SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIEGBERT ALBER

vom 14. März 2000 *

I — Einführung

1. Die Kommission erhebt im Rahmen des vorliegenden Vertragsverletzungsverfahrens den Vorwurf, die Französische Republik habe gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 59 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 49 EG) sowie der Richtlinie 71/305/EWG in der durch die Richtlinie 89/440/EWG geänderten Fassung, insbesondere die Artikel 12, 26 und 29, und aus der Richtlinie 93/37/EWG, insbesondere der Artikel 8, 11, 22 und 30, zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge verstoßen, indem sie verschiedene Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge betreffend den Bau und die Unterhaltung von Schulgebäuden durch die Region Nord-Pas-de-Calais und das Departement du Nord nicht ordnungsgemäß durchgeführt habe. Die Kommission rügt im einzelnen Verstöße gegen die Bekanntmachungsvorschriften — vor allem die Vorinformationen und die Zahl der Bieter betreffend —, sie beanstandet die Anwendung eines unzulässigen Kriteriums bei der Auftragsvergabe, sie rügt ferner diskriminierende technische Spezifizierungen bei der Beschreibung der Lose und diskriminierende Nachweise der Berufserfahrung und der Leistungsfähigkeit; sie beanstandet weiterhin fehlende Nachinformationen über die Auftragsvergabe und die unterlassene Übermittlung der Vergabevermerke.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge* [1] *in der durch die Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 geänderten Fassung* [2] *sowie Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge* [3]

2. Die Richtlinie 71/305 wurde, nachdem sie schon mehrfach in wesentlichen Punkten geändert worden war, durch die Richtlinie 93/37 „aus Gründen der Klarheit und Übersichtlichkeit" — so der erste Erwägungsgrund — neu kodifiziert. Bis auf einige redaktionelle Änderungen sind die im vorliegenden Fall maßgeblichen Regelungen der Richtlinie 71/305 mit denen der

* Originalsprache: Deutsch.

1 — ABl. L 185, S. 5.
2 — ABl. L 210, S. 1.
3 — ABl. L 199, S. 54.

Richtlinie 93/37 identisch. Da die Richtlinie 93/37 erst seit dem 14. Juni 1993 gilt, die Kommission aber Verstöße rügt, die teilweise vor diesem Zeitpunkt liegen, finden im vorliegenden Fall beide Richtlinien Anwendung. Im übrigen bestimmt Artikel 36 der Richtlinie 93/37, in dem die Richtlinie 71/305 aufgehoben wird, daß Bezugnahmen auf die aufgehobene Richtlinie als Bezugnahme auf die neue Richtlinie gelten.

Artikel, die im nachfolgenden ohne Richtlinienangabe zitiert werden, sind solche der Richtlinie 93/37.

a) Zum Vergabeverfahren

3. Artikel 8 — der Artikel 5a der Richtlinie 71/305 entspricht — lautet:

„(1) bis (2) ...

(3) Die öffentlichen Auftraggeber fertigen einen Vergabevermerk über jeden vergebenen Auftrag an, der mindestens folgendes umfaßt:

— Name und Anschrift des öffentlichen Auftraggebers, Gegenstand und Wert des Auftrags;

— die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl;

— die Namen der ausgeschlossenen Bewerber oder Bieter und die Gründe für die Ablehnung;

— den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebots sowie — falls bekannt — den Anteil, den der erfolgreiche Bieter an Dritte weiterzuvergeben beabsichtigt;

— bei den Verhandlungsverfahren die in Artikel 7 genannten Umstände, die die Anwendung dieses Verfahrens rechtfertigen.

Dieser Vergabevermerk oder dessen Hauptpunkte werden der Kommission auf Anfrage übermittelt."

b) Zur Vor- und Nachinformation

4. Artikel 11 — der Artikel 12 der Richtlinie 71/305 entspricht — lautet:

„(1) Die öffentlichen Auftraggeber teilen in einer nicht verbindlichen Bekanntmachung die wesentlichen Merkmale der Bauaufträge mit, deren Vergabe sie beabsichtigen, wenn deren Auftragswert mindestens so hoch ist wie der in Artikel 6 Absatz 1 festgelegte Schwellenwert [4].

(2) bis (4) ...

(5) Öffentliche Auftraggeber, die einen Auftrag vergeben haben, teilen das Ergebnis in einer Bekanntmachung mit. ...

(6) ...

(7) Die öffentlichen Auftraggeber übermitteln die in den Absätzen 1 bis 5 vorgesehenen Bekanntmachungen binnen kürzester Frist und in geeignetster Weise dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften ....

(8) bis (13) ..."

c) Zur Auswirkung der Vorinformation auf die Abgabefrist der Angebote

5. Artikel 12 — der Artikel 13 der Richtlinie 71/305 entspricht — lautet:

„(1) Bei den offenen Verfahren beträgt die von den öffentlichen Auftraggebern festzusetzende Frist für den Eingang der Angebote mindestens 52 Tage, gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung an.

(2) Die in Absatz 1 vorgesehene Frist für den Eingang der Angebote kann auf 36 Tage verkürzt werden, wenn die öffentlichen Auftraggeber eine Bekanntmachung gemäß Artikel 11 Absatz 1, die entsprechend dem Muster in Anhang IV, Abschnitt A, erstellt wurde, im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht haben.

(3) bis (5) ..."

4 — Der in Artikel 6 Absatz 1 genannte Schwellenwert beträgt 5 Mio ECU.

6. Artikel 13 — der Artikel 14 der Richtlinie 71/305 entspricht — ist wie folgt gefaßt:

„(1) bis (2) ...

(3) Bei den nicht offenen Verfahren beträgt die von den öffentlichen Auftraggebern festzusetzende Frist für den Eingang der Angebote mindestens vierzig Tage, gerechnet vom Tag der Absendung der schriftlichen Aufforderung zur Angebotsabgabe an.

(4) Die in Absatz 3 vorgesehene Frist für den Eingang der Angebote kann auf 26 Tage verkürzt werden, wenn die Auftraggeber eine Bekanntmachung gemäß Artikel 11 Absatz 1, die entsprechend dem Muster in Anhang IV, Abschnitt A, erstellt wurde, im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht haben.

(5) bis (7) ..."

d) Zur Zahl der Bieter

7. Artikel 22 — der Artikel 22 der Richtlinie 71/305 in der durch die Richtlinie 89/440 geänderten Fassung entspricht — sieht vor:

„(1) ...

(2) Vergeben die öffentlichen Auftraggeber einen Auftrag im nicht offenen Verfahren, so können sie die Marge bestimmen, innerhalb deren die Zahl der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen liegen wird. In einem solchen Fall wird die Marge in der Bekanntmachung angegeben. Die Marge wird nach der Art des auszuführenden Bauwerks bestimmt. Die niedrigste Zahl der Marge darf nicht unter fünf liegen. Die höchste Zahl der Marge kann auf 20 festgelegt werden.

Auf jeden Fall muß die Zahl der Bewerber, die zum Bieten zugelassen werden, ausreichen, um einen echten Wettbewerb zu gewährleisten.

(3) bis (4) ..."

e) Zum Nachweis der Leistungsfähigkeit

8. Artikel 27 — der Artikel 26 der Richtlinie 71/305 entspricht — lautet:

„(1) Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Unternehmers kann wie folgt erbracht werden:

a) durch Studiennachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und/oder der Führungskräfte des Unternehmens, insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Person oder Personen;

b) durch eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen, der Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Ausführung für die wichtigsten Bauleistungen beizufügen sind. Aus diesen Bescheinigungen muß folgendes hervorgehen: der Wert der Bauleistung sowie Zeit und Ort der Bauausführung, ob die Arbeiten den anerkannten Regeln der Technik entsprachen und ob sie ordnungsgemäß ausgeführt wurden. Gegebenenfalls leitet die zuständige Behörde diese Bescheinigungen direkt dem öffentlichen Auftraggeber zu;

c) durch eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird;

d) durch eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der von dem Unternehmen in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner leitenden Angestellten in den letzten drei Jahren ersichtlich ist;

e) durch eine Erklärung betreffend die Techniker oder die technischen Stellen, über die der Unternehmer, unabhängig davon, ob sie dem Unternehmen angehören oder nicht, bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird.

(2) Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe an, welche dieser Nachweise ihm jeweils vorzulegen sind."

f) Zu den Zuschlagskriterien

9. Artikel 30 — der Artikel 29 der Richtlinie 71/305 entspricht — sieht folgendes vor:

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

a) entweder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises

b) oder — wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt — verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, wie z. B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert.

(2) In dem in Absatz 1 Buchstabe b) genannten Fall gibt der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien an, deren Verwendung er vorsieht, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung.

(3) bis (4) ...“

III — Vorverfahren und Sachverhalt

10. Der Gegenstand des vorliegenden Vertragsverletzungsverfahrens ist das Resultat zweier voneinander unabhängiger Vorverfahren.

11. Erstens: Anfang 1993 wurde die Kommission durch eine Beschwerde eines ausgeschiedenen Bieters auf ein offenes Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge aufmerksam. Dieses Verfahren betraf die Errichtung eines Mehrzweckgymnasiums in Wingles (Region Pas-de-Calais). Es wurde im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* vom 21. Januar 1993 ausgeschrieben. Die Kommission hatte einige Beanstandungen im Hinblick auf diese Ausschreibung. Sie warf den französischen Behörden im Mahnschreiben vom 27. September 1993 vor, die Frist zur Einreichung der Gebote sei zu kurz bemessen, die Klassifizierung der Lose durch Verweise auf rein national verwendete technische Spezifikationen sei ungenügend, die erbetenen Nachweise im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit der Unternehmen ebenfalls durch rein national verwendete Zertifikate sei unzulässig ebenso wie der Verweis auf ein mitgliedstaatliches Gesetz im Hinblick auf die Zuschlagskriterien. Schließlich beanstandete die Kommission die Weigerung der französischen Behörden, der Kommission das Protokoll des beanstandeten Vergabeverfahrens zu übersenden. Das Antwortschreiben der französischen Behörden vom 20. Dezember 1993 war nach Auffassung der Kommission nicht zufriedenstellend. Daher richtete sie am 8. September 1995 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die Französische Republik. Dieses Schreiben blieb unbeantwortet.

12. Zweitens: Zwischenzeitlich veröffentlichte die Region Nord-Pas-de-Calais im Amtsblatt vom 18. Februar 1995 14 Ausschreibungen im Rahmen des Programms „Plan Lycée“. Die Auftragssumme betrug insgesamt ca. 1,4 Milliarden FRF. Es handelte sich um nicht offene Verfahren bezüglich Sanierungs- und Instandhaltungsarbeiten über einen Zeitraum von zehn Jahren. Die Anzeigen präzisierten Zu-

schlagskriterien. Dabei wurde ein „Zusatzkriterium" im Hinblick auf eine angestrebte Beschäftigungsförderung aufgeführt. Dieses wurde gestützt auf ein ministerielles Rundschreiben vom 29. Dezember 1993.

13. Mit Mahnschreiben vom 21. November 1995 forderte die Kommission die französischen Behörden auf, zu einigen Beanstandungen der Ausschreibungen Stellung zu nehmen, wie z. B. zum Unterlassen einer Vorinformation, zur Verwendung des zusätzlichen Zuschlagskriteriums hinsichtlich der Beschäftigungsförderung, zur Nichtzulassung einer ausreichenden Anzahl potentieller Bieter sowie zur Verwendung diskriminierend wirkender Qualifikationskriterien.

14. Die Kommission untersuchte die Vergabepraxis der Region Nord-Pas-de-Calais und des Departements du Nord über einen Zeitraum von drei Jahren. Am 8. Mai 1996 richtete sie ein zusätzliches Mahnschreiben an die französischen Behörden. Mit Schreiben vom 9. August 1996 antworteten diese, sie wollten die Vergabeverfahren für die neuen Verträge verbessern.

15. Am 7. April 1997 verfaßte die Kommission eine zusammenfassende begründete Stellungnahme, die von den französischen Behörden unbeantwortet blieb. Die Kommission erhob daraufhin am 18. Juni 1998 die vorliegende Klage, eingetragen in das Register des Gerichtshofes am 22. Juni 1998.

16. Die Kommission beantragt,

— festzustellen, daß die Französische Republik bei verschiedenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge betreffend den Bau und die Unterhaltung von Schulgebäuden durch die Region Nord-Pas-de-Calais und das Departement du Nord, die in einem Zeitraum von drei Jahren untersucht wurden, gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 59 EG-Vertrag [nach Änderung jetzt Artikel 49 EG] sowie der Richtlinie 71/305/EWG in der durch die Richtlinie 89/440/EWG geänderten Fassung, insbesondere die Artikel 12, 26 und 29, und aus der Richtlinie 93/37/EWG, insbesondere die Artikel 8, 11, 22 und 30, verstoßen hat;

weiterhin beantragt die Kommission in der Replik,

— der Französischen Republik die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

17. Die Französische Republik beantragt, die Klage abzuweisen.

A — *Zum Verstoß gegen Artikel 12 der Richtlinie 71/305 bzw. Artikel 11 der Richtlinie 93/37 durch das Unterlassen der Vorinformation* (zum Wortlaut der Artikel siehe Nrn. 4 bis 6)

18. Auf das Vorbringen der Beteiligten und auf weitere Einzelheiten des Sachverhalts wird im Rahmen der Erörterung der einzelnen Vorwürfe zurückzukommen sein.

Vortrag der Parteien

19. Das gleiche gilt hinsichtlich der Fragen, die der Gerichtshof an die Kommission zu den Rechtsfolgen einer unterlassenen Vorinformation und zur Praxis der Vorinformation durch die öffentlichen Auftraggeber der Gemeinschaft gerichtet hat und hinsichtlich der Stellungnahme der französischen Regierung zu den Antworten der Kommission.

21. Die Kommission ist der Auffassung, die französischen Behörden hätten gegen Artikel 12 der Richtlinie 71/305 bzw. 11 der Richtlinie 93/37 verstoßen, indem sie das Gebot der Vorinformation nur sehr selten beachtet hätten. Aus diesen Artikeln folge, daß das Verfahren der Vorinformation eine zwingende Voraussetzung für jedes gemäß der Richtlinie vorzunehmende Ausschreibungsverfahren sei. Die französischen Behörden hätten dem grundsätzlich nicht widersprochen.

IV — Zu den einzelnen Vorwürfen

20. Die Kommission stützt die Klage auf mehrere Vorwürfe, die sich in die nachfolgenden Gruppen zusammenfassen lassen. Die Reihenfolge entspricht der im Klagevorbringen.

22. Dennoch habe die Region Nord-Pas-de-Calais am 18. Februar 1995 14 Bauaufträge veröffentlicht, ohne zuvor eine Vorinformation im Sinne der Vorschrift vorgenommen zu haben. Außerdem sei in den Vorjahren 1993 bis 1995 das Verfahren der Vorinformation nur sehr selten beachtet worden. Bezüglich des Departements du Nord seien im Untersuchungszeitraum keine Bekanntmachungen von Vorinformationen im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht worden. Lediglich für das Gymnasium von

Wingles und ein Ausbildungszentrum für Lehrlinge habe es eine Veröffentlichung der Vorinformation gegeben.

24. Die Kommission hält das Argument der französichen Behörden, die Vorinformation sei fakultativ, für unzutreffend. Es sei unmaßgeblich, daß die Auftraggeber nicht beabsichtigt hätten, von den Fristverkürzungen für den Eingang der Angebote im Sinne der Artikel 12 und 13 zu profitieren.

Würdigung

23. Die französische Regierung bestreitet nicht, daß Artikel 11 Absatz 1 der Richtlinie eine Verpflichtung aufstelle. Die Pflicht zur Veröffentlichung von Vorinformationen sei jedoch angesichts der Artikel 12 und 13 derselben Richtlinie zu relativieren. Grundsätzlich sehe Artikel 12 Absatz 1 und Artikel 13 Absatz 3 der Richtlinie eine Frist von 52 bzw. 40 Tagen für den Eingang der Angebote vor. Der öffentliche Auftraggeber könne diese Frist gemäß Artikel 12 Absatz 2 und Artikel 13 Absatz 4 verkürzen, wenn er eine Bekanntmachung gemäß Artikel 11 Absatz 1 im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentliche. Wenn aber eine Veröffentlichung der Vorinformation immer zwingend wäre, dann wäre nach Ansicht der französischen Regierung die Voraussetzung zur Fristverkürzung in jedem Vergabeverfahren erfüllt. Daraus folge eine Unvereinbarkeit von Artikel 11 einerseits mit den Artikeln 12 und 13 andererseits. Es seien demnach mehrere Lesarten möglich, je nachdem, ob man den zwingenden Charakter des Verfahrens der Vorinformation gemäß Artikel 11 Absatz 1 zugrunde lege oder den fakultativen Charakter gemäß der Artikel 12 und 13. Die französischen Behörden hätten sich für die letztere Auslegungsalternative entschieden. Im übrigen habe die Region Nord-Pas-de-Calais die beanstandeten Ausschreibungen noch einmal, diesmal unter Beachtung des Gebots der Vorinformation veröffentlicht.

25. Dadurch, daß die Region Nord-Pas-de-Calais den Beanstandungen der Kommission im Mahnschreiben vor Ablauf der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist nachgekommen ist — allerdings ohne die Kommission darüber zu informieren —, könnte die Klage in diesem Punkt unzulässig geworden sein.

26. Zweck des Vertragsverletzungsverfahrens ist es, feststellen zu lassen, daß der betreffende Staat gegen seine Verpflichtungen verstoßen hat und diesen Verstoß nicht innerhalb der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist abgestellt hat. Das Vorliegen einer Vertragsverletzung ist nach ständiger Rechtsprechung anhand der Situation zu beurteilen, in der sich der Mitgliedstaat bei der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist befand. Zu diesem Zeitpunkt hatten die französischen Behörden die Vorinformation bereits nachträglich veröffentlicht, soweit dies noch möglich war. Damit sind die französischen Behörden den Forderungen der Kommission nachgekommen, bevor die in der begründeten Stellungnahme gesetzte Frist ablief. Damit entfällt eine wesentliche Vor-

aussetzung für die Zulässigkeit der Vertragsverletzungsklage.

27. Dennoch hat die französische Regierung noch im Verfahren vor dem Gerichtshof den Standpunkt vertreten, daß die Vorinformation im Sinne des Artikels 11 der Richtlinie nicht verpflichtend sei. Insofern hat sie die vorgeworfene Vertragsverletzung materiell nicht anerkannt. Es besteht also ein Feststellungsinteresse im Hinblick auf die Uneinigkeit bei der Auslegung des Artikels 11 in Verbindung mit den Artikeln 12 und 13 der Richtlinie fort, so daß die Klage insoweit zulässig ist. Hinzu kommt, daß die Änderungen der Kommission nicht mitgeteilt worden waren.

28. Im Rahmen der materiellen Prüfung sind sich die Parteien insofern einig, als eine isolierte Betrachtung des Artikels 11 Absatz 1 den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, die wesentliche Merkmale der Bauaufträge vorab zu veröffentlichen. Fraglich ist jedoch, ob diese Auslegung im Lichte der Artikel 12 Absatz 2 und 13 Absatz 4 relativiert werden muß. Dafür könnte die Formulierung „ ... wenn die öffentlichen Auftraggeber eine Bekanntmachung ... veröffentlicht haben" in Artikel 12 Absatz 2 und Artikel 13 Absatz 4 sprechen. Gegen dieses Verständnis spricht jedoch zunächst, daß Artikel 11 einerseits und die Artikel 12 und 13 andererseits zwei grundsätzlich verschiedene Dinge regeln: Artikel 11 verpflichtet den Auftraggeber zur Bekanntmachung der Bauaufträge, während die Artikel 12 und 13 die Fristen für den Eingang der Angebote regeln. Es wäre systemwidrig anzunehmen, daß Artikel 12 Absatz 2 und Artikel 13 Absatz 4 zusätzlich noch die Frage der Veröffentlichung von Vorinformationen regeln wollte, obwohl dies zuvor schon unmißverständlich geregelt wurde.

29. Für die generelle Pflicht zur Veröffentlichung der Vorinformation spricht des weiteren Sinn und Zweck der Richtlinie. Die Richtlinie soll einen echten Wettbewerb auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens schaffen. Dies macht es erforderlich, daß ein unbeschränkter Kreis von Bewerbern aus allen Mitgliedstaaten die Möglichkeit hat, sich rechtzeitig und umfassend über bevorstehende Vergabeverfahren zu informieren. Diese notwendige Breitenwirkung wird aber nicht erzielt, wenn der Auftraggeber über die Bekanntmachung — und sei es auch nur in der Form einer Vorinformation — entscheiden kann.

30. Das Argument der französischen Regierung, daß diese Auslegung regelmäßig eine Verkürzung der Eingangsfristen von 52 auf 36 bzw. von 37 auf 26 Tage zur Folge habe, greift nicht. Obwohl eine grundsätzliche Pflicht zur Veröffentlichung der Vorinformation besteht, werden die Regelungen in Artikel 12 Absätze 1 und 2 und Artikel 13 Absätze 1 und 4 nicht gegenstandslos. Die Fristverkürzung kann nur dann Platz greifen, wenn eine ordnungsgemäße Vorinformation stattfand. Die Möglichkeit der Fristverkürzung ist dabei lediglich eine Kann-Bestimmung, die der öffentliche Auftraggeber nicht in Anspruch zu nehmen braucht. Bei den unterschiedlich

bemessenen Fristen handelt es sich um ein Regelausnahmeverhältnis, wobei die Ausnahme in Form der verkürzten Fristen an eine Bedingung in Form der ordnungsgemäßen Vorinformation geknüpft ist.

31. Es trifft zu, daß aus der Formulierung, daß die Fristen nur verkürzt werden können, wenn vorher eine Vorinformation erfolgt ist, geschlossen werden kann, daß trotz der allgemeinen Pflicht zur Vorinformation Fälle denkbar sind, in denen die Vorinformation dennoch nicht erfolgte. Hierzu hat die Kommission auch in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, daß eine Vorinformation aus objektiven Gründen nicht immer möglich sei. So könnten budgetäre Gründe dafür verantwortlich sein, daß eine frühzeitige Vorinformation nicht stattfinden konnte, sei doch die öffentliche Auftragsvergabe von den vorhandenen Mitteln abhängig, deren Verfügbarkeit sich zu unterschiedlichen Zeitpunkten unterschiedlich darstellen könne.

32. Die Kommission verwies in der mündlichen Verhandlung darauf, daß man dieses Problem bei der Änderung des Artikels 12 der Richtlinie 71/305 gesehen habe. Damals sei angeregt worden, daß man eine Einschränkung in dem Sinne „außer wenn dies nicht möglich ist" in den Gesetzestext aufnehmen sollte. Es sei jedoch nicht zur Aufnahme dieser oder einer ähnlichen Formulierung in den Richtlinientext gekommen.

33. Die Vorinformation ist also in der Regel verpflichtend. Findet eine derartige Vorinformation nicht statt, muß der öffentliche Auftraggeber in der Lage sein, die Gründe anzugeben, warum dies unterlassen wurde. Die Beachtung der längeren Frist für den Eingang der Angebote ist dann eine unabdingbare Folge der Mißachtung der Vorinformation. Es handelt sich jedoch nicht um einen Automatismus in dem Sinne, daß bei der Festlegung der längeren Angebotsfristen, die die Regel sind, auf eine Vorinformation im Sinne des Artikels 11 der Richtlinie verzichtet werden könnte, sondern es gilt umgekehrt, daß eine ausnahmsweise Fristverkürzung nur nach einer erfolgten Vorinformation möglich ist.

34. Der erste Klagevorwurf ist daher zulässig und begründet.

B — *Zum Verstoß gegen Artikel 30 der Richtlinie 93/97 — der Artikel 29 der Richtlinie 71/305 entspricht — durch Verwendung eines unzulässigen Zuschlagskriteriums* (zum Wortlaut des Artikels siehe Nr. 9)

35. Ausweislich der den Akten beigefügten Anlagen haben die französischen Auftraggeber bei den Ausschreibungen innerhalb der mit dem Begriff „Zuschlagskriterien" überschriebenen Rubrik mehrfach den Beschäftigungsaspekt ausdrücklich als „zusätzliches Kriterium" zum Preis, der Ausführungsfrist u. a. genannt.

Vortrag der Parteien

36. Die Kommission ist der Ansicht, daß die Französische Republik gegen Artikel 30 verstoßen habe, indem sie den Aspekt der Beschäftigungsförderung zum Zuschlagskriterium gemacht habe. Nach Auffassung der Kommission dürfte dieser Aspekt nur als ein Ausführungskriterium herangezogen werden. Dabei stützt sich die Kommission auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes im Urteil Beentjes [5].

37. Die Kommission weist darauf hin, daß sich das zusätzliche Kriterium bezüglich der Beschäftigungsförderung im vorliegenden Fall auf ein ministerielles Rundschreiben vom 29. Dezember 1993 begründe. Danach sei es möglich, lokale Maßnahmen gegen die Arbeitslosigkeit und zur Förderung der Beschäftigung im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe zu treffen.

38. Artikel 30 der Richtlinie 93/37 sehe aber nur zwei mögliche Zuschlagskriterien vor, zum einen das Kriterium des niedrigsten Preises und zum anderen das wirtschaftlich günstigste Angebot. Folglich hätten die französischen Behörden gegen Artikel 30 verstoßen, indem sie ausdrücklich das Beschäftigungskriterium bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigen würden.

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

39. Die französische Regierung vertritt dagegen die Auffassung, das Urteil Beentjes erlaube gerade ein zusätzliches Zuschlagskriterium. Sie zitiert hierzu wörtlich die Randnummern 28 und 37 dritter Spiegelstrich des Urteils, die wie folgt lauten:

„Was den Ausschluß eines Bieters mit der Begründung anbelangt, daß er nicht in der Lage sei, Langzeitarbeitslose zu beschäftigen, so ist zunächst festzustellen, daß eine solche Bedingung weder mit der Prüfung der fachlichen Eignung der Unternehmer ... noch mit den in Artikel 29 genannten Kriterien für die Erteilung des Zuschlags etwas zu tun hat."

„Die Bedingung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen ist mit der Richtlinie vereinbar, wenn sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft führt. Eine solche besondere zusätzliche Bedingung muß in der Bekanntmachung der Ausschreibung angegeben werden."

40. Die französische Regierung gibt jedoch zu bedenken, wenn nach dem Urteil Beentjes das Beschäftigungskriterium ausdrücklich in den Ausschreibungsveröffent-

lichungen genannt werden müsse, finde dies keine Stütze in den Mustern für die Bekanntmachung öffentlicher Bauaufträge im Anhang IV der Richtlinie 93/37. Dort sei keine Rubrik für derartige Angaben vorgesehen. [6]

41. Selbst wenn es sich im übrigen bei dem Beschäftigungskriterium um ein Ausführungskriterium handeln sollte, dann beruhe dies nicht auf der Richtlinie 93/37 sondern auf nationalem Recht. Dann sei Artikel 30 der Richtlinie nicht einschlägig und der Vorwurf der Kommission unzutreffend. Die französische Regierung weist schließlich darauf hin, daß sie die öffentlichen Auftraggeber entsprechend dem Rundschreiben vom 29. Dezember 1993 angewiesen habe. Das Rundschreiben sage klar und deutlich, daß das Zusatzkriterium bezüglich der Beschäftigung nicht genauso berücksichtigt werden dürfe, wie die in Artikel 30 der Richtlinie ausdrücklich genannten Kriterien. Vielmehr handele es sich um ein subsidiäres Zuschlagskriterium.

42. Sollte der Gerichtshof dennoch der Auffassung der Kommission folgen, so hält die französische Regierung ihr Verhalten auch insofern für mit der Richtlinie konform.

6 — In Anhang IV sind je nach Vergabeart zwischen 7 und 18 Positionen aufgelistet, die in der Ausschreibung anzugeben sind.

Würdigung

43. Der Gerichtshof stellt im Urteil Beentjes fest, ein Beschäftigungskriterium (im damaligen Fall ging es um die Bedingung zur Einstellung von Langzeitarbeitslosen) habe nichts mit den in Artikel 29 der Richtlinie 71/305 genannten Kriterien für die Erteilung des Zuschlags zu tun. [7]

44. Es ist daher zu klären, ob Kriterien zur Förderung der Beschäftigung nicht nur als Zuschlagskriterien im Sinne des Artikels 30 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 ausgeschlossen sind, sondern auch als Hilfskriterien.

45. Nach Auffassung der französischen Regierung ist der Beschäftigungsaspekt als Hilfskriterium dann zulässig, wenn mehrere gleichwertige Angebote vorliegen. Dies hätte dann aber zur Folge, daß in diesen Fällen das Beschäftigungskriterium letztlich die Stellung eines allein maßgeblichen Zuschlagskriteriums bekäme, was im Licht des Urteils Beentjes gerade ausgeschlossen ist. Das Beschäftigungskriterium dient nicht unmittelbar der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Es hätte sonst gegebenenfalls eine noch größere Bedeutung als die in Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie genannten Kriterien, da der Beschäftigungsaspekt dann alleine ausschlaggebend sein könnte.

7 — Vgl. Randnr. 28 des Urteils Beentjes (zitiert in Fußnote 5).

46. Insofern als die französischen Behörden das Beschäftigungskriterium als zusätzliches Zuschlagskriterium ausgestaltet haben, liegt ein Verstoß gegen Artikel 30 der Richtlinie vor. Folglich ist es auch unerheblich, ob das Beschäftigungskriterium durch das ministerielle Rundschreiben vom 29. Dezember 1993 auf nationaler Ebene geregelt wird, da insofern Artikel 30 der Richtlinie vorgeht.

47. Es soll nicht verkannt werden, daß sich der Beschäftigungsaspekt gesellschaftspolitisch inzwischen wohl anders darstellt als zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie, die aus heutiger Sicht sehr auf betriebswirtschaftliche und weniger auf volkswirtschaftliche Gesichtspunkte abstellt. Dies zu ändern, wäre jedoch Sache des Gesetzgebers.

48. Kein Verstoß gegen die Richtlinie wäre es, wenn das Gebot der Beschäftigungsförderung — wie im Urteil Beentjes ausgeführt — als Bedingung formuliert würde und insofern den Charakter eines Ausführungskriteriums annähme, wie es die Kommission ausgeführt hatte.

49. Indem die französischen Behörden das Beschäftigungskriterium jedoch als gesondertes Zuschlagskriterium eingesetzt haben, liegt ein Verstoß gegen Artikel 30 der Richtlinie vor.

C — *Zum Verstoß gegen Artikel 22 der Richtlinie 93/37 durch die Beschränkung der Anzahl der zugelassenen Bieter* (zum Wortlaut des Artikels siehe Nr. 7)

50. Vergibt ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag im nicht offenen Verfahren, so kann er gemäß Artikel 22 Absatz 2 der Richtlinie eine Marge festlegen für die Zahl der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen. Die niedrigste Zahl der Marge darf nicht unter fünf liegen, wie Artikel 22 Absatz 2 Satz 4 ausdrücklich vorschreibt.

51. Die französischen Auftraggeber sahen in der im Amtsblatt vom 18. Februar 1995 veröffentlichten Ausschreibung unter Rubrik 13 folgende Angabe vor: „Begrenzte Anzahl von Bietern, die zur Abgabe eines Gebotes zugelassen werden können: 5."

Vortrag der Parteien

52. Die Kommission ist der Ansicht, daß die Angabe nahelege, die Anzahl der Bieter könne auch niedriger sein als fünf. Dies stelle dann einen Verstoß gegen Artikel 22 Absatz 2 Satz 4 der Richtlinie dar.

53. Die französische Regierung teilt diese Auffassung nicht. Indem die Anzahl der Bieter auf fünf beschränkt sei, seien die Voraussetzungen des Artikels 22 Absatz 2 Satz 4 der Richtlinie erfüllt. Nichts weise in Artikel 22 darauf hin, daß die Anzahl der Bieter nicht auf fünf beschränkt werden könne. Ein echter Wettbewerb sei gewährleistet. Die Kommission habe nicht den Beweis des Gegenteils erbringen können.

Würdigung

54. Die von dem französischen Auftraggeber gewählte Angabe ist in zweierlei Hinsicht problematisch. Zum einen ist in Artikel 22 Absatz 2 von einer „Marge" die Rede. So wie sich die beanstandeten Angaben in der Ausschreibung darstellen, ist keine Marge erkennbar. Von einer solchen könnte allenfalls die Rede sein, wenn die Anzahl fünf implizieren würde, daß eine Marge von eins bis fünf gemeint ist, was in jedem Fall mit Artikel 22 Absatz 2 unvereinbar wäre.

55. Betrachtet man die Bezeichnung der zuzulassenden Bieter mit fünf als eine absolute Vorgabe in dem Sinne, daß mindestens fünf Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, dann könnte die Angabe mit den Anforderungen der Richtlinie vereinbar sein. Allerdings hat die französische Regierung die streitige Bezeichnung in der Weise interpretiert, daß „maximal" fünf Bieter zugelassen würden. Sie vertritt die Ansicht, auch unter diesen Bedingungen sei ein echter Wettbewerb gewährleistet. Diese Deutung ist jedoch mit den Anforderungen der Richtlinie nicht vereinbar, die ausdrücklich eine Mindestbieterzahl von fünf vorschreibt. Es ist also die objektive Formulierung in Verbindung mit der dieser beigelegten Interpretation der Angabe in den Ausschreibungen, die sie als unvereinbar mit Artikel 22 Absatz 2 der Richtlinie kennzeichnen.

D — *Zum Verstoß gegen Artikel 29 Absatz 2 der Richtlinie 71/305 bzw. gegen Artikel 30 Absatz 2 der Richtlinie 93/37 durch die Bezeichnung der Zuschlagskriterien mittels Verweis auf ein mitgliedstaatliches Gesetz* (zum Wortlaut des Artikels siehe Nr. 9)

Vortrag der Parteien

56. Die Kommission behauptet in ihrer Klage weiterhin einen Verstoß gegen Artikel 29 Absatz 2 der Richtlinie 71/305 sowie Artikel 30 Absatz 2 der Richtlinie 93/37. Ein Verstoß liege vor, da die öffentlichen Auftraggeber in den meisten Ausschreibungen bei der Angabe der Zuschlagskriterien die Methode der „Vergabe durch Verweisung auf das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen" zugrunde legten.

57. Zur Begründung dieser Auffassung beruft sich die Kommission auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes. Im Urteil Beentjes führe der Gerichtshof unter Randnummer 35 aus, Artikel 29 Absätze 1 und 2 der Richtlinie erforderten, daß die Kriterien entweder in der Bekanntmachung der Ausschreibung oder in den Verdingungsunterlagen anzugeben seien. Eine allgemeine Verweisung auf eine staatliche Rechtsvorschrift lasse der Gerichtshof wegen des Publizitätserfordernisses nicht genügen.

58. Die französische Regierung macht dagegen vorab geltend, der Vorwurf der Kommission sei verspätet vorgebracht worden und damit unzulässig. Die Kommission habe diesen Vorwurf erstmals in der mit Gründen versehenen Stellungnahme erhoben. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes [8] seien Vorwürfe, die im Mahnschreiben erhoben werden und in der mit Gründen versehenen Stellungnahme erweitert werden, unheilbar fehlerhaft.

59. Sollte der Gerichtshof den Vorwurf dennoch für zulässig halten, so weist die französische Regierung darauf hin, daß Artikel 30 Absatz 2 der Richtlinie nicht zur Angabe der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung verpflichte, sondern den Auftraggebern die Möglichkeit eröffne, diese in der Ausschreibung oder im Lastenheft vorzunehmen. Die französische Regierung nimmt an, daß der Vorwurf der Kommission zu Unrecht erhoben werde, da die Kriterien in den Verdingungsunterlagen enthalten seien und die nationalen Vorschriften gemäß dem Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen weitgehend inhaltsgleich mit der Richtlinie 93/37 seien.

60. Bezüglich der Zulässigkeit des oben genannten Vorwurfs trägt die Kommission vor, das Mahnschreiben vom 8. Mai 1996 habe in hinreichend bestimmter Weise auf das Problem aufmerksam gemacht. Die Kommission habe dort daran erinnert, gemäß dem zehnten Erwägungsgrund der Richtlinie 93/37 sollten die Bekanntmachungen es den Unternehmen ermöglichen, zu beurteilen, ob die Aufträge für sie von Interesse seien. Daher sei eine ausreichende Information bezüglich der Bauleistungen und der damit verbundenen Bedingungen erforderlich. Weiterhin habe die Kommission bereits im Mahnschreiben an die Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere an das Urteil Beentjes, erinnert.

61. Die Vorgehensweise stünde folglich im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes, so wie sie aus dem Urteil vom 28. März 1985 in der Rechtssache 274/83 [9] folge. Außerdem hätten die französischen

8 — Urteil vom 11. Juli 1984 in der Rechtssache 51/83 (Kommission/Italien, Slg. 1984, 2793).

9 — Rechtssache 274/83 (Kommission/Italien, Slg. 1985, 1077).

Behörden der Kommission zu keinem Zeitpunkt Einsicht in die Verdingungsunterlagen gewährt, auf die die französische Regierung ihre Argumentation gestützt habe.

Würdigung

62. Zunächst ist zu untersuchen, ob die Kommission den Vorwurf in zulässiger Weise zum Streitgegenstand des vorlegenden Vertragsverletzungsverfahrens gemacht hat. Der Gerichtshof hat zwar in dem Urteil vom 11. Juli 1984 in der Rechtssache 51/83 entschieden, daß die Vorwürfe, die in einem Mahnschreiben erhoben werden und in der mit Gründen versehenen Stellungnahme erweitert werden, unheilbar fehlerhaft sind. [10] Die Klage wäre dann, soweit sie über die in dem Mahnschreiben erhobenen Vorwürfe hinausgeht, als unzulässig abzuweisen. Später hat der Gerichtshof im Urteil in der Rechtssache 274/83 seine Rechtsprechung dahin gehend präzisiert, daß es zulässig ist, wenn die Kommission in der mit Gründen versehenen Stellungnahme die Vorwürfe näher darlegt, die sie in der schriftlichen Aufforderung zur Äußerung in allgemeiner Form erhoben hat. [11]

63. Vorliegend hat die Kommission im Mahnschreiben die bezeichneten Ausschreibungen zunächst in allgemeiner Form beanstandet. Dazu hat sie konkrete Vorwürfe erhoben. Dabei hat sie auch zu den Zuschlagskriterien Stellung genommen. Sie hat darauf hingewiesen, daß die Bekanntmachungen es den Unternehmen ermöglichen sollen, zu beurteilen, ob die Aufträge für sie interessant seien. Dies setze eine ausreichende Information voraus. Des weiteren erinnerte die Kommission an die Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere an das Urteil Beentjes, in dem sich der Gerichtshof ausdrücklich zu den Zuschlagskriterien geäußert hat. Wenn die Kommission später in der mit Gründen versehenen Stellungnahme die Art und Weise der Bekanntmachung der Zuschlagskriterien rügt, dann stellt diese Vorgehensweise eine zulässige Präzisierung der bereits im Mahnschreiben erhobenen Vorwürfe dar. Da die Kommission keine grundsätzlich neuen Vorwürfe erhoben hat, handelt es sich bei der Rüge des unzulässigen Verweises auf ein mitgliedstaatliches Gesetz nicht um eine unzulässige Erweiterung der Vorwürfe. Die Kommission grenzte vielmehr ihren Vorwurf weiter ein. Dadurch ermöglichte sie den französischen Behörden, den Mangel im Vergabeverfahren zu beheben. Die Kommission hat dadurch den Sinn und Zweck der vorprozessualen Phase des Vertragsverletzungsverfahrens ausreichend berücksichtigt. Bereits durch das Mahnschreiben wurde der Gegenstand des Rechtsstreits in einer Weise bezeichnet, daß die französischen Behörden hätten handeln können.

64. Der von der Kommission erhobene Vorwurf ist daher als zulässig zu erachten.

10 — Vgl. Rechtssache 51/83 (zitiert in Fußnote 8, Randnrn. 6 und 7).

11 — Vgl. Urteil in der Rechtssache 274/83 (zitiert in Fußnote 9, Randnr. 21).

65. Bereits der Wortlaut des Artikels 30 Absatz 2 der Richtlinie 93/37 besagt, daß

„der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung *alle* Zuschlagskriterien an[gibt]“ [12]. Darüber hinaus hat der Gerichtshof im Urteil Beentjes im Hinblick auf die Zuschlagskriterien ausdrücklich festgestellt, daß ein allgemeiner Verweis auf eine staatliche Rechtsvorschrift dem Publizitätserfordernis nicht zu genügen vermag. [13] Daher ist ausgeschlossen, daß einige Zuschlagskriterien in einem nationalen Gesetz geregelt werden, auf die in der Ausschreibung verwiesen wird.

66. Unbeachtlich ist der Einwand der französischen Regierung, die nationalen Regelungen gemäß dem Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen seien oft inhaltsgleich mit den Regelungen der Richtlinie 93/37. Der Publizitätsgrundsatz wird durch den allgemeinen Verweis verletzt und kann nicht dadurch geheilt werden, daß das nationale Gesetz Übereinstimmungen mit der Richtlinie aufweist, denn der potentielle Bieter kann eine etwaige inhaltliche Übereinstimmung anhand der Bekanntmachung nicht erkennen.

67. Folglich ist festzustellen, daß der Klagevorwurf des unzulässigen Verweises auf ein mitgliedstaatliches Gesetz zur Festlegung der Zuschlagskriterien zulässig und begründet ist.

12 — Hervorhebung durch den Verfasser.

13 — Vgl. Urteil Beentjes (zitiert in Fußnote 5, Randnr. 35).

E — *Zum Verstoß gegen Artikel 59 EG-Vertrag durch die bei der Bezeichnung der Lose verwendeten diskriminierenden technischen Spezifikationen und durch die geforderten Nachweise für die Leistungsfähigkeit der Unternehmen*

Vortrag der Parteien

68. Mit der Klage wirft die Kommission der französischen Regierung einen Verstoß gegen den freien Dienstleistungsverkehr nach Artikel 59 EG-Vertrag vor. Die öffentlichen Auftraggeber würden bei den Bezeichnungen der Lose bezüglich der Anforderungen an die Bewerber technische Spezifikationen verwenden, wie sie von den französischen Berufsverbänden verwendet werden. So fänden sich in den Ausschreibungen Anforderungen wie beispielsweise „Mandataire EFF6 CA11 ...“ Die Kommission ist der Auffassung, die von den öffentlichen Auftraggebern zugrunde gelegten technischen Spezifikationen könnten dazu führen, daß die inländischen Unternehmen begünstigt würden. Ihnen sei das System der Zertifizierung der Qualität bekannt und sie seien es gewohnt, Erzeugnisse oder Leistungen entsprechend den in der Bekanntmachung des Auftrags verlangten Referenzen anzubieten. Hingegen könnten die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen davon abgehalten werden, Gebote abzugeben. Sie würden nicht über die Möglichkeit verfügen, von vornherein beurteilen zu können, ob ihre Qualifikation den technischen Angaben entspreche, soweit der Hinweis auf die Gleichwertigkeit von Qualifikationen fehle. Die Tatsache, daß diese technischen Qualifikationen gemäß den nationa-

len Referenzen von den französischen Behörden lediglich erwünscht seien, könne an dieser Einschätzung nichts ändern.

69. Die französische Regierung ist dagegen der Ansicht, daß die von den öffentlichen Auftraggebern zugrunde gelegten technischen Spezifikationen der französischen Berufsverbände lediglich Anhaltspunkte seien, ohne diskriminierend zu wirken. Es gehe nicht darum, in der Bekanntmachung Auswahl- oder Zuschlagskriterien zu präzisieren, dies erfolge in den Verdingungsunterlagen. Es sollen vielmehr nur Hinweise auf die Natur der Lose gegeben werden.

70. Im übrigen weist die französische Regierung darauf hin, daß die neuen Bekanntmachungen für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen von Januar 1996 und Januar 1997 keine Bezugnahme mehr auf technische Spezifikationen der französischen Berufsverbände enthalten würden.

71. Bezüglich dieses letzten Einwands weist die Kommission darauf hin, daß zum Zeitpunkt des Ablaufs der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist nichts darauf hingewiesen habe, daß der Vorwurf nicht mehr bestünde.

Würdigung

72. Zunächst ist die Zulässigkeit dieses Klagegrundes zu prüfen. Indem die französischen Behörden die beanstandeten Spezifikationen in den nach Ablauf der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist getätigten Ausschreibungen nicht mehr verwandt haben, der Verstoß also wohl als abgestellt betrachtet werden kann, könnte das Feststellungsinteresse entfallen sein.

73. Allerdings macht die französische Regierung noch in dem Verfahren vor dem Gerichtshof geltend, die beanstandeten Spezifikationen seien nicht geeignet, diskriminierend zu wirken.

74. Ein Bedürfnis nach rechtlicher Klärung besteht also fort.

75. Der vorliegende Klagegrund könnte aber unter einem anderen Aspekt unzulässig sein. Die Kommission stützt sich im Hinblick auf diesen ausschließlich auf Artikel 59 EG-Vertrag, während Artikel 26 der Richtlinie 71/305 eine ausdrückliche Regelung des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit der Unternehmen enthält. Es stellt sich also die Frage, inwiefern bei einer Regelung der Materie durch die

Richtlinie auf die primärrechtlichen Vorschriften des Vertrages zurückgegriffen werden kann.

76. Artikel 26 der Richtlinie 71/305 enthält eine Aufzählung der Dokumente, mit denen die technische Leistungsfähigkeit der Unternehmen nachgewiesen werden kann. Es handelt sich um eine Reihe von Dokumenten, die den Nachweis über die Kapazitäten des Unternehmens erbringen sollen. Der öffentliche Auftraggeber ist berechtigt, eine Wahl zu treffen, welche dieser Dokumente vorzulegen sind. Mit den Worten der Richtlinie heißt es:

„Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe an, welche Nachweise ihnen jeweils vorzulegen sind."

Die Art und Weise der Bezeichnung bestimmter technischer Fähigkeiten ist allenfalls mittelbar von Artikel 26 der Richtlinie 71/305 geregelt, der darüber hinaus wie jede andere Richtlinienbestimmung im Licht des Vertrages auszulegen ist. Im Hinblick auf diskriminierend wirkende technische Spezifikationen ist daher durchaus Raum für die Anwendbarkeit des Artikels 59 EG-Vertrag.

77. Inhaltlich ist davon auszugehen, daß die zugrunde gelegten technischen Spezifikationen derart spezifisch und abstrakt sind, daß grundsätzlich nur inländische Interessenten deren Bedeutung sofort erkennen können. Folglich haben es inländische Unternehmen leichter, Erzeugnisse bzw. Leistungen anzubieten, die den kodifizierten Vorgaben in der Bekanntmachung entsprechen. Bewerber aus anderen Mitgliedstaaten haben es dagegen erheblich schwerer, in der Kürze der Zeit Gebote abzugeben, da sie sich zunächst über die Anforderungen und Qualifikationen bei dem öffentlichen Auftraggeber informieren müssen. Dies bedeutet unter Umständen einen wesentlich höheren Arbeitszeit- und Geldaufwand gegenüber inländischen Konkurrenten. Die französischen Behörden haben es versäumt, die grundlegenden Erfordernisse in klarer und allgemein verständlicher Form bzw. unter Hinweis auf gemeinschaftliche Normierungen darzustellen. Folglich stellt die beanstandete Bezeichnung der Lose eine versteckte Diskriminierung dar.

78. Unerheblich ist dabei der Einwand der französischen Regierung, wonach die zugrunde gelegten technischen Spezifikationen lediglich Anhaltspunkte seien, wenn praktisch nur französische Bewerber die Bezeichnungen ohne fremde Hilfe verstehen können. Dann handelt es sich für die Bewerber aus anderen Mitgliedstaaten nicht um Anhaltspunkte, sondern um eine abschreckende Bezeichnung der geforderten Qualifikationsvoraussetzungen. Das Anliegen der öffentlichen Auftraggeber, lediglich Anhaltspunkte zu geben, kann auch auf eine nichtdiskriminierende Weise realisiert werden.

79. Es ist festzuhalten, daß der Vorwurf der Kommission, die französische Regierung habe gegen Artikel 59 EG-Vertrag verstoßen, inhaltlich begründet ist.

F — *Zum Verstoß gegen Artikel 59 EG-Vertrag durch die im Rahmen der „Mindestbedingungen für die Teilnahme" verlangte Eintragung in ein französisches Architektenverzeichnis*

80. Die Kommission trägt vor, das Departement du Nord habe gegen seine Verpflichtungen aus Artikel 59 EG-Vertrag auch dadurch verstoßen, indem es in einer bestimmten Anzahl von Ausschreibungen Beschränkungen für den freien Dienstleistungsverkehr von Architekten aus der Gemeinschaft vorgenommen habe, beispielsweise durch das Verlangen des Nachweises der Eintragung in das französische Architektenverzeichnis.

81. Die französische Regierung widerspricht dem Vorwurf der Kommission nicht. Sie verweist lediglich auf die Unerfahrenheit der öffentlichen Auftraggeber im Umgang mit dem Gemeinschaftsrecht bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

82. Inhaltlich braucht der Vorwurf nicht geprüft zu werden, da er von der französischen Regierung ausdrücklich zugestanden wurde. Die französischen Behörden haben dadurch gegen Artikel 59 EG-Vertrag verstoßen, indem sie den Dienstleistungsverkehr für Architekten aus anderen Mitgliedstaaten in unzulässiger Weise beschränkt haben. Dieser Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht kann nicht durch die Unerfahrenheit der öffentlichen Auftraggeber gerechtfertigt werden. Auch im Hinblick auf diesen Vorwurf ist der Klage der Kommission stattzugeben.

G — *Weitere Vorwürfe im Hinblick auf die unterlassene Übermittlung der Vergabevermerke an die Kommission im Sinne des Artikels 8 Absatz 3 der Richtlinie 93/37 und die unterbliebene nachträgliche Information der Auftragsvergabe im Sinne des Artikels 11 Absatz 5 der Richtlinie 93/37* (zum Worlaut der Artikel siehe Nrn. 3 und 4)

83. Die weiteren Vorwürfe der Kommission im Hinblick auf das Unterlassen der gebotenen nachträglichen Informationen nach erfolgter Auftragsvergabe werden von der französischen Regierung dem Grunde nach nicht bestritten und ebenfalls mit der Unerfahrenheit der öffentlichen Auftraggeber erklärt. Insofern als die Vorwürfe ausdrücklich zugestanden werden, kann daher die Vertragsverletzung ohne weitere inhaltliche Prüfung festgestellt werden.

V — Kosten

84. Gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Beklagte mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr die Kosten aufzuerlegen.

VI — Ergebnis

85. Als Konsequenz vorstehender Überlegungen schlage ich folgende Entscheidung vor:

1. Die Französische Republik hat bei verschiedenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge betreffend den Bau und die Unterhaltung von Schulgebäuden durch die Region Nord-Pas-de- Calais und das Departement du Nord, die in einem Zeitraum von drei Jahren untersucht wurden, gegen ihre Verpflichtung aus Artikel 59 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt 49 EG) sowie der Richtlinie 71/305/EWG in der durch die Richtlinie 89/440/EWG geänderten Fassung, insbesondere die Artikel 12, 26 und 29, und aus der Richtlinie 93/37/EWG, insbesondere Artikel 8, 11, 22 und 30, verstoßen.

2. Die Französische Republik trägt die Kosten des Verfahrens.