SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIEGBERT ALBER
vom 19. März 1998 *

A — Einführung

1. In dem vorliegenden Vertragsverletzungsverfahren geht es um die Auslegung der Richtlinien 89/440/EWG und 93/37/EWG [1] zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge vor dem Hintergrund der Errichtung eines Gebäudes für den Vlaamse Raad. Die Bauaufträge für das Gebäude des Regionalparlaments wurden überwiegend im Wege des Verhandlungsverfahrens und das Los 4 durch ein nicht offenes Verfahren vergeben. Die Kommission sieht darin einen Verstoß gegen die durch die Richtlinien begründeten Ausschreibungs- und Veröffentlichungspflichten.

2. Die belgische Regierung ist hingegen der Ansicht, das Regionalparlament könne als Legislativorgan nicht an Entscheidungen des Ministers gebunden werden, der nach der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung für die öffentliche Auftragsvergabe zuständig sei. Der Vlaamse Raad habe daher berechtigterweise von der Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Veröffentlichungsvorschriften für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge absehen können.

3. Die Kommission beantragt

— festzustellen, daß das Königreich Belgien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus den Richtlinien 89/440/EWG und 93/37/EWG, insbesondere aus den Artikeln 7 und 11 der Richtlinie 93/37/EWG, verstoßen hat, daß es im Zusammenhang mit dem Bau des Gebäudes für den Vlaamse Raad weder vor der Ausschreibung des globalen Entwurfs noch vor der Ausschreibung der einzelnen Lose Bekanntmachungen im *Amtsblatt* veröffentlicht hat und daß es die Vergabeverfahren nicht gemäß diesen Richtlinien angewandt hat, und zwar insbesondere das Los 4 ohne Rechtfertigungsgrund freihändig vergeben hat;

— dem Beklagten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

* Originalsprache: Deutsch.

1 — Vgl. Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) in der Fassung der Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG (ABl. L 210, S. 1), neu kodifiziert durch die Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) (im folgenden: Richtlinie).

4. Die belgische Regierung verteidigt sich, ohne einen konkreten Antrag zu formulieren.

5. Auf das Vorbringen der Beteiligten wird im Rahmen der Stellungnahme zurückzukommen sein.

B — Stellungnahme

6. Die *Kommission* vertritt den Standpunkt, der Vlaamse Raad sei unzweifelhaft ein „öffentlicher Auftraggeber" im Sinne der Richtlinie. Die Richtlinie sei daher auf das bezeichnete Bauvorhaben anwendbar. Durch die freihändige Vergabe des Bauauftrags habe der Vlaamse Raad gegen die Richtlinie verstoßen.

7. Die *belgische Regierung* verteidigt sich auf verschiedenen Ebenen. Dabei besteht eine sachliche Übereinstimmung der verschiedenen Verteidigungsgründe in dem Argument der Unabhängigkeit des Auftraggebers wegen seiner Natur als Legislativorgan.

Auf das um die Jahreswende 1996/97 durchgeführte Vergabeverfahren sei das Gesetz vom 14. Juli 1976 [2] zur öffentlichen Auftragsvergabe einschließlich der dazu ergangenen Durchführungsvorschriften anwendbar gewesen. Dieses Gesetz gehe davon aus, daß nur die Exekutive an die Vergabevorschriften gebunden sei. Zwar sei am 24. Dezember 1993 [3] ein neues Gesetz erlassen worden, dessen Inkrafttreten allerdings durch die zur Durchführung erforderlichen Ausführungsverordnungen [4] verzögert worden sei. In diesem Rahmen sei auf nationaler Ebene und in Kontakten mit der Kommission die im vorliegenden Rechtsstreit erhebliche Problematik der besonderen verfassungsrechtlichen Stellung von Legislativorganen diskutiert worden, ohne daß man das Problem einer für alle Beteiligten zufriedenstellenden Lösung hätte zuführen können. Die belgische Regierung ist der Ansicht, die Kommission habe es dabei an der nötigen Unterstützung fehlen lassen, so daß die zu dem vorliegenden Rechtsstreit führende Klageerhebung unangemessen sei. Der Zeitpunkt des Vorgehens gegen die belgische Regierung sei auch denkbar ungünstig gewesen, da sich die Geschehnisse in den zeitlichen Kontext der verfassungsmäßigen Verselbständigung der Regionen einordnen, eine Umbruchphase, die von rechtlichen Unsicherheiten begleitet gewesen sei.

Auf jeden Fall müsse dem Vlaamse Raad — immerhin dem flämischen Parlament, wie es inzwischen heißt — zugute kommen, daß es

2 — Gesetz vom 14. Juli 1976, relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

3 — Gesetz vom 24. Dezember 1993, relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *Moniteur belge*, 22. Januar 1994, S. 1308.

4 — Arrêté d'exécution.

ein Organ der Legislative sei, das entsprechend dem in den Mitgliedstaaten vorherrschenden und dem Vertrag von Maastricht zugrunde liegenden Demokratieverständnis unabhängig sei. Die Richtlinie lasse ihrerseits erkennen, daß es Bereiche gebe, in denen sie keine Anwendung finde, wie Artikel 4 der Richtlinie beweise.

8. Die Kommission hält dem entgegen, interne Probleme der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung seien nicht geeignet, von der Pflicht zur Beachtung des Gemeinschaftsrechts zu entbinden. Im übrigen sei auch ein Parlament zur Respektierung des Gemeinschaftsrechts verpflichtet.

9. In Artikel 7 der Richtlinie 93/37 werden die Voraussetzungen für das Stattfinden eines „offenen Verfahrens" [5], eines „nicht offenen Verfahrens" [6] bzw. eines „Verhandlungsverfahrens" [7] festgelegt. So werden in Artikel 7 Absatz 2 die Bedingungen für ein Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung definiert und in Artikel 7 Absatz 3 für ein Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung. In Artikel 7 Absatz 4 heißt es: „In allen anderen Fällen vergibt der öffentliche Auftraggeber seine Bauaufträge im offenen oder nicht offenen Verfahren".

10. Da das in Rede stehende Bauvorhaben keinen zu einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung berechtigenden Tatbestand erfüllt, sind die Bekanntmachungsvorschriften gemäß Artikel 11 der Richtlinie zu beachten, sofern der Vlaamse Raad als *öffentlicher Auftraggeber* im Sinne der Richtlinie zu betrachten ist. Die Richtlinie definiert in Artikel 1 Buchstabe b öffentliche Auftraggeber als „der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen ..."

11. Nach klassischem staatsrechtlichen Verständnis machen den Staat die drei Gewalten Legislative, Exekutive und Judikative aus. Auf einer abstrakten Ebene sind die Organe der drei Gewalten an das Gemeinschaftsrecht gebunden. In dieser Allgemeinheit hat das der Gerichtshof in der Rechtssache Von Colson und Kamann festgestellt, wo es heißt: „Allerdings ist klarzustellen, daß die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 5 EWG-Vertrag, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, *allen Trägern öffentlicher Gewalt* in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten *auch den Gerichten*." [8] Die Bindungswirkung einer Richtlinie für Gerichte ist insofern positiv festgestellt worden.

5 — Vgl. Artikel 1 Buchstabe e der Richtlinie.

6 — Vgl. Artikel 1 Buchstabe f der Richtlinie.

7 — Vgl. Artikel 1 Buchstabe g der Richtlinie.

8 — Vgl. Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26).

12. Die Frage nach der Bindung der Verwaltung an die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zum öffentlichen Auftragswesen war Gegenstand der Rechtssache Costanzo [9]. Dort hat der Gerichtshof ausgeführt, daß die Verpflichtungen, die sich aus den Bestimmungen einer Richtlinie ergeben, „für alle Behörden der Mitgliedstaaten gelten" [10]. Der Gerichtshof fährt fort, daß in all den näher beschriebenen Fällen, in denen sich einzelne auf die Bestimmungen einer Richtlinie berufen können, „alle Träger der Verwaltung einschließlich der Gemeinden und der sonstigen Gebietskörperschaften verpflichtet [sind], diese Bestimmungen anzuwenden" [11]. Die Bindung staatlicher Behörden muß insofern auch als positiv festgestellt gelten.

13. Die Frage kann also nur sein, ob auch die Legislative an Gemeinschaftsrichtlinien gebunden ist. Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen, richtet sich doch der Normsetzungsbefehl einer Richtlinie regelmäßig unmittelbar an die gesetzgebenden Körperschaften. Auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ist jenseits dieser abstrakten Betrachtungsweise gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Rechtssache Beentjes [12] der „Staat" im „funktionellen Sinne zu verstehen" [13]. In der bisherigen Rechtsprechung zum öffentlichen Auftragswesen war die Frage, ob es sich bei der einen Bauauftrag vergebenden Stelle um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Richtlinie handelt, regelmäßig anders gelagert als im vorliegenden Rechtsstreit. Es ging vornehmlich darum, daß nachgeordnete Stellen und Einrichtungen die Vergabevorschriften nicht beachtet hatten [14].

14. Ein Parlament hingegen ist als Träger der Staatsgewalt sicher Teil des Staates im funktionellen Sinne. Das gilt selbstverständlich auch in einer föderalen Struktur für die Parlamente der Gliedstaaten.

15. Die Besonderheit im vorliegenden Fall besteht darin, daß der Vlaamse Raad gerade nicht in seiner ursprünglichen Aufgabe als Gesetzgeber mit der Richtlinie 93/37 konfrontiert war, sondern im Rahmen seiner verwaltenden Tätigkeit in der Form fiskalischen Handelns. Dieser Umstand ist jedoch nicht geeignet, dieses Organ von den gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensvorschriften über Transparenz und Publizität im öffentlichen Auftragswesen zu entbinden. Es sollte vielmehr erst recht von einer Bindung an die Richtlinie ausgegangen werden, wenn sich das Legislativorgan nicht — da nicht gesetzgeberisch tätig — auf seine orginäre Unabhängigkeit gegenüber der Verwaltung berufen kann.

9 — Urteil vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 103/88 (Fratelli Costanzo, Slg. 1989, 1839).

10 — Vgl. Urteil in der Rechtssache 103/88 (zitiert in Fußnote 9, Randnr. 30).

11 — Vgl. Rechtssache 103/88 (zitiert in Fußnote 9, Randnr. 31).

12 — Urteil vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87 (Beentjes, Slg. 1988, 4635).

13 — Vgl. Rechtssache 31/87 (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 11).

14 — Vgl. Rechtssache 31/87 — Örtliche Flurbereinigungskommission (zitiert in Fußnote 12, Randnrn. 8 und 12), Rechtssache 103/88 — Stadtverwaltung von Mailand (zitiert in Fußnote 9, Randnrn. 30 ff.), Urteil vom 8. März 1992 in der Rechtssache 24/91 — Universität Complutense von Madrid (Kommission/Spanien, Slg. 1992, I-1989), vgl. auch Schlußanträge des Generalanwalts Lenz in dieser Rechtssache, I-1995, Nrn. 9 ff.

16. Der Vertreter der belgischen Regierung hat in der mündlichen Verhandlung auch eingeräumt, daß der Vlaamse Raad bei der Auftragsvergabe eigentlich nicht in seiner Funktion als Gesetzgeber gehandelt habe. Die in Anspruch genommene Freiheit begründe sich auf die Besonderheit der verfassungsrechtlichen Situation. So verweist die belgische Regierung zur Rechtfertigung des inkriminierten Vorgehens auf die interne Rechtslage. Das Gesetz vom 14. Juli 1976 habe ausdrücklich nur die Exekutive an die Vergabevorschriften gebunden.

17. Wie die Kommission zu Recht vorträgt, kann sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ein Mitgliedstaat nicht auf die interne Rechtsordnung bzw. eine Auslegung derselben berufen, um ein gemeinschaftsrechtswidriges Verhalten zu rechtfertigen. [15] Zweifel an der Gemeinschaftsrechtsverträglichkeit der belgischen Rechtslage waren zum maßgeblichen Zeitpunkt durchaus geweckt. Die belgische Regierung trägt selbst vor, daß Mängel des Gesetzes vom 14. Juli 1976 durch das Gesetz vom 24. Dezember 1993 ausgemerzt werden sollten. Es habe im Hinblick auf die Rolle von Legislativorganen noch Unstimmigkeiten gegeben. In diesem Zusammenhang habe es die Kommission an der nötigen Unterstützung fehlen lassen.

18. Es mag bedauerlich sein, wenn die Kommission nicht die von ihr erhoffte Unterstützung im Gesetzgebungsverfahren gegeben hat. Spätestens seit Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens konnte jedoch kein Zweifel an der Haltung der Kommission bestehen. Das das Vertragsverletzungsverfahren einleitende Aufforderungsschreiben datiert vom 28. Juli 1994, worauf die belgische Regierung unter dem 31. August desselben Jahres geantwortet hat. Über ein Jahr später, am 16. November 1995, richtete die Kommission die begründete Stellungnahme an die beklagte Regierung, die ihr mit Schreiben vom 15. Dezember 1995 antwortete. Schließlich hat die Kommission am 2. Oktober 1996 Klage erhoben.

19. Die von der belgischen Regierung angedeuteten Kommunikationsprobleme zwischen dem Vlaamse Raad, der Ständigen Vertretung Belgiens und der Kommission mögen zwar die Haltung des Vlaamse Raad erklären, sind jedoch nicht geeignet, sie im Rechtssinne zu rechtfertigen. Die Veröffentlichungspflichten der Richtlinie gelten unmittelbar und waren insofern auch bindend für den Vlaamse Raad.

20. Der Vertreter der belgischen Regierung hat in der mündlichen Verhandlung noch einmal ausdrücklich auf die Ausnahmevorschriften der Richtlinie, insbesondere deren Artikel 4, hingewiesen, um zu verdeutlichen, daß es durchaus Bereiche gebe, die ein Staat berechtigterweise den Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe entziehen könnte.

15 — Vgl. Urteile vom 9. Dezember 1997 in der Rechtssache C-265/95 (Kommission/Frankreich, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnrn. 55 ff.), vom 12. Juli 1988 in der Rechtssache 310/86 (Kommission/Italien, Slg. 1988, 3987, Randnr. 6) und vom 12. Juli 1988 in der Rechtssache 326/87 (Kommission/Italien, Slg. 1988, 4009, Randnr. 6).

21. Dem ist zu entgegnen, daß Artikel 4 im konkreten Fall keine Handhabe für die Außerachtlassung der aus der Richtlinie fließenden Pflichten bietet. Artikel 4 Absatz 1 ist eine reine Bereichsausnahme, in dem auf bestimmte Vorschriften der Richtlinie 90/531/EWG des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor [16] verwiesen wird. Artikel 4 Absatz 2 nimmt diejenigen Bauaufträge von der Richtlinie aus, „die gemäß den Rechts- und Verwaltungsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaates für geheim erklärt werden oder deren Ausführung nach diesen Vorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert, oder wenn der Schutz wesentlicher Interessen des Mitgliedstaates es gebietet". Die belgische Regierung hat keine Tatsachen vorgetragen, die die Ausnahmevorschrift eingreifen ließen, sei es durch die Benennung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die den Bauauftrag als geheim erklärt hätten, noch daß sie besondere Sicherheitsmaßnahmen bzw. den Schutz wesentlicher Interessen des Staates geltend gemacht hätte.

22. Ausnahmevorschriften von den Richtlinien auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens sind nach ständiger Rechtsprechung *eng* [17] auszulegen. Die allgemeine nicht näher spezifizierte Berufung auf den Gewaltenteilungsgrundsatz kann daher auch nicht als Inanspruchnahme des Schutzes wesentlicher Interessen des Staates gedeutet werden.

23. Im Hinblick auf die Unabhängigkeit des Legislativorgans Vlaamse Raad stellt sich daher allenfalls noch die Frage der Verantwortlichkeit des Mitgliedstaats im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens nach Artikel 169 des Vertrages. Auch insofern kann auf eine ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes verwiesen werden, die besagt, daß die Verantwortlichkeit eines Mitgliedstaats nach Artikel 169 unabhängig davon besteht, welches Staatsorgan durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß verursacht hat, selbst wenn es sich um ein verfassungsmäßig unabhängiges Organ handelt [18].

24. Im Ergebnis ist dem Klagebegehren der Kommission daher stattzugeben.

Kosten

Gemäß Artikel 69 § 2 erster Absatz wird die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten verurteilt. Da der Beklagte unterlegen ist, hat er die Kosten des Verfahrens zu tragen.

16 — Richtlinie des Rates vom 17. September 1990 (ABl. L 297, S. 1).

17 — Urteile vom 10. März 1987 in der Rechtssache 199/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 1039, Randnr. 14), vom 18. Mai 1995 in der Rechtssache C-57/94 (Kommission/Italien, Slg. 1995, I-1249, Randnr. 23) und vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-318/94 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1996, I-1949, Randnr. 13); zur zeitlichen Wirkung einer Ausnahmevorschrift vgl. Urteil vom 26. Oktober 1995 in der Rechtssache C-143/94 (Furlanis, Slg. 1995, I-3633).

18 — Vgl. Urteile vom 5. Mai 1970 in der Rechtssache 77/69 (Kommission/Belgien, Slg. 1970, 237, Randnr. 15), vom 18. November 1970 in der Rechtssache 8/70 (Kommission/Italien, Slg. 1970, 961, Randnr. 9) und vom 26. Februar 1976 in der Rechtssache 52/75 (Kommission/Italien, Slg. 1976, 277, Randnr. 14).

C — Ergebnis

25. Als Konsequenz vorstehender Überlegungen, schlage ich folgende Entscheidung vor:

1. Das Königreich Belgien hat dadurch gegen seine Verpflichtungen aus den Richtlinien 89/440/EWG und 93/37/EWG, insbesondere aus den Artikeln 7 und 11 der Richtlinie 93/37/EWG, verstoßen, indem im Zusammenhang mit dem Bau des Gebäudes für den Vlaamse Raad weder vor der Ausschreibung des globalen Entwurfs noch vor der Ausschreibung der einzelnen Lose die Vergabe- und Bekanntmachungsvorschriften beachtet wurden.

2. Dem Königreich Belgien werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.