URTEIL DES GERICHTSHOFES
VOM 22. SEPTEMBER 1976 [1]

Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik

„Öffentliche Bauaufträge"

Rechtssache 10/76

Leitsätze

Richtlinien — Verbindliche Wirkung — Fristen — Einhaltung (EWG-Vertrag, Artikel 189)

Die verbindliche Wirkung der Richtlinien verpflichtet sämtliche Mitgliedstaaten zur Einhaltung der darin gesetzten Fristen, damit deren einheitlicher Vollzug innerhalb der gesamten Gemeinschaft gewährleistet ist.

In der Rechtssache 10/76

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, vertreten durch ihren Rechtsberater Antonio Abate als Bevollmächtigten, Zustellungsbevollmächtigter: Herr Mario Cervino, Rechtsberater der Kommission, Bâtiment CFL, Place de la Gare, Luxemburg,

Klägerin,

gegen

ITALIENISCHE REPUBLIK, vertreten durch den Botschafter Adolf Maresca als Bevollmächtigten, Beistand: Vice Avvocato dello Stato Ivo Maria Braguglia, Zustellungsanschrift: Italienische Botschaft in 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 vom 16. August 1971, S. 5) verstoßen hat,

erläßt

1 — Verfahrenssprache: Italienisch.

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten R. Lecourt, der Kammerpräsidenten H. Kutscher und A. O'Keeffe, der Richter A. M. Donner, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, M. Sørensen, A. J. Mackenzie Stuart und F. Capotorti,

Generalanwalt: G. Reischl,
Kanzler: A. Van Houtte,

folgendes

URTEIL

Tatbestand

Der Sachverhalt und das Vorbringen der Parteien im schriftlichen Verfahren lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I — Sachverhalt und Verfahren

1. Der Rat der Europäischen Gemeinschaften erließ am 26. Juli 1971 zwei Richtlinien zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge. Die erste dieser beiden Regelungen, die Richtlinie 71/304/EWG (ABl. L 185 vom 16. August 1971, S. 1) konkretisiert für den Bereich der öffentlichen Bauaufträge den Grundsatz des Verbots jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung. Die zweite (Richtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 vom 16. August 1971, S. 5) sieht eine Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge vor, die auf folgende fundamentale Grundsätze gestützt wird:

- Verbot nationaler Beschreibung technischer Merkmale mit diskriminierender Wirkung (Art. 10 und 11);
- Publizierung der Bekanntmachungen auf Gemeinschaftsebene durch Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (Art. 12);
- Festlegung objektiver Kriterien für die Eignung von Unternehmern und den Zuschlag durch die nationalen Verwaltungen (Art. 23 ff.);
- Einführung eines Verfahrens, das eine Gewähr für die Beachtung dieser Grundsätze bietet, insbesondere durch Einschaltung des mit Beschluß des Rates vom 26. Juli 1971 (ABl. L 185 vom 16. August 1971, S. 15) eingesetzten Beratenden Ausschusses.

Die Richtlinie war zur Harmonisierung der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften gedacht; sie machte es den Mitgliedstaaten zur Pflicht, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um ihr binnen zwölf Monaten nach der Bekanntgabe nachzukommen; diese Frist war am 29. Juli 1972 verstrichen.

2. Mit Gesetz vom 2. Februar 1973 erließ der italienische Gesetzgeber „Vorschriften über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge im Wege be-

schränkter Ausschreibung" (Norme sui procedimenti di gara negli appalti di opere pubbliche mediante licitatione privata, Gazzetta ufficiale vom 24. Februar 1973, Nr. 51). Da die Kommission der Auffassung war, daß dieses Gesetz nicht den Zielen der Richtlinie 71/305/EWG entspreche, forderte sie die italienische Regierung mit Schreiben vom 10. Juni 1974 nach Artikel 169 EWG-Vertrag auf, sich binnen 30 Tagen ab Erhalt des Schreibens zu äußern.

Mit Schreiben ihrer Ständigen Vertretung vom 5. Juli 1974 übermittelte die italienische Regierung der Kommission einen Gesetzesvorentwurf, der darauf abzielte, die Gemeinschaftsregelung „in vollem Umfang" zu verwirklichen und der nach Ansicht der Kommission den Bestimmungen der fraglichen Richtlinie auch weitgehend entsprach. Da dieser Entwurf im März 1975 noch nicht Gesetz geworden war, forderte die Kommission die Italienische Republik in einer mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 1. April 1975 auf, binnen eines Monats die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Mit Schreiben der Ständigen Vertretung vom 29. April 1975 übermittelte die italienische Regierung der Kommission einen am 13. August 1974 bei der Abgeordnetenkammer eingebrachten Gesetzentwurf mit dem Titel „Bestimmungen zur Anpassung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge an die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft" (Norme die adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità europea); dieser Entwurf entsprach dem am 5. Juli 1974 übermittelten Vorentwurf. Gleichzeitig wurde versichert, daß das Präsidium des Ministerrats, der Minister für Öffentliche Arbeiten sowie der Außenminister alles daransetzen würden, um das Verfahren zur Verabschiedung des Gesetzes durch das Parlament voranzutreiben.

Die Klage vom 30. Januar 1976 ist am 5. Februar 1976 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Das schriftliche Verfahren ist ordnungsgemäß verlaufen. Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, ohne vorherige Beweisaufnahme in die mündliche Verhandlung einzutreten.

II — Anträge der Parteien

Die Kommission beantragt:

a) festzustellen, 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 verstoßen hat,
b) die Italienische Republik zu verurteilen, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Die italienische Regierung legt in der Klagebeantwortung ihren Standpunkt dar, ohne einen bestimmten Antrag zu stellen.

III — Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien

Nach Ansicht der Kommission hat die Italienische Republik ihre Verpflichtung nicht erfüllt, vor dem 29. Juli 1972 die erforderlichen Maßnahmen zur Durchführung der Richtlinien zu erlassen; ferner genüge das Gesetz Nr. 14 vom 2. Februar 1973 den Verpflichtungen Italiens aus der Richtlinie nur zu einem geringen Teil.

Im einzelnen sei zu bemerken:

a) Die Richtlinie gelte für sämtliche Verfahren zur Vergabe von Aufträgen, also für „offene" wie für „nicht offene" (Art. 5), während das italienische Gesetz nur die sogenannte „licitazione privata" (die beschränkte Ausschreibung) betreffe.
b) Nach Artikel 29 Absatz 3 der Richtlinie 71/305/EWG sei das italienische Verfahren des „anonymen Umschlags" stufenweise abzuschaffen; das italienische Gesetz enthalte jedoch hierüber keine Regelung.

c) Nach Artikel 12 Absatz 2 der Richtlinie müsse die Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht werden; das italienische Gesetz (Art. 7) verlange dagegen lediglich die Veröffentlichung in der Gazzetta ufficiale der Italienischen Republik.

d) In den Artikeln 16 Buchstabe d und 17 Buchstabe a der Richtlinie sei die Angabe der Ausführungsfrist vorgesehen. Das italienische Gesetz enthalte hierüber keine Bestimmungen.

e) Die in den Artikeln 20, 24, 25 und 26 der Richtlinie zwingend vorgeschriebenen Eignungskriterien (fachliche Eignung, wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit), die der öffentliche Auftraggeber zu beachten habe, seien in dem italienischen Gesetz nicht genannt; daher bleibe es bei dem weiten Ermessensspielraum, der den öffentlichen Auftraggebern in Italien in den früheren Bestimmungen eingeräumt sei.

f) Nach Artikel 15 Absatz 3 der Richtlinie sei es möglich, die Anträge auf Teilnahme sowie die Aufforderungen zur Angebotsabgabe telegraphisch, telefonisch oder durch Fernschreiben zu übermitteln. Da das italienische Gesetz hierüber keine Bestimmungen treffe, gilt in Italien nach Ansicht der Kommission noch immer das Verbot, Angebote telegraphisch abzugeben.

g) Nach der Richtlinie (Art. 14 Abs. 1) müsse die von den Verwaltungen festzusetzende Frist für den Antrag auf Teilnahme mindestens einundzwanzig Tage betragen, gerechnet vom Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung an; das italienische Gesetz sehe lediglich eine Mindestfrist von 10 Tagen vor, gerechnet von der Veröffentlichung der Bekanntmachung an.

h) In dem italienischen Gesetz sei, anders als in Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305/EWG, nicht bestimmt, daß die Ablehnung der für zu niedrig erachteten Angebote vor dem Beratenden Ausschuß begründet werden müsse.

Die italienischen Stellen hätten im übrigen die Feststellungen der Kommission stillschweigend für richtig befunden und eine Anpassung der italienischen Rechtsvorschriften an das Gemeinschaftsrecht für notwendig erachtet, wie der am 13. August 1974 bei der Abgeordnetenkammer eingebrachte, aber noch nicht gebilligte Gesetzentwurf zeige.

Die Nichtbeachtung der zunächst in der Richtlinie und später in der mit Gründen versehenen Stellungnahme festgesetzen Fristen (29. Juli 1972 und 1. Mai 1975) stelle, wie sich aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 21. Juni 1973 (Rechtssache 79/72 — Kommission/Italienische Republik — Slg. 1973, 672) ergebe, einen schweren Verstoß seitens eines Mitgliedstaats dar.

Die italienische Regierung führt in ihrer *Klagebeantwortung* aus, der am 13. August 1974 bei der Abgeordnetenkammer eingebrachte Gesetzentwurf ziele darauf ab, die bestehenden Rechtsvorschriften in dem zur Durchführung der Richtlinie erforderlichen Maße zu ändern.

Aus Gründen der Rechtssicherheit sei die Richtlinie in Form eines Gesetzes ausgeführt worden; ein solches Verfahren biete zwar umfangreichere Garantien, erfordere aber mehr Zeit. Die italienische Regierung wünsche, daß der Gesetzentwurf so rasch wie möglich gebilligt werde, damit der Gegenstand des Rechtsstreits als hinfällig angesehen werden könne.

Die Kommission hebt in ihrer *Erwiderung* hervor, daß die Beklagte die Richtigkeit des Vorbringens in der Klageschrift nicht bestreite. Sie betont, wie dies bereits in der mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 1. April 1975 geschehen sei, daß der am 13. August 1974 bei der Abgeordnetenkammer eingebrachte Gesetzentwurf Nr. 3219 sowohl in der Sache als auch in der Form weitgehend den in der Richtlinie 71/305 des Rates aufgestellten Anforderungen entspreche. Die Kommission anerkennt, daß nach italienischem Recht die erforderlichen Änderungen und Anpassungen der natio-

nalen Rechtsvorschriften nicht anders als in Form eines Gesetzes vorgenommen werden könnten; es sei also kein Raum für den Erlaß von im Rang unter einem förmlichen Gesetz stehenden Vorschriften oder gar von Verwaltungsakten.

Sie bemerkt jedoch, der den Mitgliedstaaten in Artikel 189 EWG-Vertrag überlassenen Wahl der Form und der Mittel zur Durchführung gemeinschaftlicher Richtlinien seien Schranken gesetzt. Eine Schranke äußerer Art ergebe sich aus dem Gegenstand der Richtlinie. Ziele diese zum Beispiel auf eine nähere Umschreibung des Ermessensspielraums der öffentlichen Verwaltungen ab, dann hätten die nationalen Durchführungsmaßnahmen notwendigerweise Normcharakter, sie seien also zwingend und verbindlich für die Verwaltungen und eigneten sich dazu, subjektive Rechte zu erzeugen, die vor den Gerichten geltend gemacht werden könnten. Eine Schranke „interner" Art gebe es aufgrund des Standes des nationalen positiven Rechts, das den Gegenstand der Richtlinie bilde. Die Wahl der zur Anpassung oder innerstaatlichen Rechtsvorschriften einzuschlagenden Wege werde durch die Form der vorgegebenen Akte bedingt; sie habe sich nach der in den nationalen Ordnungen jeweils geltenden Rangordnung der Rechtsquellen zu richten.

Aus diesen Überlegungen folge, daß ein Akt mit Gesetzeskraft wohl das einzige Mittel zur korrekten Anwendung der Richtlinie 71/305 sei.

Auch wenn die Behauptung der italienischen Regierung in ihrer Klagebeantwortung zutreffe, daß es andere Mitgliedstaaten nicht für zweckmäßig gehalten hätten, die Richtlinie in Form eines Gesetzes durchzuführen, so sei doch festzustellen, daß die Richtlinie in der Praxis auch in diesen Mitgliedstaaten im wesentlichen Anwendung finde.

Die Kommission schließt sich dem Wunsch der italienischen Regierung nach alsbaldiger Billigung des Gesetzentwurfes Nr. 3219 durch die beiden Kammern an, ist aber doch der Ansicht, die Schwere des Verstoßes der Italienischen Republik mit Nachdruck betonen zu müssen. Durch die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge biete die Richtlinie 71/305 ein geeignetes Instrumentarium zur Schaffung eines echten Wettbewerbs zwischen den Unternehmen der Gemeinschaft. Wenn sie nicht durchgeführt werde, werde der Prozeß der Durchdringung des öffentlichen Auftragswesens behindert und verzögert.

Die italienische Regierung hat von der Einreichung einer Gegenerwiderung abgesehen.

Die Parteien haben in der Sitzung vom 6. Juli 1976 ihre im schriftlichen Verfahren vorgetragenen Auffassungen näher erläutert. Die Kommission hat auf Verlangen des Gerichtshofes eine Übersicht über die Maßnahmen vorgelegt, die in den einzelnen Mitgliedstaaten zur Durchführung der Richtlinie 71/305/EWG getroffen wurden.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 13. Juli 1976 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

1/2 Mit am 5. Februar 1976 in der Kanzlei eingegangener Klageschrift hat die Kommission beim Gerichtshof nach Artikel 169 EWG-Vertrag eine Klage erhoben, deren Ziel die Feststellung ist, daß die Italienische Republik ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 (ABl. L 185 vom 16. August 1971, S. 5) verletzt hat. Diese Richtlinie, welche

die Richtlinie 71/304/EWG vom selben Tage zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge ergänzt, bezweckt die Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren zur Vergabe solcher Aufträge. Nach Artikel 32 hatten die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um der Richtlinie binnen zwölf Monaten nach ihrer Bekanntgabe nachzukommen; diese Frist lief am 29. Juli 1972 ab.

3/8 Im Anschluß an diese Richtlinie wurde in der Italienischen Republik das Gesetz vom 2. Februar 1973 über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge im Wege beschränkter Ausschreibung (licitazione privata) in Kraft gesetzt, dessen Wortlaut der Kommission am 16. August 1973 bekanntgegeben wurde. Die Kommission teilte indessen der Italienischen Republik in Anwendung von Artikel 169 EWG-Vertrag mit Schreiben vom 10. Juni 1974 mit, sie sei der Auffassung, daß mit dem Erlaß dieses Gesetzes den Verpflichtungen aus der vorgenannten Richtlinie nicht Genüge getan sei. Sie machte der Beklagten erstens zum Vorwurf, diese habe andere Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge als solche, die im Wege beschränkter Ausschreibung erfolgen, nicht in den Geltungsbereich des Gesetzes einbezogen. Zweitens sei Artikel 29 der Richtlinie, der die Aufhebung des italienischen Verfahrens des sogenannten anonymen Umschlags bis zum 29. Juli 1975 oder — je nach dem geschätzten Wert des Auftrags — bis zum 29. Juli 1979 vorschreibe, nicht erfüllt, denn das italienische Gesetz vom 2. Februar 1973 enthalte zu dieser Frage keine Regelung. Außerdem seien die öffentlichen Auftraggeber, die einen Bauauftrag im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens vergeben wollten, nach Artikel 12 der Richtlinie gehalten, ihre Absicht mittels einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften kundzugeben; das italienische Gesetz schreibe dagegen lediglich die Veröffentlichung einer Bekanntmachung in der Gazzetta ufficiale der Italienischen Republik vor. Das italienische Gesetz enthalte auch keine den Artikeln 14, 15, 16 und 17 der Richtlinie entsprechenden Bestimmungen über die Frist für den Antrag auf Teilnahme, die Form der Angebote sowie über die zwingend vorgeschriebene Angabe der Ausführungsfrist für die ausgeschriebenen Arbeiten. Schließlich seien in den Artikeln 20, 24, 25 und 26 der Richtlinie Eignungskriterien im Hinblick auf den Ausschluß bestimmter Unternehmer von der Teilnahme an den Vergabeverfahren aufgestellt, während das italienische Gesetz hierüber nichts bestimme und somit den weiten Ermessensspielraum aufrechterhalte, der den öffentlichen Auftraggebern in Artikel 89 des regio decreto vom 23. Mai 1924 eingeräumt sei.

9/10 Ohne die ihr zum Vorwurf gemachten Verstöße zu bestreiten, übermittelte die Beklagte der Kommission am 5. Juli 1974 einen Gesetzesvorentwurf, der

nach ihren Worten „die Gemeinschaftsregelung in vollem Umfang übernimmt". Dieser Entwurf, der nach Auffassung der Kommission den Anforderungen der Richtlinie im wesentlichen genügt, wurde am 13. August 1974 der italienischen Abgeordnetenkammer zugeleitet, ist jedoch noch nicht angenommen; die zur Durchführung der Richtlinie bestimmten Maßnahmen sind daher im Zeitpunkt der Verkündung des vorliegenden Urteils noch immer nicht in Kraft.

11/12 Nach Artikel 189 des Vertrages ist die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überläßt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Die verbindliche Wirkung der Richtlinien verpflichtet sämtliche Mitgliedstaaten zur Einhaltung der darin gesetzten Fristen, damit deren einheitlicher Vollzug innerhalb der gesamten Gemeinschaft gewährleistet ist.

13 Nach allem hat die Italienische Republik dadurch gegen eine Verpflichtung aus dem Vertrag verstoßen, daß sie nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist die Bestimmungen in Kraft gesetzt hat, die erforderlich sind, um der Richtlinie 71/305/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge nachzukommen.

Kosten

14 Nach Artikel 69 Absatz 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Die Beklagte ist mit ihrem Vorbringen unterlegen. Sie ist deshalb zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits zu verurteilen.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Italienische Republik hat dadurch gegen eine Verpflichtung aus dem Vertrag verstoßen, daß sie nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist die Bestimmungen in Kraft gesetzt**

hat, die erforderlich sind, um der Richtlinie 71/305/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge nachzukommen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Lecourt Kutscher O'Keeffe Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Sørensen Mackenzie Stuart Capotorti

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 22. September 1976.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

R. Lecourt

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL VOM 13. JULI 1976

Herr Präsident,
meine Herren Richter,

Im Interesse der Verwirklichung des wichtigen Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge sind im Jahre 1971 mehrere Gemeinschaftsakte ergangen. Zu nennen ist einmal die Ratsrichtlinie Nr. 71/304 vom 26. Juli 1971 (Amtsblatt L 185 vom 16. August 1971), die die Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge betrifft. Zum anderen kommt die am selben Tag erlassene Ratsrichtlinie Nr. 71/305 (Amtsblatt L 185 vom 16. August 1971) „über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge" in Betracht. Endlich ist der ebenfalls am 26. Juli 1971 gefaßte Beschluß des Rates „zur Einsetzung eines beratenden Ausschusses für öffentliche Bauaufträge" zu erwähnen.

Im vorliegenden Verfahren geht es um die an zweiter Stelle genannte Richtlinie. Nach ihrem Artikel 32 waren die Mitgliedstaaten verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zur Durchführung der Richtlinie in einer Frist zu ergreifen, die am 29. Juli 1972 ablief. Dieser Verpflichtung ist nach Ansicht der Kommission die Italienische Republik nicht nachgekommen. Zwar ist in Italien am 2. Februar 1973 ein Gesetz zur Ausführung der Richtlinie ergangen. Nach dem, was die Kommission ausgeführt hat, ist diese Maßnahme jedoch unter verschiedenen