



Luxemburg, 31. Oktober 2017

PRESSEMITTEILUNG 11/2017

Urteil in der Rechtssache E-16/16 *Fosen-Linjen AS ./. AtB AS*

EIN EINFACHER VERSTOSS GEGEN DIE RECHTSVORSCHRIFTEN ÜBER DAS ÖFFENTLICHE AUFTRAGSWESEN KANN FÜR SICH GENOMMEN AUSREICHEN UM DIE HAFTUNG EINER VERGABEBEHÖRDE ZU BEGRÜNDEN

Mit Urteil vom heutigen Tag, hat der Gerichtshof Fragen beantwortet, die ihm vom Berufungsgericht Frostating (*Frostating lagmannsrett*) zur Auslegung der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (im Folgenden: Rechtsmittelrichtlinie) vorgelegt wurden.

Fosen-Linjen AS (im Folgenden: Fosen-Linjen) ist eine kleine norwegische Reederei, welche an einem Vergabeverfahren für den Betrieb einer Fährverbindung teilgenommen hat. Das Vergabeverfahren wurde von AtB AS (im Folgenden: AtB), als Vergabebehörde, durchgeführt. Fosen-Linjen wurde in diesem Verfahren an zweiter Stelle hinter Norled AS (im Folgenden: Norled) gereiht. Fosen-Linjen ersuchte das Bezirksgericht Sør-Trøndelag (*Sør-Trøndelag tingrett*) den Vertragsschluss zwischen AtB und Norled mit einer vorläufigen Massnahme zu verhindern, mit der Begründung es habe Unregelmässigkeiten im Verfahren gegeben. Sowohl das Bezirksgericht als auch das mit der Berufung befasste Berufungsgericht Frostating untersagten den Vertragsschluss. Nach dem Urteil des Berufungsgerichts, entschied AtB das Vergabeverfahren zu widerrufen, mit der Begründung sie habe einen Fehler im Zusammenhang mit der Bewertung und Überprüfung des Angebots von Norled gemacht. Fosen-Linjen rügte diese Entscheidung nicht vor den Gerichten. Es kam zwischen AtB und Norled zu einem Vertragsschluss bezüglich des Betriebs der ausgeschriebenen Fährverbindung, obschon für einen kürzeren, als im Vergabeverfahren ausgeschriebenen, Zeitraum. In der Folge erhob Fosen-Linjen eine Klage gegen AtB. In diesem Verfahren, beantragte Fosen-Linjen Schadenersatz für das positive Vertragsinteresse (entgangener Gewinn) oder, alternativ, für das negative Vertragsinteresse (Kosten der Angebotsabgabe).

Voraussetzungen zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches im öffentlichen Auftragswesen des EWR

Im Wesentlichen beschäftigen sich die ersten vier vorgelegten Fragen mit dem Thema welche Voraussetzungen EWR-Recht für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches festlegt, wenn dieser auf behaupteten Unregelmässigkeiten eines Vergabeverfahrens beruht, falls EWR-Recht überhaupt solche Voraussetzungen niederlegt. Die ersten beiden Fragen betreffen den Aspekt ob die Zuerkennung von Schadenersatz von einem qualifizierten Verstoß der Vergabebehörde abhängt. Das nationale Gericht wies auf verschiedene Beurteilungsstandards hin, wie etwa das Vorliegen von Schuldhaftigkeit oder ob ein „wesentlicher, grober und offensichtlicher Fehler“ auf Seiten der Vergabebehörde vorliegt. In diesem Zusammenhang untersuchte der Gerichtshof den Zweck und das System der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31 März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge. Der Gerichtshof stellte fest, dass eine Vergabebehörde bei

Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht in Ausführung eines Hoheitsaktes (*actum jure imperii*) handelt. Dies steht im Gegensatz zu Situationen wo der nationale Gesetzgeber EWR-Recht umsetzt oder die nationalen Gerichte EWR-Recht in ihren Urteilen anwenden. Ein Vergabeverfahren zielt auf den Vertragsschluss zwischen gleichberechtigten Vertragspartnern (*inter partes*). Der Gerichtshof hielt auch fest, dass die Richtlinie 2004/18/EG dem Schutz von Wirtschaftsteilnehmern dient.

Der Gerichtshof stellte fest, dass die Rechtsmittelrichtlinie eng mit Richtlinie 2004/18/EG verbunden ist. Die Rechtsmittelrichtlinie strebt die Schaffung geeigneter Rechtsmittel an, um die Einhaltung der einschlägigen Bestimmungen des EWR-Rechts im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge zu garantieren. Die Rechtsmittelrichtlinie muss darüber hinaus im Einklang mit den Grundrechten, wie etwa das Recht auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz, ausgelegt werden. Vor diesem Hintergrund, stellte der Gerichtshof fest, dass es für erfolglos gebliebene Bieter möglich sein muss, ein Urteil erwirken zu können, in dem ein Verstoss gegen Bestimmungen des EWR-Rechts zum öffentlichen Auftragswesen festgestellt wird. Der Gerichtshof erinnerte daran, dass die Rechtsschutzmöglichkeit zur Erlangung von Schadensersatz nur dann eine verfahrensmäßige Alternative zu den anderen Rechtsmitteln der Rechtsmittelrichtlinie darstellen könne, wenn die Möglichkeit der Zuerkennung von Schadensersatz im Fall eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften genauso wenig wie die anderen Rechtsmittel davon abhängig ist, dass ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers festgestellt wird. In diesem Zusammenhang, streben Schadensersatzansprüche drei Ziele an: Erstens, jeglichen erlittenen Schaden auszugleichen; zweitens, das Vertrauen in die Effektivität des anwendbaren rechtlichen Rahmens wiederherzustellen; und, drittens, die Vergabebehörden von unrechtmäßigem Verhalten abzuhalten. Eine Einschränkung der Möglichkeiten Schadensersatz zu erlangen, könnte andererseits die Bereitschaft der Vergabebehörden verringern, die einschlägigen Bestimmungen des EWR-Rechts zum öffentlichen Auftragswesen einzuhalten, oder ihre Sorgfalt bei Ausführung eines Vergabeverfahrens mindern. Daher stellte der Gerichtshof fest dass eine Rechtsvorschrift die einen bestimmten Schweregrad des Verstosses voraussetzt, das Ziel der Rechtsmittelrichtlinie einen effektiven und raschen Rechtsschutz zu gewährleisten, im Ergebnis, erheblich untergraben würde, und die Ziele der Richtlinie 2004/18/EG beeinträchtigen könnte. Demzufolge ist der Schweregrad des Verstosses gegen das EWR-Recht zum öffentlichen Auftragswesen unerheblich. Ein einfacher Verstoss gegen die Rechtsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen kann für sich genommen ausreichend sein um die Haftung einer Vergabebehörde für den Ausgleich für den eingetreten Schaden eines Geschädigten begründen zu können gemäss Artikel 2(1)(c) der Rechtsmittelrichtlinie, vorausgesetzt, dass die übrigen Voraussetzungen für die Schadensersatzklage erfüllt sind, insbesondere das Bestehen eines Kausalzusammenhangs.

Die dritte vom Berufungsgericht vorgelegte Frage beschäftigte sich mit einer Voraussetzung des nationalen Recht, wonach der benachteiligte Bieter eindeutig, das heisst mit qualifizierter Wahrscheinlichkeit, beweisen muss, dass ihm der Zuschlag für den Vertrag hätte erteilt werden müssen, wenn die Vergabebehörde den Fehler nicht begangen hätte. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Rechtsmittelrichtlinie einer solchen Voraussetzung nicht entgegensteht, sofern diese Voraussetzung mit den Grundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz vereinbar ist. Die vierte Frage beschäftigte sich mit dem Aspekt ob die Vergabebehörde sich auf das Vorliegen von Verfahrensmängeln, die zum Widerruf des Verfahrens geführt haben, zur Abwehr von Schadensersatzklagen berufen kann. Der Gerichtshof stellte fest, dass EWR-Recht dem nicht entgegensteht. Jedoch, betonte der Gerichtshof, dass eine Vergabebehörde die sich auf

eine derartige Abwehr berufen möchte die Beweispflicht für das Vorliegen des Mangels trägt, und, die Widerrufsentscheidung im Lichte des EWR-Rechtes begründen muss.

Effektive Kontrolle

Die fünfte und sechste Frage betrafen das Erfordernis der effektiven Kontrolle. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Zuschlagskriterien so formuliert werden müssen, dass es dem durchschnittlich fachkundigen Bieter, der die übliche Sorgfalt walten lässt, möglich ist die Kriterien in der selben Art auszulegen. Die Vergabebehörde ist verpflichtet zu überprüfen ob die von den Bietern vorgelegten Informationen plausibel sind. Das heisst sie muss überprüfen ob die jeweiligen Bieter in der Lage sind das im Angebot dargebrachte zu erfüllen und ob das Angebot den von der Vergabebehörde festgesetzten Anforderungen entspricht. Die Vergabebehörde darf auch jegliche Unterlagen die im Angebot enthalten sind berücksichtigen, sofern sie dieselben Unterlagen von allen Bietern angefordert hat, und alle Bieter gleich behandelt werden. Das Erfordernis der Kontrolle muss im Einklang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip stehen.

Das Urteil kann im Volltext im Internet unter <http://www.eftacourt.int> heruntergeladen werden.

Die Pressemitteilung ist ein nichtamtliches Dokument, das den Gerichtshof nicht bindet.