4. In all den Fällen, in denen Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, sind die einzelnen berechtigt, sich gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen zu berufen, wenn der Staat die Richtlinie nicht fristgemäß in nationales Recht umsetzt oder eine unzutreffende Umsetzung der Richtlinie vornimmt.

SITZUNGSBERICHT
in der Rechtssache 31/87 *

I — Rechtlicher Rahmen

1. *Gemeinschaftsrecht*

Die Richtlinie 71/305 vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) strebt die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge an, die in den Mitgliedstaaten für Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften sowie sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts vergeben werden, und zwar im Wege der Koordinierung der einschlägigen einzelstaatlichen Verfahren bei gleichzeitiger Aufhebung von Beschränkungen.

Die in der vorliegenden Rechtssache aufgeworfenen Fragen zielen auf die Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie, die deren persönlichen Anwendungsbereich regeln, und der Bestimmungen, die die Auswahl der Unternehmen nach Kriterien der fachlichen Eignung und die in Abschnitt IV, der die Gemeinsamen Teilnahmebestimmungen enthält, genannten Kriterien für den Zuschlag des Auftrags betreffen.

Zum Anwendungsbereich der Richtlinie heißt es in deren Artikel 1, daß als öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie der Staat, die Gebietskörperschaften und die in Anhang I aufgeführten juristischen Personen des öffentlichen Rechts gelten.

Was die Voraussetzungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren und die Erteilung des Zuschlags anbelangt, geht es in dieser Rechtssache um folgende Bestimmungen der Richtlinie:

— Artikel 26, wonach der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Unternehmers erbracht werden kann

„b) durch eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen, der Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Ausführung für die wichtigsten Bauleistungen beizufügen sind";

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

— Artikel 29, der folgendes bestimmt:

„1. Bei der Erteilung des Zuschlags wendet der öffentliche Auftraggeber folgende Kriterien an:

— entweder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises;

— oder — wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt — verschiedene Kriterien, die je nach Auftrag wechseln, z. B. den Preis, die Ausführungsfrist, die Betriebskosten, die Rentabilität, den technischen Wert.

2. Im letztgenannten Fall gibt der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, soweit wie möglich in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung an.

3. ...

4. Absatz 1 findet nicht Anwendung, wenn ein Mitgliedstaat bei der Vergabe von Bauaufträgen im Rahmen einer Regelung, bei der bestimmten Bietern eine Bevorzugung im Sinne einer Beihilfe gewährt wird, andere Kriterien zugrunde legt, sofern die angewandte Regelung mit dem Vertrag, insbesondere mit den Artikeln 92 ff., vereinbar ist.

...“

2. *Staatliches Recht*

Die einschlägigen niederländischen Rechtsvorschriften sind im wesentlichen:

— Artikel 51 der Rullverkavelingswet 1954 (niederländisches Flurbereinigungsgesetz), der Wesen und Aufgaben der örtlichen Flurbereinigungskommissionen regelt;

— die zur Durchführung der Richtlinie 71/305 erlassene Verordnung vom 6. April 1973, deren Artikel 6 auf die Einheitliche Verordnung über die Erteilung des Zuschlags für Bauaufträge, die einem öffentlichen Wettbewerb unterliegen, verweist;

— Artikel 21 der vorgenannten Einheitlichen Verordnung, der hinsichtlich der Auswahl des Unternehmers folgendes bestimmt:

„1. Der Auftrageber ist nicht verpflichtet, den Auftrag zu erteilen.

2. Für die Vergabe von Bauaufträgen kommen nur diejenigen Bieter in Betracht, deren fachliche Eignung zur Ausführung der Arbeiten nach Ansicht des Auftraggebers weder in technischer noch in wirtschaftlich-finanzieller oder organisatorischer Hinsicht zweifelhaft ist.

3. Unbeschadet der Bestimmungen von Absatz 2 wird der Zuschlag dem Bieter erteilt, dessen Angebot dem Auftraggeber am günstigsten erscheint.

4. ...“

II — Das Ausgangsverfahren

Am 21. Juni 1984 führte die Örtliche Flurbereinigungskommission Waterland im Rah-

men von Flurbereinigungsmaßnahmen eine öffentliche Ausschreibung durch. In den Verdingungsunterlagen der Ausschreibung war angegeben, daß die Ausschreibung gemäß dem „Uniform Aanbestedingsreglement" (Einheitliche Ausschreibungsregelung, nachstehend: UAR) durchgeführt werden sollte. Spezifische Eignungskriterien waren in den Verdingungsunterlagen nicht genannt.

Der Auftrag wurde nicht an das Unternehmen mit dem niedrigsten Angebot, nämlich die Beentjes BV, vergeben, sondern an dasjenige, das das zweitniedrigste Angebot eingereicht hatte. Die Örtliche Kommission begründete ihre Wahl damit, daß es der Beentjes BV an der für die in Rede stehenden Arbeiten erforderlichen spezifischen Erfahrung fehle, daß ihr das Angebot der Beentjes BV weniger günstig erschienen sei und daß die Beentjes BV nicht in der Lage sei, Langzeitarbeitslose einzusetzen, zu welchem Punkt die Verdingungsunterlagen besondere Bestimmungen enthalten hätten.

Die Beentjes BV ging hierauf gerichtlich gegen den niederländischen Staat vor und machte insbesondere geltend, die Örtliche Kommission habe die Bestimmungen der Richtlinie 71/305 des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge nicht beachtet. Sie führte aus, diese Kommission sei rechtlich einem Organ der Zentralverwaltung gleichzustellen; jedenfalls sei der Staat für die Handlungen einer derartigen Kommission verantwortlich. Diese hätte daher die Richtlinie 71/305 anwenden müssen, die kraft der Verordnung vom 6. April 1973 zur Regelung der Vergabe von Bauaufträgen auf die streitige Ausschreibung anwendbar sei. Keiner der Gründe, die die Örtliche Kommission dafür anführe, daß sie den Auftrag nicht an die Beentjes BV vergeben habe, stehe jedoch in Einklang mit den in der Richtlinie aufgestellten Regeln über die Kriterien für die Erteilung des Zuschlags für öffentliche Aufträge; auf diese Regeln könne sich das Unternehmen vor dem vorlegenden Gericht berufen.

Der niederländische Staat trat der Klage der Beentjes BV mit dem Argument entgegen, die Örtliche Kommission könne nicht als Teil des Staates angesehen werden; jedenfalls erfülle eine nach dem im UAR vorgesehenen Verfahren durchgeführte Ausschreibung die Voraussetzung der Richtlinie 71/305. Namentlich Artikel 21 Absatz 2 UAR, wonach „nur diejenigen Bieter [in Betracht gezogen werden], deren Eignung zur Ausführung der Arbeiten nach Ansicht des Auftraggebers weder in technischer noch in wirtschaftlich-finanzieller oder organisatorischer Hinsicht zweifelhaft ist", sei stets als in Einklang mit der Richtlinie stehend angesehen worden.

III — Die Vorlagefragen

Da die Arrondissementsrechtbank Den Haag der Auffassung ist, daß die Entscheidung des Rechtsstreits von der Auslegung der Richtlinie 71/305 abhängt, hat sie das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„1) Ist eine Körperschaft mit den charakteristischen Merkmalen einer ‚Örtlichen Kommission' im Sinne der Ruilverkavelingswet 1954, wie sie unter 5.3 dieses Urteils beschrieben ist, für die Anwendung der Richtlinie des Rates vom 26. Juli 1971 (ABl. L 185, S. 5), als der ‚Staat' oder eine seiner ‚Gebietskörperschaften' anzusehen?

2) Ist es nach der genannten Richtlinie zulässig, einen Bieter aufgrund von Überlegungen, wie sie unter 6.2 dieses Urteils wiedergegeben sind, auszuschließen, wenn bei der Ausschreibung selbst insoweit keine Eignungskriterien genannt worden sind (sondern nur eine Verweisung auf allgemeine Bedingungen erfolgt ist, die einen allgemeinen Vorbehalt, wie er im vorliegenden Fall vom Staat gemacht wurde, enthalten)?

3) Können sich Einzelpersonen wie die Beentjes BV in einem Zivilprozeß wie dem vorliegenden auf Bestimmungen der genannten Richtlinie berufen, die vorsehen, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen ein Bieter wegen fehlender Eignung von der Ausschreibung ausgeschlossen werden kann, auch wenn bei der Übernahme dieser Bestimmungen in die staatlichen Rechtsvorschriften dem Auftraggeber weitergehende Befugnisse zur Verweigerung der Auftragsvergabe eingeräumt worden sind, als es die Richtlinie zuläßt?"

Um dem Gerichtshof die Beantwortung der Fragen zu erleichtern, weist das vorlegende Gericht auf folgende Punkte hin: Mit der Flurbereinigung sei eine vom Provinzialausschuß der jeweiligen Provinz bestimmte Örtliche Kommission betraut. Eine solche Kommission bestehe grundsätzlich aus höchstens fünf Mitgliedern. Der Staat gewährleiste die Beachtung der Verpflichtungen, die sich aus den Rechtsakten der Örtlichen Kommission ergäben. Diese sei gehalten, Anweisungen einer Zentralkommission zu befolgen, die durch Königlichen Erlaß geschaffen worden sei und deren Mitglieder von der Krone ernannt würden. Die Örtliche Kommission habe keine eigene Rechtspersönlichkeit.

IV — Das Verfahren vor dem Gerichtshof

Das Vorlageurteil ist am 3. Februar 1987 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Gemäß Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes der EWG haben die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Rechtsberater R. Wainwright und durch R. Barents, Juristischer Dienst der Kommission, und die italienische Regierung, vertreten durch Avvocato dello stato, P. G. Ferri, schriftliche Erklärungen abgegeben.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts die Rechtssache an die Vierte Kammer verwiesen und beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

V — Zusammenfassung der beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen

1. *Zur ersten Frage*

Die *italienische Regierung* nimmt zur ersten Frage nicht Stellung, da es sich ihrer Auffassung nach um ein Auslegungsproblem handelt, das streng auf die Anwendung der Richtlinie in der niederländischen Rechtsordnung begrenzt sei.

Die *Kommission* ist der Ansicht, daß die erste Frage — entgegen der Auffassung, die der niederländische Staat im Ausgangsverfahren unter Berufung auf ein Urteil des Hoge Raad von 1984 vertreten habe — zu bejahen sei.

Sie leitet dieses Ergebnis in erster Linie aus den Bestimmungen des Vertrages über das Niederlassungsrecht und den freien Dienst-

leistungsverkehr ab, deren Ziel es erforderlich mache, den Begriff des Staates auf solche Stellen zu erstrecken, die zwar nicht zur Verwaltung gehörten, jedoch nach Zusammensetzung und Arbeitsweise sowohl organisatorisch als auch finanziell völlig vom Staat abhängig seien.

In zweiter Linie stützt sich die Kommission auf das Urteil des Gerichtshofes vom 24. November 1982 in der Rechtssache 249/81 (Kommission/Irland, Slg. 1982, 4005), das Irland als verantwortlich für die von einer privatrechtlichen, jedoch überwiegend vom Staat kontrollierten Stelle getroffenen, gegen Artikel 30 des Vertrages verstoßenden Maßnahmen angesehen habe; die gleichen Überlegungen müßten für die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr gelten.

Schließlich ließen folgende kennzeichnenden Merkmale der Örtlichen Kommission erkennen, daß deren Bindung an den Staat viel enger sei, als die entsprechende Bindung in der vorerwähnten Rechtssache: die Satzung dieser Kommission, die sie von einem privatrechtlichen Verband unterscheide; die Ernennung ihrer Mitglieder durch den Provinzialrat; ihre — was ihre Arbeit betreffe — völlige Abhängigkeit von der durch die Krone eingesetzten Zentralkommission; schließlich die Tatsache, daß die Arbeiten, für die die Örtliche Kommission den Zuschlag erteile, von der öffentlichen Hand finanziert würden und daß der Staat die Erfüllung der sich aus den Rechtshandlungen der Kommission ergebenden Verpflichtungen gewährleiste.

Ein Organismus, der die Merkmale der Örtlichen Flurbereinigungskommission aufweise, falle daher unter den Begriff des Staates im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie.

2. *Zur zweiten Frage*

Nach Ansicht der Kommission und der italienischen Regierung ist die zweite Frage des vorlegenden Gerichts zu verneinen.

Die *italienische Regierung* bemerkt, die Prüfung der Eignung des Unternehmers und die Bewertung des Angebots stellten zwei voneinander verschiedene, selbständige und aufeinander folgende Vorgänge dar. Das gehe aus Artikel 20 der Richtlinie hervor, wonach der Zuschlag des Auftrags erfolge, „*nachdem* die öffentlichen Auftraggeber die fachliche Eignung der Unternehmer ... geprüft haben". Die Eignung des Mitbewerbers müsse daher in einer Entscheidung beurteilt werden, die derjenigen vorausgehe, mit der nach den in Artikel 29 festgelegten Kriterien der Zuschlag erteilt wird.

Ein Ausschreibungsverfahren wie das vorliegende, in dem die ungünstige Beurteilung des konkurrierenden Unternehmers vorgenommen worden sei, nachdem dessen Angebot als das beste befunden worden sei, stehe nicht mit Artikel 20 der Richtline in Einklang, da die fachliche Eignung nicht vor der Bewertung des Angebots geprüft worden sei. Ein solches Verfahren sei auch mit Artikel 29 der Richtlinie unvereinbar, da der Zuschlag aufgrund von subjektiven, also nicht — wie nach dieser Bestimmung allein zulässig — von objektiven Kriterien erfolgt sei.

Zu den Kriterien für die qualitative Auswahl macht die *Kommission* geltend, ein Unternehmer könne nicht aufgrund von Überlegungen ausgeschlossen werden, die sich auf seine finanzielle, wirtschaftliche oder technische Eignung bezögen, wenn in der Bekanntmachung der Ausschreibung keiner der in den Artikeln 25 und 26 der Richtlinie

vorgesehenen Nachweise gefordert worden sei. Was die Kriterien für die Erteilung des Zuschlags angehe, so sei dieser gemäß Artikel 29 der Richtlinie demjenigen Bieter zu erteilen, der das niedrigste Angebot unterbreitet habe, außer wenn in der Bekanntmachung der Ausschreibung ausdrücklich angegeben worden sei, daß der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen solle, und die Kriterien bezeichnet worden seien, nach denen dieses Angebot zu ermitteln sei.

Soweit sich die Bekanntmachung der Ausschreibung bezüglich der Festlegung der Eignungskriterien oder der Kriterien für die Erteilung des Zuschlags darauf beschränke, auf eine allgemeine Bestimmung einer Ausschreibungsregelung zu verweisen, müsse der Zuschlag somit demjenigen Bieter erteilt werden, der das niedrigste Angebot unterbreitet habe, wenn weder die Bekanntmachung noch die Unterlagen, auf die sich sich beziehe, nähere Angaben über die geforderten Eignungsnachweise oder die Kriterien für die Erteilung des Zuschlags enthielten.

3. *Zur dritten Frage*

Die Kommission und die italienische Regierung stimmen darin überein, daß die dritte Frage zu bejahen sei.

Die *italienische Regierung* führt aus, für die Entscheidung darüber, ob die Bestimmungen einer Richtlinie Wirkungen erzeugten, auf die sich die einzelnen unmittelbar berufen könnten, müsse nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes geprüft werden, ob diese Bestimmungen inhaltlich deutlich, hinreichend bestimmt und nicht an Bedingungen geknüpft seien. Die Bedeutung der Bestimmungen der Richtlinie 71/305 gehe über diejenige einer bloßen Harmonisierung von Rechtsvorschriften hinaus. Dadurch, daß diese Bestimmungen den Ermessensspielraum bei den Entscheidungen über die Teilnahme an Ausschreibungen einschränkten und deren Transparenz gewährleisteten, zielten sie nämlich darauf ab, den Wirtschaftsteilnehmern der Gemeinschaft gleichen Zugang zu den entsprechenden Tätigkeiten zu sichern und damit offene oder versteckte Diskriminierungen auszuschließen.

Die dritte Frage sei deshalb für den Fall zu bejahen, daß sich ein einzelner auf die vorgenannten Bestimmungen der Richtlinie 71/305 berufe, um sein Recht auf Teilnahme an der Ausschreibung zu wahren, das ihm aufgrund von richtlinienwidrigen staatlichen Rechtsvorschriften verweigert worden sei.

Die *Kommission* trägt vor, aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 10. Februar 1982 in der Rechtssache 76/81 (Transporoute, Slg. 1982, 417) gehe hervor, daß sich der einzelne vor den staatlichen Gerichten auf die Bestimmungen der Richtlinie über die Auswahl der Bieter nach ihrer Eignung und die Vergabe öffentlicher Bauaufträge berufen könne.

G. C. Rodríguez Iglesias
Berichterstatter