

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

CARL OTTO LENZ

vom 25. April 1989*

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

A — Sachverhalt

1. In dem anhängigen Vorabentscheidungsverfahren, zu dem ich heute Stellung nehme, geht es um Auslegung und Wirkung der Richtlinie 71/305 des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge¹. Das vorliegende Gericht, das „Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia“, fragt im wesentlichen nach Inhalt und Tragweite des Artikels 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305, nach dessen unmittelbarer Anwendbarkeit sowie nach der Berechtigung und/oder Verpflichtung der innerstaatlichen Verwaltung, gegebenenfalls die besagte Richtlinienbestimmung ungeachtet ihr entgegenstehenden innerstaatlichen Rechts anzuwenden.

2. Die Fragen zur Vorabentscheidung sind entscheidungserheblich in einem Rechtsstreit zwischen Fratelli Costanzo SpA und der Stadt Mailand, in dem die Klägerin das Vergabeverfahren des Auftrags zur Modernisierung des Stadions „G. Meazza“ im Zuge der Vorbereitung der Fußballweltmeisterschaft 1990 angreift. Als Kriterium für die Vergabe war gemäß Artikel 24 Buchstabe a Nr. 2 des Gesetzes Nr. 584 vom 8. August 1977 zur Durchführung der Richtlinie 71/305 das des niedrigsten angebotenen

Preises mit der Zulassung von Nachtragsangeboten gewählt worden. Aufgrund eines durch Decreto-legge eingeführten Übergangsregimes, das zur Beschleunigung der Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge für einen Zeitraum von zwei Jahren vorgesehen worden war², war in der Ausschreibung ein automatisches Ausschlußverfahren für rein rechnerisch zu ermittelnde ungewöhnlich niedrige Angebote vorgesehen. Unter Anwendung dieser zeitlich befristeten Sonderregel wurde die Klägerin von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen. Sie war die einzige Bieterin, die mit ihrem Gebot unterhalb des Grundbetrages von 82 043 643 386 LIT lag. Den Zuschlag erhielt eine mit 9,85 % Erhöhung über dem Grundbetrag liegende Bietergemeinschaft (Ing. Lodigiani SpA).

3. Nachträglich wurde dem Artikel 4 des Decreto-legge, der Rechtsgrundlage für das beschleunigte Verfahren, die Wirksamkeit abgesprochen und seine Umwandlung in Gesetz unterlassen. Die auf der Grundlage des Decreto-legge erlassenen Verwaltungsakte wurden jedoch für weiterhin gültig erklärt.

4. Die Klägerin macht unter anderem geltend, die Normen, deren Anwendung zu ihrem Ausschluß geführt habe, seien mit Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 unvereinbar. Das vorliegende Gericht stellt eine Reihe von Fragen zur Auslegung dieser Richtlinie an den Gerichtshof. Außerdem möchte es wissen, ob die beklagte Stadtverwaltung „die Befugnis/Verpflichtung hatte,

* Originalsprache: Deutsch.
1 — ABl. 1971, L 185, S. 5 ff.

2 — Artikel 4 Decreto-legge Nr. 206 vom 25. Mai 1987, Nr. 302 vom 27. Juli 1987 und Nr. 393 vom 25. September 1987.

die zu dieser gemeinschaftsrechtlichen Norm im Widerspruch stehenden innerstaatlichen Normen nicht anzuwenden ...“.

5. Hinsichtlich des weiteren Sachverhalts und des Vorbringens der Parteien wird auf den Sitzungsbericht verwiesen.

B — Stellungnahme

6. Auch wenn die Vorabentscheidungsfragen im schriftlichen Verfahren teilweise für unzulässig erachtet wurden, ist von einer ordnungsgemäßen Befassung des Gerichtshofes auszugehen. Zweifel an der Zulässigkeit der Fragen bestehen allenfalls, soweit nach der Vereinbarkeit mitgliedstaatlichen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht gefragt wird. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ist es nicht seine Aufgabe, innerstaatliches Recht auf seine Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht hin zu überprüfen. Regelmäßig formuliert der Gerichtshof in solchen Fällen die Fragen um und erarbeitet Entscheidungskriterien, anhand deren der mitgliedstaatliche Richter die Frage nach der Vereinbarkeit selbst beurteilen kann.

7. Soweit Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts mißverständlich gestellt sind, hat es sich der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung zur Aufgabe gemacht, den gemeinschaftsrechtlich relevanten Kern der Fragestellung herauszuarbeiten und dem vorlegenden Gericht darauf eine Antwort zu erteilen.

8. In logisch systematischer Reihenfolge sind die Vorlagefragen folgendermaßen zu gruppieren. Zunächst sind die Auslegungskriterien zu Artikel 29 Absatz 5 der Richtli-

nie 71/305 zu erarbeiten, gemäß deren die Vereinbarkeit mitgliedstaatlicher Rechtsnormen mit dem Gemeinschaftsrecht durch den mitgliedstaatlichen Richter zu beurteilen ist. Nur für den Fall, daß deren Unvereinbarkeit feststeht, stellt sich die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinienbestimmung. Bejahendenfalls ist zu prüfen, inwieweit staatliche Instanzen, in concreto mitgliedstaatliche Verwaltungsbehörden, berechtigt und verpflichtet sind, dem Gemeinschaftsrecht Geltung zu verschaffen.

9. Frage A des Vorabentscheidungsersuchens ist dahin gehend zu verstehen, inwieweit der Regelungsgehalt des Artikels 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 in der innerstaatlichen Durchführungsvorschrift übernommen werden muß. Die Terminologie ist insofern etwas mißverständlich, als sie „das Ziel betreffende Normen“ „und die Form und die Mittel betreffende Normen“ einer Richtlinie unterscheidet. Dabei ist mittelbar auf die Definition einer Richtlinie in Artikel 189 EWG-Vertrag zurückgegriffen worden, nach der eine Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich ist, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überläßt. Schon an der Formulierung wird deutlich, daß es nicht sachgerecht ist, innerhalb einer Richtlinie zwischen das Ziel betreffende Normen und die Form und die Mittel betreffende Normen zu unterscheiden, da die Richtlinie per definitionem keine Aussage über Formen und Mittel der Umsetzung macht.

10. Die Frage, in welchem Maße ein Mitgliedstaat Richtlinienbestimmungen ohne inhaltliche Änderungen übernehmen muß oder aber von diesen abweichen darf, ist durch Auslegung der konkreten Richtlinienvorschrift zu ermitteln. Dabei ist vom Wortlaut der Norm auszugehen und nach Sinn

und Zweck der Richtlinie und ihren Zielen zu fragen. Der hier zu beurteilende Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 lautet wie folgt:

„Sind im Falle eines bestimmten Auftrags Angebote im Verhältnis zur Leistung offensichtlich ungewöhnlich niedrig, so überprüft der öffentliche Auftraggeber vor der Vergabe des Auftrags die Einzelposten des Angebots. Er berücksichtigt das Ergebnis dieser Überprüfung.“

Zu diesem Zweck fordert er den Bieter auf, die erforderlichen Belege beizubringen, und teilt ihm gegebenenfalls mit, welche Belege als unannehmbar erachtet werden.

Sehen die Unterlagen für einen Auftrag die Vergabe zu niedrigstem Preis vor, so muß der öffentliche Auftraggeber die Ablehnung der für zu niedrig erachteten Angebote vor dem Beratenden Ausschuß, der durch Beschluß des Rates vom 26. Juli 1971 eingesetzt wurde, begründen.“

11. Artikel 29 der Richtlinie 71/305 zählt die Zuschlagskriterien auf und bestimmt das jeweils zu beachtende Verfahren. Die Aufzählung der Kriterien, nach denen der Zuschlag erteilt werden soll, einerseits und die Festlegung des einzuhaltenden Verfahrens andererseits bewirken eine Transparenz der Vorgehensweise und stellen gleichzeitig ein Element der Rechtssicherheit dar. Gerade die mit der Vorschrift bezweckte Uniformität im Verfahren erleichtert es potentiellen Bietern abzuschätzen, auf welche Umstände sie sich bei einer Teilnahme an der Ausschreibung einlassen. Dabei enthält Absatz 5

nicht nur das Gebot an den öffentlichen Auftraggeber, daß und in welcher Weise eine Prüfung offensichtlich ungewöhnlich niedriger Angebote im Verhältnis zur Leistung zu erfolgen hat, sondern sie enthält gleichzeitig eine Verfahrensgarantie für den betroffenen Bieter. Er kann nicht wegen eines offensichtlich ungewöhnlich niedrigen Angebots ausgeschlossen werden, ohne daß ein Verwaltungsverfahren zur Überprüfung stattgefunden hat³.

12. Eine ähnliche Verfahrensgarantie enthält die im letzten Satz der Bestimmung formulierte Begründungspflicht bei der Ablehnung eines für zu niedrig erachteten Angebots, wenn als Zuschlagskriterium die Vergabe zum niedrigsten Preis gewählt wurde. Einleitung, Ausgestaltung und Abschluß des Prüfungsverfahrens sind bindend vorgeschrieben. Sie stellen sich als eine Art gemeinsamer Minimalstandard dar.

13. Abweichungen von den so beschriebenen „bindenden“ Richtlinienvorschriften wegen Ausnahmesituationen oder besonderer Eilbedürftigkeit sind grundsätzlich nicht möglich, soweit nicht die Richtlinie selbst zu solchen Ausnahmetatbeständen ermächtigt.

14. Im Gegensatz dazu ist der Richtlinienbestimmung nicht zu entnehmen, wie ein „offensichtlich ungewöhnlich niedriges Angebot“ inhaltlich näher zu bestimmen ist. Insbesondere ist zu dessen Bestimmung keine Verfahrensweise vorgeschrieben. In diesem Rahmen ist durchaus Raum für Konkretisierungen durch die mitgliedstaatliche Umsetzungsnorm. Daher ist es auch nicht unbedingt erforderlich, daß die Be-

³ — Siehe das Urteil vom 10. Februar 1982 in der Rechtssache 76/81, SA *Transporoute et travaux/Ministère des travaux publics*, Slg. 1982, 417, Randnr. 18.

griffe wörtlich in den Durchführungsakt Eingang finden. Wichtiger ist vielmehr, daß der Ausnahmeharakter des niedrigen Angebots erkennbar wird, der seinerseits Anlaß zu Zweifeln an der Seriosität des Angebots aufkommen lassen kann. Den Zweifeln nachzugehen und sie gegebenenfalls auszuschließen ist Sinn und Zweck des Prüfungsverfahrens. Das Mißverhältnis zwischen Leistung und Angebot ist das Charakteristische der Konstellation. Dieses muß auch in der Durchführungsbestimmung ihren Niederschlag finden.

15. Ist die Vorgehensweise zur Qualifizierung eines Angebots als offensichtlich ungewöhnlich niedrig freigestellt, so ist im Gegensatz dazu bei Bejahung des Merkmals die Einleitung des Prüfungsverfahrens vorgeschrieben. Ein automatischer Ausschluß wäre damit unvereinbar. Genügt eine Umsetzungsnorm den vorstehenden Kriterien, dann stehen terminologische Abweichungen wie „ungewöhnlich niedrige Angebote“ anstelle von „offensichtlich ungewöhnlich niedrigen Angeboten“ ihrer Gemeinschaftsrechtskonformität nicht im Wege (Frage C, a und b).

16. Es bleibt zu klären (Frage B — 1.), ob eine zur Durchführung einer Richtlinie erlassene innerstaatliche Norm später vom mitgliedstaatlichen Gesetzgeber abgeändert werden darf. Dazu ist zunächst festzustellen, daß der zur Umsetzung erlassene innerstaatliche Rechtsakt formell vollständig einer autonomen mitgliedstaatlichen Rechtsnorm entspricht. Grundsätzlich bestehen daher die gleichen Abänderungsmöglichkeiten wie für jeden anderen innerstaatlichen Rechtssatz. Soweit aber der mitgliedstaatliche Gesetzgeber schon bei Erlass der Umsetzungsnorm inhaltlich durch die Richtlinie gebunden war, kann für nachträgliche Änderungen nichts anderes gelten.

17. In den Bereichen, in denen dem nationalen Gesetzgeber Gestaltungsspielräume belassen sind, kann er selbstverständlich spätere Änderungen vornehmen. Auch ist es im Sinne des Gemeinschaftsrechts, gegebenenfalls Verbesserungen im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtliche Norm vorzunehmen. Abweichungen, die den Vorschriften und Zielen der Richtlinie zuwiderlaufen, sind unzulässig.

18. Maßgeblich für die Form der inhaltlich zulässigen Änderungen ist allein das innerstaatliche Recht (Frage B — 2.). Da es sich formal um autonome mitgliedstaatliche Rechtsetzungsakte handelt, können auch nicht aus dem gemeinschaftsrechtlichen Gesetzgebungsverfahren bekannte und zu beachtende Verfahrensgrundsätze in die mitgliedstaatliche Rechtsordnung transferiert werden und dort als zusätzliches Rechtmäßigkeitserfordernis dienen. Der gemeinschaftsrechtliche Begründungszwang nach Artikel 190 EWG-Vertrag ist daher beim Erlass innerstaatlicher Rechtssätze unmaßgeblich.

19. Das vorliegende Gericht fragt in Frage D des Vorabentscheidungsersuchens nach der Bindung der Stadtverwaltung an gemeinschaftsrechtliche Normen für den Fall, daß der Gerichtshof die einschlägigen italienischen Rechtsakte für widersprüchlich zu Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 erachtet. Da, wie schon ausgeführt, diese Entscheidung nicht Sache des Gerichtshofes, sondern des vorlegenden Gerichts anhand der vom Gerichtshof aufgestellten Kriterien ist, muß die weitere Prüfung auf der Hypothese der Unvereinbarkeit der innerstaatlichen Durchführungsvorschriften mit der Richtlinie aufgebaut werden.

20. Zur Beurteilung des Problems, ob und inwieweit die mitgliedstaatliche Verwaltung bei einem Normenkonflikt zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht an die gemeinschaftsrechtlichen Normen gebunden ist, ist zunächst nach der Rechtsnatur der einschlägigen Gemeinschaftsrechtsakte zu unterscheiden.

21. Für Gemeinschaftsverordnungen, die allgemeine Geltung genießen, in allen ihren Teilen verbindlich sind und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten (Artikel 189 Absatz 2 EWG-Vertrag), gilt, daß sie uneingeschränkt am Vorrang des Gemeinschaftsrechts teilhaben und damit entgegenstehendem innerstaatlichem Recht vorgehen. Es handelt sich dabei um eine a priori festgelegte Normenhierarchie. Der Verordnung ist dem Rang des Gemeinschaftsrechts entsprechend Geltung zu verschaffen.

22. Der Geltungsanspruch der Richtlinie gebietet eine differenziertere Betrachtungsweise. Da sich die Richtlinie mit ihrem Normbefehl an den Mitgliedstaat richtet, entfaltet sie zunächst weder Rechte noch Pflichten für den einzelnen. Ausnahmen von dieser Regel sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nur soweit möglich, als der Mitgliedstaat seiner gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung zur Durchführung der Richtlinie nicht oder nur unkorrekt nachgekommen ist⁴.

23. Die Rechtsprechung verfolgt nicht den Zweck, die Rechtsnatur der Richtlinien in Frage zu stellen, sondern kommt einer Sanktion des mitgliedstaatlichen Fehlverhal-

tens im Interesse der Gemeinschaftsbürger gleich. Daß es bei der Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien auch nicht darum geht, dem Geltungsanspruch einer Richtlinie auf einem anderen Wege als dem der mitgliedstaatlichen Umsetzung umfassend Beachtung zu verschaffen, wird daran deutlich, daß den einzelnen belastende Vorschriften einer Richtlinie der unmittelbaren Anwendbarkeit nicht fähig sind.

24. Damit eine Richtlinienbestimmung unmittelbar anwendbar sein kann, muß sie daher konkreten Anforderungen genügen. In Ermangelung fristgemäß erlassener Durchführungsmaßnahmen können sich einzelne „auf Bestimmungen einer Richtlinie, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, gegenüber allen innerstaatlichen, nicht richtlinienkonformen Vorschriften berufen; einzelne können sich auf diese Bestimmungen auch berufen, soweit diese Rechte festlegen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können“⁵. Soweit also der Gemeinschaftsgesetzgeber dem einzelnen über die innerstaatliche Rechtsordnung subjektive Rechte einräumen will und sich die mitgliedstaatliche Pflicht zu deren Gewährung etwa durch Fristablauf vervollkommen hat, kann die Untätigkeit des Mitgliedstaats dem einzelnen nicht mehr zum Nachteil gereichen.

25. Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn der Mitgliedstaat bereits eine Durchführungsvorschrift erlassen hat. Zu unterscheiden sind hier die korrekte und die unkorrekte Umsetzung. Bei der korrekten Umsetzung wird der einzelne ausschließlich von der innerstaatlichen Norm betroffen⁶,

4 — Vgl. zum Beispiel das Urteil vom 6. Mai 1980 in der Rechtssache 102/79, Kommission/Königreich Belgien, Slg. 1980, 1473, Randnr. 12; sowie das Urteil vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87, Gebr. Beentjes BV/Niederländischer Staat, Slg. 1988, 4635, Randnr. 40.

5 — Siehe das Urteil vom 19. Januar 1982 in der Rechtssache 8/81, Becker/Finanzamt Münster, Slg. 1982, 53, Randnr. 25.

6 — Urteil vom 15. Juli 1982 in der Rechtssache 270/81, Rickmers-Linie KG & Co./Finanzamt für Verkehrssteuern in Hamburg, Slg. 1982, 2771, Randnr. 14; und Rechtssache 8/81, a. a. O., Randnr. 19.

so daß für eine Berufung auf die Richtlinie kein Raum ist⁷. Ein Rückgriff auf die Richtlinie ist also auch dann nicht möglich, wenn die mitgliedstaatliche Norm im zulässigen Rahmen von dem Richtlinieninhalt abweicht. Bei der unkorrekten Umsetzung ist sowohl eine von Anfang an mit der Richtlinie unvereinbare Rechtsnorm denkbar als auch eine spätere Änderung der Rechtslage, die die Unvereinbarkeit erst hervorruft. In diesen Fällen besteht die aus den Artikeln 189 und 5 EWG-Vertrag fließende staatengerichtete Verpflichtung zur umfassenden und fehlerfreien Umsetzung fort beziehungsweise lebt wieder auf. Auch in diesen Fällen hat es der Gerichtshof zugelassen, daß sich der einzelne auf die Richtlinie beruft⁸. Beachtlich ist in diesem Zusammenhang, daß die nachträgliche Änderung der Rechtslage eine eigenständige gemeinschaftsrechtswidrige Handlung darstellt. Den staatlichen Stellen ist es ihrerseits verwehrt, dem einzelnen das gemeinschaftsrechtswidrige innerstaatliche Verhalten entgegenzuhalten⁹.

26. Unterstellt, die einschlägigen italienischen Rechtsvorschriften wären mit Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 unvereinbar, so stellt sich die Frage nach dessen unmittelbarer Anwendbarkeit. Eine positive Antwort ist der Frage nach einer Beachtungspflicht für die Verwaltung vorgeschaltet. Daß Artikel 29 der Richtlinie 71/305 grundsätzlich der unmittelbaren Anwendbarkeit fähig ist, hat der Gerichtshof bereits im Urteil in der Rechtssache 31/87¹⁰ entschieden. Zwar hat er diese Entscheidung nicht ausdrücklich im Hinblick auf Absatz 5 der Vorschrift getroffen, allerdings muß sie

in gleicher Weise auch für Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 gelten: Das bei einem Mißverhältnis von Leistung und offensichtlich ungewöhnlich niedrigem Angebot einzuschlagende Prüfungsverfahren ist an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft und auch in Einzelheiten beschrieben. Die Vorschrift ist daher unbeding und hinreichend genau. Sie setzt zu ihrer Anwendung nicht notwendig den Erlaß weiterer Rechtsakte voraus.

27. Schließlich ist Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 auch geeignet, Rechte einzelner zu erzeugen. Wie der Gerichtshof schon im Urteil Transporoute¹¹ entschieden und in der Rechtssache 31/87¹² bestätigt hat, ist „Ziel der Bestimmung, den Bieter vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers zu schützen“. Das könne nicht erreicht werden, wenn man diesem die Beurteilung der Frage überließe, ob die Anforderung von Belegen zweckmäßig ist. Die als Verfahrensgarantie wirkende Prüfungspflicht kann als subjektives Recht des Bieters eines offensichtlich ungewöhnlich niedrigen Angebots verstanden werden.

28. Zur Beantwortung der Frage, ob die Verwaltung berechtigt oder gar verpflichtet sein kann, innerstaatliches gemeinschaftsrechtswidriges Recht (im Sinne von Unvereinbarkeit mit einer Richtlinie) unangewendet zu lassen, ist zunächst davon auszugehen, daß

— das Gemeinschaftsrecht Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung ist¹³,

7 — Die Möglichkeit, eine Durchführungsbestimmung anhand der Richtlinie auszulegen, bleibt davon unberührt.

8 — Siehe das Urteil in der Rechtssache 102/79, a. a. O., Slg. 1980, 1473, Randnr. 12.

9 — Siehe das Urteil vom 13. Februar 1985 in der Rechtssache 5/84, *Direct Cosmetics Ltd/Commissioners of Customs and Excise*, Slg. 1985, 617, Randnrn. 37 ff.

10 — Urteil vom 20. September 1988, a. a. O., Randnr. 4.

11 — Urteil in der Rechtssache 76/81, a. a. O., S. 412, Randnr. 17.

12 — A. a. O., Randnr. 42.

13 — Siehe das Urteil in der Rechtssache 8/81, a. a. O., Randnr. 23.

- Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten genießt und
- grundsätzlich alle staatlichen Instanzen zu gemeinschaftsrechtskonformem Verhalten verpflichtet sind.

29. Den Normanwendungsbefehl des Gemeinschaftsrechts trifft dabei auch die staatliche Verwaltung. Sofern es dem Staat als Gesamtheit untersagt ist, dem einzelnen von der Richtlinie abweichende Vorschriften entgegenzuhalten, die unter Mißachtung gemeinschaftsrechtlicher Pflichten eingeführt oder aufrechterhalten worden sind, ist davon materiell auch die staatliche Verwaltung betroffen¹⁴. Diese umfassende Pflicht zu gemeinschaftsrechtskonformem Verhalten findet in Artikel 5 EWG-Vertrag ihren Ausdruck.

30. Soweit sich bisher ein Gemeinschaftsbürger auf die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen berufen hat, ist der Gerichtshof stets davon ausgegangen, daß diese „Berufung“ vor innerstaatlichen Gerichten erfolgt und diese die unmittelbar anwendbare Norm als geltendes Gemeinschaftsrecht beachten müssen¹⁵.

31. Festzuhalten ist jedenfalls, daß der einzelne auch gegenüber der staatlichen Verwaltung die Möglichkeit haben muß, sich auf die unmittelbar anwendbare Richtlinie zu berufen. Hat er damit Erfolg, so hat sich die Verwaltung des Mitgliedstaats gemeinschaftskonform verhalten. Für eine Anru-

fung eines Gerichts ist aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts kein Raum mehr. Es bedarf also nicht unbedingt der Einschaltung eines Gerichts. Auf unseren Fall angewendet heißt das: Hätte die Stadt Mailand das Verfahren des Artikels 29 Absatz 5 eingehalten und sein Ergebnis bei ihrer Entscheidung berücksichtigt, so hätte es aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts keiner Einschaltung eines Gerichts bedurft.

32. Das ist nur dann erforderlich, wenn sich der einzelne vor der Verwaltung erfolglos auf die unmittelbar anwendbare Richtlinie berufen hat. In einem solchen Fall sind die Gerichte berufen, die gemeinschaftsrechtliche Position des einzelnen zu schützen.

33. Aus der Sicht des einzelnen ist es insofern zwingend, daß er sich auf die unmittelbar anwendbare Norm berufen können muß. Gegebenenfalls muß er dazu den Rechtsweg beschreiten, wobei ihm sämtliche innerstaatlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, als würde er allein aus innerstaatlichem Recht vorgehen. Die Möglichkeiten, sich auf eine unmittelbar anwendbare Richtlinienbestimmung zu berufen, gehen allerdings nicht soweit, daß sie neue Rechtsschutzverfahren schaffen¹⁶.

34. Soweit der Gerichtshof in anderem Zusammenhang festgestellt hat, daß das durch den Vertrag geschaffene Rechtsschutzsystem, wie es insbesondere in Artikel 177 EWG-Vertrag ausgeprägt ist, voraussetzt, „daß es möglich sein muß, zur Gewährleistung der Beachtung unmittelbar wirkenden Gemeinschaftsrechts von jeder im nationalen Recht vorgesehenen Klagemöglichkeit

14 — Siehe das Urteil in der Rechtssache 5/84, a. a. O., S. 612, Randnrn. 37 und 38.

15 — Vgl. zum Beispiel das Urteil in der Rechtssache 8/81, a. a. O., Randnr. 23.

16 — Vgl. das Urteil vom 7. Juli 1981 in der Rechtssache 158/80, Rewe Handelsgesellschaft Nord und Rewe Markt Steffen/Hauptzollamt Kiel, Slg. 1981, 1805, Randnrn. 39 ff.

vor den nationalen Gerichten unter denselben Zulässigkeits- und sonstigen Verfahrensvoraussetzungen Gebrauch zu machen, wie wenn es sich um die Gewährleistung der Beachtung des nationalen Rechts handelte“¹⁷, kann von einer Art Rechtsweggarantie zur Durchsetzung unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts gesprochen werden.

35. Aus der Perspektive der Verwaltung hingegen ist danach zu unterscheiden, ob die Behörde Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität der innerstaatlichen Norm hegt oder der Konflikt bereits Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung war. Dabei müssen wir ausgehen von der gefestigten Rechtsprechung, daß sich der einzelne vor Gericht auf derartige Bestimmungen berufen kann. Wenn er das vor Gericht kann, wird man ihm auch das Recht zubilligen müssen, es vor der Verwaltung zu tun, damit diese vollständig über die Ausgangsposition des einzelnen in der zu entscheidenden Frage zu unterrichten ist. Wenn der einzelne aber das Recht hat, einen Standpunkt vor der Verwaltung geltend zu machen, wird man dieser das Recht einräumen müssen, darauf auch einzugehen. Es wäre ja unsinnig, der Verwaltung zu verbieten, eine gemeinschaftsrechtlich richtige Entscheidung zu treffen, wozu sie letztendlich verpflichtet ist.

36. Die Frage ist nur, ob man ihr eine entsprechende gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung auferlegen kann. Diese Frage möchte ich verneinen, denn die Verwaltung hat nicht die Möglichkeit, den Gerichtshof anzurufen und die direkte Anwendbarkeit der fraglichen Richtlinienbestimmung feststellen zu lassen. Sie handelt, wenn sie unmittelbar anwendbare Richtlinienbestimmungen anwendet und entgegenstehendes innerstaatliches Recht außer acht läßt, auf

eigenes Risiko, ohne die Rückendeckung des Gerichtshofes. Dazu ist sie meines Erachtens berechtigt, aber verpflichtet ist sie dazu nicht, denn der Vertrag stellt ihr für dieses Handeln nicht den notwendigen Rechtsschutz zur Verfügung.

37. Diese Lösung gibt auch Antwort auf das in der mündlichen Verhandlung von dem Prozeßvertreter der Kommission aufgeworfene Problem, ob denn die Kommission bei einer nicht durchgeführten Richtlinie zweimal die Möglichkeit zur Erhebung einer Vertragsverletzungsklage habe, und zwar zum einen wegen Nichtumsetzung und zum zweiten wegen Nichtanwendung. Soweit — wie hier vertreten — keine Verpflichtung der Verwaltung zur unmittelbaren Anwendung einer Richtlinienbestimmung besteht, ist kein Raum für die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens. Hier liegt der Unterschied zur Verordnung. Die Verwaltung der Mitgliedstaaten ist nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, diese auch bei entgegenstehendem innerstaatlichem Recht anzuwenden, denn die Verwaltung genießt hier den Schutz des Artikels 189 EWG-Vertrag; die Verbindlichkeit und unmittelbare Anwendbarkeit der Verordnung stehen außer Zweifel. Die Anwendung derartiger Bestimmungen gehört zu dem normalen Aufgabenbereich jeder Verwaltung.

38. Die gegensätzlichen Argumente, die im wesentlichen darauf beruhen, daß die Unterschiede zwischen Richtlinie und Verordnung verwischt würden, stehen dem hier vertretenen Standpunkt nicht entgegen, soweit der Verwaltung nicht auch die Pflicht zur Beachtung der unmittelbar anwendbaren Richtlinie auferlegt wird. Insofern ist es auch unproblematisch, daß einer Behörde kein Rechtsmittel zur unmittelbaren Anrufung des Gerichtshofes im Vorabentscheidungsverfahren zur Verfügung steht. Sie wird die unmittelbar anwendbare Richtli-

¹⁷ — Vgl. das Urteil in der Rechtssache 158/80, a. a. O., Randnr. 46.

nienbestimmung nur anwenden, wenn sie zu der Überzeugung gelangt ist, daß die Anwendbarkeit im konkreten Fall außer Frage steht. Sie wird in diesem Fall als Vollzugsorgan des Gemeinschaftsrechts tätig. Im übrigen bleibt auch die Pflicht der Gesetzgebungsorgane zur Anpassung der innerstaatlichen Rechtsordnung bestehen, da nur durch die korrekte Umsetzung auch die Pflicht der Verwaltung zur Anwendung der richtlinienkonformen Rechtslage konstituiert wird.

39. Ähnlich liegt der Fall einer vorausgehenden gerichtlichen Entscheidung. Hat der Normenkonflikt schon eine abstrakte Klärung erfahren, so kann die Verwaltung nicht daran gehindert sein, die unmittelbar anwendbare Norm auch tatsächlich anzuwenden, zumal sie materiell keine Befugnis mehr hat, dem einzelnen die gemeinschaftsrechtswidrige Norm entgegenzuhalten¹⁸. Eine solche Klärung muß nicht notwendig durch ein innerstaatliches Gericht erfolgt sein, sondern kann auch durch den Gerichtshof in einem vorausgehenden Vorabentscheidungsverfahren getroffen worden sein. Zwar genießen die Vorabentscheidungsurteile nicht formell Wirkung erga omnes, jedoch hat der Gerichtshof für Urteile zur Feststellung der Gültigkeit im Rahmen des Artikels 177 EWG-Vertrag ausgesprochen, das Urteil stelle, obwohl sein unmittelbarer Adressat nur das vorliegende Gericht sei, für jedes andere Gericht einen ausreichenden Grund dafür dar, die Handlung bei den von ihm zu erlassenden Entscheidungen als ungültig anzusehen. Der Gerichtshof stützt seine Beurteilung auf die Erfordernisse der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts und der Rechtssicherheit¹⁹. Der einzelne muß auch das Recht haben, sich vor der Verwaltung auf eine Richtlinie zu berufen, und diese muß die Befugnis haben, diesem Begehren nachzukommen.

40. Unter diesen engen Voraussetzungen kann die unmittelbar anwendbare Richtlinienvorschrift in ihrer Wirkung ebenso behandelt werden wie andere mit allgemeiner Geltung ausgestattete Vorschriften des Gemeinschaftsrechts. Da unter diesen Gegebenheiten der Normenkonflikt durch die abstrakte Hierarchie der Rechtssätze entschieden wird, ist die erneute Anrufung eines Gerichts entbehrlich.

41. In Anbetracht der Tatsache, daß Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 in einem Vorabentscheidungsurteil unmittelbare Anwendbarkeit zuerkannt worden ist²⁰, könnte für die gegenwärtig vom Gerichtshof zu beantwortenden Fragen gefolgert werden, daß die Verwaltung berechtigt war, Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 direkt anzuwenden. Allerdings ist das besagte Urteil erst nach der von der Behörde zu treffenden Verwaltungsentscheidung ergangen²¹.

42. Gleichwohl war die Unzulässigkeit eines automatischen Ausschlußverfahrens bei Vorliegen eines „offensichtlich ungewöhnlich niedrigen Angebots“ durch den Gerichtshof präjudiziert²². Materiell-rechtlich bestand also Veranlassung für die betroffene Behörde, eine Rechtsnorm, die einen rein rechnerischen Ausschluß vorschreibt, nicht anzuwenden.

43. Läßt sich demzufolge eine gemeinschaftsrechtlich begründete Berechtigung zur Nichtanwendung der fraglichen innerstaatlichen Rechtsnorm ableiten, so kann aus vorstehenden Erwägungen aber keine Pflicht zu dieser Vorgehensweise folgen. Denn soweit begründete Zweifel über die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts be-

18 — Vgl. das Urteil in der Rechtssache 5/84, a. a. O., S. 612, Randnrrn. 37 und 38.

19 — Urteil vom 13. Mai 1981 in der Rechtssache 66/80, SpA International Chemical Corporation/Amministrazione delle finanze dello Stato, Slg. 1981, 1191, Randnrrn. 12 und 13.

20 — Vgl. das Urteil in der Rechtssache 31/87, a. a. O.

21 — Das Urteil in der Rechtssache 31/87 stammt vom 20. September 1988, die strittige Entscheidung vom 24. Juli 1987 (Vorabentscheidungsersuchen vom 16. Februar 1987, Tatbestand, erster Absatz).

22 — Urteil in der Rechtssache 76/81, a. a. O., S. 417.

stehenbleiben, muß auch für die Verwaltung eine Möglichkeit zur Klärung offenbleiben. Selbst den Gerichten steht es frei, nach einer bereits ergangenen Vorabentscheidung erneut Fragen zur Klarstellung an den Gerichtshof zu richten. Und zwar gilt diese Berechtigung sowohl für den Fall einer vorausgehenden Entscheidung in einem anderen Rechtsstreit als auch in ein und derselben Rechtssache.

Kosten

44. Für die Parteien und Beteiligten des Ausgangsverfahrens hat das Verfahren vor dem Gerichtshof den Charakter eines Zwischenstreits. Es ist deshalb Sache des vorliegenden Gerichts, über die Kosten zu entscheiden. Die Auslagen der spanischen und der italienischen Regierung sowie der Kommission sind nicht erstattungsfähig.

C — Schlußantrag

45. 1) Die in Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 vorgeschriebene Durchführung eines Prüfungsverfahrens bei Vorliegen eines „offensichtlich ungewöhnlich niedrigen Angebots“ ist unabdingbar und daher in die innerstaatliche Rezeptionsnorm zu übernehmen (Frage A). Die nähere Kennzeichnung eines „offensichtlich ungewöhnlich niedrigen Angebots“ ist demgegenüber der Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers überlassen (Frage C).
- 2) Grundsätzlich behält jeder Mitgliedstaat die Befugnis, eine zur Durchführung einer Richtlinie erlassene Rezeptionsnorm zu ändern, sofern sich die Norm inhaltlich in dem von der Richtlinie gesteckten Rahmen bewegt. Für Formen und Mittel der Änderung ist allein das innerstaatliche Recht ausschlaggebend (Frage B).
- 3) Im Falle der Unvereinbarkeit innerstaatlicher Durchführungsvorschriften mit der Richtlinie ist die Verwaltung berechtigt und nach bereits anderweitig erfolgter gerichtlicher Klärung von Inhalt und Tragweite der Vorschriften auch verpflichtet, das innerstaatliche Recht außer Anwendung zu lassen. Der Behörde ist jedoch unbenommen, bei Zweifeln über die anwendbare Rechtslage eine gerichtliche Klärung herbeizuführen, wobei sämtliche innerstaatlichen Rechtsbehelfe in Betracht kommen (Frage D).