# URTEIL DES GERICHTSHOFES
12. Januar 1994 *

In der Rechtssache C-296/92

**Kommission der Europäischen Gemeinschaften**, vertreten durch Antonio Aresu und Rafael Pellicer, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigte, Zustellungsbevollmächtigter: Nicola Annecchino, Juristischer Dienst, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Klägerin,

gegen

**Italienische Republik**, vertreten durch Professor Luigi Ferrari Bravo, Leiter des Servizio del contenzioso diplomatico des Außenministeriums, als Bevollmächtigten, Beistand: Avvocato dello Stato Pier Giorgio Ferri, Zustellungsanschrift: Italienische Botschaft, 5, rue Marie-Adélaïde, Luxemburg,

Beklagte,

wegen Feststellung, daß die Italienische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) verstoßen hat, indem sie hingenommen hat, daß die Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno den Auftrag für die elfte und die zwölfte zusätzliche Studie im Hinblick auf die

* Verfahrenssprache: Italienisch.

Vervollständigung des Abschnitts der Schnellstraße „Ascoli—Mare" mit der Bezeichnung „IV lotto — progetto 5134" freihändig vergibt und keine Ausschreibung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht, statt einzugreifen, um von vornherein zu verhindern, daß die dem Gemeinschaftsrecht zuwiderlaufenden rechtlichen Wirkungen dieser Vorgehensweise eintreten,

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten der Zweiten und der Sechsten Kammer G. F. Mancini in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten, der Kammerpräsidenten J. C. Moitinho de Almeida und D. A. O. Edward, der Richter R. Joliet, F. A. Schockweiler (Berichterstatter), G. C. Rodríguez Iglesias, F. Grévisse, M. Zuleeg und J. L. Murray,

Generalanwalt: C. Gulmann
Kanzler: L. Hewlett, Verwaltungsrätin

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der Parteien in der Sitzung vom 29. September 1993,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 18. November 1993,

folgendes

## Urteil

1 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat mit Klageschrift, die am 6. Juli 1992 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, gemäß Artikel

169 EWG-Vertrag Klage erhoben auf Feststellung, daß die Italienische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) verstoßen hat, indem sie hingenommen hat, daß die Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno den Auftrag für die elfte und die zwölfte zusätzliche Studie im Hinblick auf die Vervollständigung des Abschnitts der Schnellstraße „Ascoli—Mare" mit der Bezeichnung „IV lotto — progetto 5134" freihändig vergibt und keine Ausschreibung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht, statt einzugreifen, um von vornherein zu verhindern, daß die dem Gemeinschaftsrecht zuwiderlaufenden rechtlichen Wirkungen dieser Vorgehensweise eintreten.

2 Anfang der 70er Jahre vergab die Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno mehrere Aufträge für den Bau einer Schnellstraße, die die Stadt Ascoli Piceno mit der Autobahn A 14 und der an der Adriaküste entlangführenden Nationalstraße Nr. 16 verbinden sollte. Diese Arbeiten waren in vier Lose aufgeteilt.

3 Das Los IV wurde an das Unternehmen Rozzi Costantino vergeben. Die Arbeiten im Rahmen dieses Loses waren anschließend Gegenstand von zwölf zusätzlichen Studien, die zu einer erheblichen Verlängerung der ursprünglichen Straßentrasse führten. Die Ausführung der in diesen Studien vorgesehenen Arbeiten wurde ebenfalls dem Unternehmen Rozzi Costantino übertragen. Die in der elften und der zwölften Studie vorgesehenen Arbeiten vergab die Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno am 21. Mai 1990 freihändig an dieses Unternehmen; der Gesamtwert des Auftrags betrug 36 250 000 000 LIT.

4 Die Kommission war der Ansicht, daß die Vergabe der Arbeiten im Rahmen dieser beiden Studien in den Anwendungsbereich der Richtlinie 71/305 fiel und keiner der Fälle des Artikels 9 vorlag und daß deshalb eine Ausschreibung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* gemäß dieser Richtlinie hätte erfolgen müssen; sie forderte die italienische Regierung daher mit Schreiben vom 17. Januar 1991 gemäß Artikel 169 EWG-Vertrag auf, sich zu der ihr vorgeworfenen Vertragsverletzung zu äußern.

5 Nachdem sie innerhalb der gesetzten Frist keine Antwort der italienischen Regierung erhalten hatte, übersandte die Kommission der Italienischen Republik am 1. August 1991 eine mit Gründen versehene Stellungnahme, in der sie ihren Standpunkt wiederholte und zu dem Ergebnis kam, daß „die Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno einen Auftrag zum Bau des Abschnitts ‚IV lotto' der Schnellstraße ‚Ascoli-Mare' freihändig vergeben und keine Ausschreibung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht hat und daß daher die Italienische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 71/305/EWG verstoßen hat". Die Kommission forderte die Italienische Republik auf, dieser mit Gründen versehenen Stellungnahme binnen zwei Monaten nachzukommen.

6 Mit Schreiben vom 30. Dezember 1991 übermittelte die italienische Regierung der Kommission ein Schreiben der Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno vom 31. Oktober 1991, in dem diese einige Erläuterungen zu dem betreffenden Auftrag gab und sich zur Rechtfertigung der Vergabe dieses Auftrags an das Unternehmen Rozzi Costantino auf Artikel 5 Buchstabe b des Gesetzes Nr. 584 vom 8. August 1977 berief, mit dem Artikel 9 Buchstabe b der Richtlinie 71/305 in das italienische Recht umgesetzt worden war.

7 Die Kommission sah in dieser Mitteilung eine verspätete, aber auch unbefriedigende Antwort auf ihre mit Gründen versehene Stellungnahme und hat daher die vorliegende Klage erhoben, die, wie in Randnummer 1 dieses Urteils dargelegt ist, auf die Feststellung gerichtet ist, daß die Italienische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 71/305 verstoßen hat, indem sie ohne einzuschreiten hingenommen hat, daß die Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno das Verfahren der freihändigen Vergabe gewählt hat.

8 Die italienische Regierung hat in ihrer Klagebeantwortung nur geltend gemacht, daß die dem Mitgliedstaat obliegende Verpflichtung, über die Anwendung der Richtlinie 71/305 zu wachen, von der den öffentlichen Auftraggebern obliegenden Verpflichtung zur Anwendung der Richtlinie selbst verschieden sei. Eine Verletzung der Überwachungspflicht durch einen Mitgliedstaat könne nur festgestellt werden, wenn der von einem öffentlichen Auftraggeber begangene Verstoß gegen die Richtlinie so klar und offenkundig sei, daß das Nichteinschreiten des Staates nicht zu rechtfertigen sei.

9 Mit ihrer Gegenerwiderung hat die italienische Regierung Dokumente vorgelegt, mit denen nachgewiesen werden soll, daß in bezug auf den strittigen Auftrag „tech-

nische Gründe" im Sinne von Artikel 9 Buchstabe b der Richtlinie 71/305 dafür vorgelegen hätten, die Arbeiten einem bestimmten Unternehmer zu übertragen und deshalb das Verfahren der freihändigen Vergabe zu wählen. Zudem habe sich die italienische Regierung schon im Vorverfahren auf Artikel 9 Buchstabe b der Richtlinie 71/305 berufen und habe in ihrer Klagebeantwortung auf diesen „technischen Gründen" deshalb nicht bestanden, weil die Kommission in ihrem Antrag aus der Klageschrift der italienischen Regierung nicht das angeblich der Richtlinie 71/305 zuwiderlaufende Verhalten der Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno, sondern die Tatsache vorgeworfen habe, daß sie nicht eingeschritten sei, um dieses Verhalten zu verhindern oder seine Folgen zu korrigieren.

10 Der Kommission ist erlaubt worden, in Beantwortung der Gegenerwiderung schriftliche Erklärungen einzureichen; sie hat in erster Linie geltend gemacht, daß die von der italienischen Regierung vorgelegten technischen Dokumente „neue Verteidigungsmittel" darstellten, die nach Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung im Laufe des Verfahrens nicht mehr vorgebracht werden könnten. Hilfsweise hat die Kommission geltend gemacht, die aus diesen Dokumenten abgeleiteten technischen Argumente seien nicht stichhaltig.

11 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. namentlich Urteil vom 11. Mai 1989 in der Rechtssache 76/86, Kommission/Deutschland, Slg. 1989, 1021, Randnr. 8) wird der Gegenstand einer Klage nach Artikel 169 EWG-Vertrag durch das in dieser Bestimmung vorgesehene vorprozessuale Verfahren eingegrenzt. Daher kann die Klage nicht auf andere als die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme angeführten Rügen gestützt werden (vgl. Urteil vom 17. November 1992 in der Rechtssache C-157/91, Kommission/Niederlande, Slg. 1992, I-5899, Randnr. 17).

12 In ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme hat die Kommission der Italienischen Republik vorgeworfen, dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 71/305 verstoßen zu haben, daß die Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno den strittigen Auftrag freihändig vergeben und die Ausschreibung nicht im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht habe. Dagegen beantragt die Kommission in ihrer Klageschrift die Feststellung, daß die Italienische Republik dadurch gegen diese Verpflichtungen verstoßen hat, daß sie dieses Vorgehen der Provinzialverwaltung von Ascoli Piceno hingenommen hat und nicht eingeschritten ist, um seine Wirkungen zu verhindern.

13 Zwar ist jeder Mitgliedstaat gegenüber der Gemeinschaft verantwortlich für Verstöße einer seiner Körperschaften gegen das Gemeinschaftsrecht, doch ist darauf hinzuweisen, daß im vorliegenden Fall Gegenstand der Klage nicht die Feststellung eines solchen Verstoßes ist und daß jedenfalls die Klageschrift auf einer anderen Rüge beruht, als sie in der mit Gründen versehenen Stellungnahme erhoben wurde, was zu den in den Randnummern 9 und 10 dieses Urteils angesprochenen Auseinandersetzungen über das Vorbringen von Verteidigungsmitteln durch die italienische Regierung geführt hat.

14 Folglich ist die Klage der Kommission als unzulässig abzuweisen.

**Kosten**

15 Gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung hat die unterliegende Partei die Kosten zu tragen. Da die Kommission mit ihrer Klage unterlegen ist, sind ihr die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

für Recht erkannt und entschieden:

**1) Die Klage wird als unzulässig abgewiesen.**

**2) Die Kommission trägt die Kosten des Verfahrens.**

Mancini Moitinho de Almeida Edward

Joliet Schockweiler Rodríguez Iglesias

Grévisse Zuleeg Murray

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 12. Januar 1994.

Der Kanzler

J.-G. Giraud

Für den Präsidenten

G. F. Mancini

Präsident der Zweiten und der Sechsten Kammer