*bis*. in Artikel 2 Absatz 1 Nr. 2 Buchstabe *d*) erwähnte Einrichtungen für soziale Sicherheit,
2*ter*. Vereinigungen auf Gegenseitigkeit der in Nr. 1, 1*bis*, 2 und/oder 2*bis* erwähnten Instanzen,
3. die Zentrale Datenbank,
3*bis*. die eHealth-Plattform und die in Artikel 37 des Gesetzes vom 21. August 2008 zur Einrichtung und Organisation der eHealth-Plattform erwähnte Vereinigung,
4. die föderalen öffentlichen Dienste, die föderalen juristischen Personen des öffentlichen Rechts und die Vereinigungen, die erwähnt sind in Artikel 2 des Gesetzes vom 17. Juli 2001 über die Erlaubnis für die föderalen öffentlichen Dienste, sich für die Ausführung von Arbeiten in Bezug auf die Informationsverwaltung und -sicherheit zu vereinigen,
5. die öffentlichen Dienste der Gemeinschafts- und Regionalregierungen sowie die öffentlichen Einrichtungen mit Rechtspersönlichkeit, die den Gemeinschaften und Regionen unterstehen, sofern ihre Aufträge Bezug haben auf eine oder mehrere Angelegenheiten, die erwähnt sind in Artikel 2 des Königlichen Erlasses vom 16. Januar 2002 über die Erweiterung des Netzwerks der sozialen Sicherheit auf bestimmte öffentliche Dienste und öffentliche Einrichtungen der Gemeinschaften und Regionen in Anwendung von Artikel 18 des Gesetzes vom 15. Januar 1990 über die Errichtung und Organisation einer Zentralen Datenbank der sozialen Sicherheit,
6. das durch Artikel 259 des Programmgesetzes (I) vom 24. Dezember 2002 geschaffene Föderale Fachzentrum für Gesundheitspflege,
7. die gesetzgebenden Versammlungen und die Einrichtungen, die daraus hervorgehen,

8. die in Artikel 12 des Königlichen Erlasses vom 12. Juni 2006 zur Ausführung von Titel III Kapitel II des Gesetzes vom 23. Dezember 2005 über den Solidaritätspakt zwischen den Generationen erwähnten Vereinigungen.

Der König kann durch einen im Ministerrat beratenen Erlass bestimmen, unter welchen Bedingungen andere Einrichtungen für soziale Sicherheit oder andere Arten von Einrichtungen für soziale Sicherheit an einer solchen Vereinigung teilhaben können.

§ 2. Wenn in § 1 Nr. 1, 1bis, 2ter, 3, 3bis, 4, 5, 6, 7 oder 8 erwähnte Instanzen an einer in Anwendung von § 1 gegründeten Vereinigung teilhaben, kann diese ausschließlich die Form einer Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht gemäß dem Gesetz vom 27. Juni 1921 über die Vereinigungen ohne Gewinnerzielungsabsicht, die internationalen Vereinigungen ohne Gewinnerzielungsabsicht und die Stiftungen annehmen.

§ 3. Die Mitglieder einer in Anwendung von § 1 gegründeten Vereinigung können der Vereinigung Arbeiten in Sachen Informationsverwaltung und -sicherheit anvertrauen. Das spezialisierte Personal der Vereinigung kann den Mitgliedern zur Verfügung gestellt und bei diesen beschäftigt werden.

§ 4. Die Mitglieder einer in Anwendung von § 1 gegründeten Vereinigung sind verpflichtet, die Kosten der Vereinigung zu tragen, in dem Maße, wie sie deren Dienste in Anspruch nehmen ».

B.2.2. Artikel 2 des Gesetzes vom 17. Juli 2001 « über die Erlaubnis für die föderalen öffentlichen Dienste, sich für die Ausführung von Arbeiten in Bezug auf die Informationsverwaltung und -sicherheit zu vereinigen » bestimmt:

« Die föderalen öffentlichen Dienste und die föderalen juristischen Personen des öffentlichen Rechts können miteinander eine oder mehrere Vereinigungen bilden für ihre Arbeiten in Bezug auf die Informationsverwaltung und -sicherheit.

Diese Vereinigungen dürfen nur die Form einer Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht im Sinne des Gesetzes vom 27. Juni 1921 zur Verleihung der Rechtspersönlichkeit an Vereinigungen ohne Gewinnerzielungsabsicht und an gemeinnützige Einrichtungen annehmen.

Die Mitglieder solcher Vereinigungen können die Vereinigungen mit Arbeiten in Bezug auf die Informationsverwaltung und -sicherheit betrauen. Das Fachpersonal solcher Vereinigungen kann ihren Mitgliedern zur Verfügung gestellt und von diesen bei ihnen beschäftigt werden.

Die sich vereinigenden Mitglieder müssen die Kosten solcher Vereinigungen in dem Maße tragen, wie sie diese Vereinigungen in Anspruch nehmen ».

Artikel 3 desselben Gesetzes bestimmt:

« Die Vereinigungen im Sinne von Artikel 2 und die Vereinigungen im Sinne von Artikel 17bis des Gesetzes vom 15. Januar 1990 über die Errichtung und Organisation einer Zentralen Datenbank der sozialen Sicherheit können sich ihrerseits mit dem belgischen Staat

vereinigen für die Ausführung allgemeiner Dienste, die die Ausführung der Aufträge dieser Vereinigungen unmittelbar unterstützen.

Eine solche Vereinigung darf nur die Form einer Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht im Sinne des Gesetzes vom 27. Juni 1921 zur Verleihung der Rechtspersönlichkeit an Vereinigungen ohne Gewinnerzielungsabsicht und an gemeinnützige Einrichtungen annehmen.

Vereinigungen, die sich auf der Grundlage dieses Artikels vereinigen, müssen die Kosten der Vereinigung, der sie angehören, in dem Maße tragen, wie sie diese Vereinigung in Anspruch nehmen ».

B.3. Aus dem Sachverhalt der dem Staatsrat vorgelegten Rechtssache und aus der Begründung der Vorlageentscheidung geht hervor, dass der Gerichtshof gebeten wird, über die Vereinbarkeit von Artikel 14 § 1 Absatz 1 Nr. 1 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze - in Verbindung mit Artikel 17*bis* des Gesetzes vom 15. Januar 1990 - mit den Artikeln 10 und 11 der Verfassung zu befinden, insofern die fragliche Bestimmung einen diskriminierenden Behandlungsunterschied zwischen zwei Kategorien von Submittenten eines öffentlichen Auftrags einführe, auf den Artikel 21*bis* des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 « über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge » Anwendung finde und der sich auf Lieferungen beziehe, die für eine Verwaltungsbehörde bestimmt seien, die Mitglied einer Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht im Sinne des Gesetzes vom 27. Juni 1921 « über die Vereinigungen ohne Gewinnerzielungsabsicht, die internationalen Vereinigungen ohne Gewinnerzielungsabsicht und die Stiftungen » sei, die in Anwendung von Artikel 17*bis* § 2 des Gesetzes vom 15. Januar 1990 gegründet worden sei und die keine für Dritte verbindlichen Entscheidungen treffen könne: einerseits die Submittenten, die gebeten worden seien, ein Angebot bei dieser Verwaltungsbehörde einzureichen, und andererseits diejenigen, die gebeten worden seien, ein Angebot bei dieser Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht einzureichen.

Nur die Erstgenannten hätten unter Berücksichtigung der am 10. November 2009 anwendbaren Rechtsvorschriften bei der Verwaltungstreitsachenabteilung des Staatsrates die Nichtigkeitsklage des Beschlusses zur Auftragsvergabe an einen anderen Submittenten beantragen können.

In Bezug auf die Sachdienlichkeit der Vorabentscheidungsfrage

B.4. Die VoG « Smals » und der Ministerrat stellen die Sachdienlichkeit der Frage in Abrede, indem sie darauf verweisen, dass die Lieferungen des öffentlichen Auftrags, die die Grundlage der vor dem vorlegenden Richter anhängigen Rechtssache bildeten, nicht für die Verwaltungsbehörden bestimmt seien, die Mitglied der Vereinigung seien, sondern ausschließlich für die Vereinigung.

B.5. In der Regel obliegt es dem Rechtsprechungsorgan, das dem Gerichtshof eine Frage stellt, abzuwägen, ob die Antwort auf die Vorabentscheidungsfrage der Lösung des dem Gericht vorgelegten Streitfalls dienlich ist.

Nur wenn dies offensichtlich nicht der Fall ist, kann der Gerichtshof entscheiden, dass die Frage keiner Antwort bedarf.

B.6.1. Laut Artikel 3 der Satzung der VoG « Smals », abgeändert am 18. April 2007 und veröffentlicht in den Anlagen zum *Belgischen Staatsblatt* vom 2. Juni 2007, hat diese « zum Zweck, ihre Mitglieder im Bereich der Informationsverwaltung und in anverwandten Sachbereichen im Hinblick auf die Förderung einer integrierten elektronischen Dienstleistung zu unterstützen ».

Aus der Auftragsbekanntmachung, die am 20. Mai 2009 auf Antrag der Vereinigung veröffentlicht wurde, geht hervor, dass der Auftrag die « Lieferung von Büromobiliar » zum Gegenstand hat. Im Sonderlastenheft, das die VoG « Smals » dem Gerichtshof vorgelegt hat, heißt es, dass der Auftrag die Lieferung, die Einrichtung und die Installation von Büromobiliar in den Niederlassungen dieser Vereinigung zum Gegenstand hat (siehe insbesondere die Artikel 2.1, 15.1, 18, 20, 28 und 34).

Artikel 23 dieses Sonderlastenheftes bestimmt jedoch:

« Smals, ihre Mitglieder sowie deren Mitglieder können diesen Vertrag nutzen.

Die vollständige Mitgliederliste von Smals ist einsehbar auf der Website <http://www.smals.be> ».

B.6.2. Es stellt sich also heraus, dass die Lieferungen des Auftrags, um den es sich in der Sache vor dem vorlegenden Richter handelt, auch für die Verwaltungsbehörden bestimmt sein könnten, die Mitglied dieser Vereinigung sind, so dass die klagende Partei vor dem Staatsrat zu der letzteren der in B.3 beschriebenen zwei Kategorien von Submittenten gehört.

Folglich kann die Antwort auf die Vorabentscheidungsfrage nicht als der Lösung des Streitfalls vor dem Staatsrat offensichtlich nicht dienlich angesehen werden.

B.7. Es obliegt somit dem Gerichtshof, die Vorabentscheidungsfrage zu beantworten.

In Bezug auf die Antwort auf die Vorabentscheidungsfrage

B.8.1. Durch Artikel 14 § 1 Absatz 1 Nr. 1 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze wird dem Staatsrat die Befugnis erteilt, über Klagen auf Nichtigerklärung eines durch eine Verwaltungsbehörde gefassten Beschlusses zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu befinden.

Eine Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht kann nur als Verwaltungsbehörde im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden, insofern sie Entscheidungen treffen kann, die für Dritte verbindlich sind (Kass., 28. Oktober 2005, *Pas.*, 2005, Nr. 550; Kass., 30. Mai 2011, *Pas.*, 2011, Nr. 363), mit anderen Worten, wenn sie einseitig die eigenen Verpflichtungen anderen gegenüber festlegen oder einseitig Verpflichtungen dieser anderen feststellen kann (Kass., 30. Mai 2011, *Pas.*, 2011, Nr. 363).

Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ist keine Entscheidung, die Verpflichtungen Dritten gegenüber entstehen lässt (Staatsrat, 2. Dezember 2003, Nr. 125.889; Staatsrat, 28. Januar 2011, Nr. 210.776; Staatsrat, 17. Juni 2011, Nr. 213.949; Staatsrat, 8. August 2011, Nr. 214.772).

B.8.2. Im Gegensatz zu einem Submittenten eines öffentlichen Auftrags, der zu der in B.3 beschriebenen ersten Kategorie gehört, konnte ein Submittent eines öffentlichen Auftrags, der zu der in B.3 beschriebenen zweiten Kategorie gehört, am 10. November 2009 bei der Verwaltungstreitsachenabteilung des Staatsrates also nicht die Nichtigerklärung des Beschlusses zur Auftragsvergabe an einen anderen Submittenten beantragen.

B.9.1. Artikel 21*bis* des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 bestimmte vor seiner Aufhebung durch Artikel 4 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 »:

« § 1. Der öffentliche Auftraggeber setzt Bewerber und Submittenten, 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. Wenn der öffentliche Auftrag oder die öffentliche Baukonzession der europäischen Bekanntmachung bei Einleitung des Verfahrens unterliegt, übermittelt der öffentliche Auftraggeber zusammen mit der in § 1 erwähnten Mitteilung:

1. 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; diese Gründe beziehen sich gegebenenfalls auf den Beschluss, dass die Lösungsvorschläge für Bauarbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen mit den technischen Spezifikationen nicht gleichwertig sind oder den vorgesehenen Leistungs- oder Funktionsanforderungen nicht entsprechen,

3. Submittenten, deren Angebot nicht gewählt worden ist, den mit Gründen versehenen Beschluss zur Vergabe des Auftrags.

Die Mitteilung erfolgt unverzüglich per Fax oder auf elektronischem Weg und wird am selben Tag per Einschreiben bestätigt.

Ein öffentlicher Auftraggeber gewährt Submittenten eine Frist von fünfzehn Tagen ab dem Tag nach der in Absatz 2 vorgesehenen Versendung per Fax oder auf elektronischem Weg. Die Submittenten können innerhalb dieser Frist eine Aussetzungsklage bei einem Rechtsprechungsorgan einreichen; eine solche Klage 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.

§ 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 ».

B.9.2. In dieser Bestimmung wird daran erinnert, dass ein Submittent eines öffentlichen Auftrags, der zu der in B.3 beschriebenen zweiten Kategorie gehört, trotz des Umstandes, dass er am 10. November 2009 beim Staatsrat nicht die Nichtigerklärung des Beschlusses zur Auftragsvergabe an einen anderen Submittenten beantragen konnte, die Gerichte und Gerichtshöfe hätte befassen können, um seine subjektiven Rechte schützen zu lassen, die durch diesen Beschluss gegebenenfalls gefährdet waren.

B.10. Der Behandlungsunterschied zwischen beiden Kategorien von Submittenten ist vernünftig gerechtfertigt, denn einerseits ist er auf den unterschiedlichen Gegenstand der durch diese beiden Kategorien eingereichten Klagen zurückzuführen, und andererseits hat der abgewiesene Submittent in beiden Fällen die Möglichkeit, durch einen Richter mit voller Rechtsprechungsbefugnis die Gesetzmäßigkeit des Vergabebeschlusses prüfen zu lassen.

B.11. Die Frage ist verneinend zu beantworten.

Aus diesen Gründen:

Der Gerichtshof

erkennt für Recht:

Artikel 14 § 1 Absatz 1 Nr. 1 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat in Verbindung mit Artikel 17*bis* des Gesetzes vom 15. Januar 1990 über die Errichtung und Organisation einer Zentralen Datenbank der sozialen Sicherheit verstößt nicht gegen die Artikel 10 und 11 der Verfassung.

Verkündet in französischer und niederländischer Sprache, gemäß Artikel 65 des Sondergesetzes vom 6. Januar 1989 über den Verfassungsgerichtshof, in der öffentlichen Sitzung vom 30. Oktober 2012, durch den vorsitzenden Richter J.-P. Snappe in Vertretung des gesetzmäßig verhinderten Präsidenten R. Henneuse.

Der Kanzler,

Der vors. Richter,

(gez.) F. Meersschaut

(gez.) J.-P. Snappe