

werden soll, jede praktische Wirksamkeit genommen wäre.

2. Sind die Angebote eines Bieters nach Auffassung des öffentlichen Auftraggebers im Verhältnis zu den zu erbringenden Leistungen offensichtlich ungewöhnlich niedrig, so ist der Auftraggeber nach Artikel 29 Absatz 5

der Richtlinie 71/305 verpflichtet, vor der Vergabe des Auftrags den Bieter aufzufordern, einen Beleg für seine Preisangebote beizubringen, oder dem Bieter mitzuteilen, welche seiner Angebote ungewöhnlich niedrig sind, und ihm eine angemessene Frist für zusätzliche Angaben einzuräumen.

In der Rechtssache 76/81

betreffend das dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag vom Conseil d'État des Großherzogtums Luxemburg, Comité du Contentieux, in dem vor diesem anhängigen Rechtsstreit

SA TRANSPOROUTE ET TRAVAUX, Brüssel,

gegen

MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS, Großherzogtum Luxemburg,

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Richtlinie 71/304 des Rates vom 26. Juli 1971 zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden, und der Richtlinie 71/305 ebenfalls vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 1 und 5)

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten der Ersten Kammer G. Bosco in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten, des Präsidenten der Dritten Kammer A. Touffait, der Richter P. Pescatore, Mackenzie Stuart, A. O'Keefe, T. Koopmans, U. Everling, A. Chloros und F. Grévisse,

Generalanwalt: G. Reischl

Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

Das Vorlageurteil und die nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG eingereichten Erklärungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I — Sachverhalt und Verfahren

Auf eine Ausschreibung der Straßenbauverwaltung des Großherzogtums Luxemburg vom 2. März 1979 für einen Abschnitt der Autobahn nach Arlon hatte die Gesellschaft belgischen Rechts *Transporoute et Travaux (TRT)* das niedrigste Angebot abgegeben.

Dieses Angebot wurde vom Minister für öffentliche Arbeiten des Großherzogtums Luxemburg aus folgenden Gründen abgelehnt:

1. Die Firma TRT war nicht im Besitz der Niederlassungsgenehmigung der Regierung gemäß Artikel 1 der Großherzoglichen Verordnung vom 6. November 1974 a) zur Festlegung allgemeiner Vertragsbedingungen für öffentliche Bauaufträge und Lieferungen an den Staat und b) zur Festlegung der Aufgaben und der Arbeitsweise der Commission des soumissions (Mémorial A, 1974, S. 1660 ff.).
2. Einige der im Angebot der TRT enthaltenen Preise wurden als ungewöhnlich niedrig im Sinne des Artikels 32 Absätze 5 und 6 der genannten Großherzoglichen Verordnung vom 6. November 1974 angesehen.

Der Minister für öffentliche Arbeiten des Großherzogtums Luxemburg erteilte daher einer luxemburgischen Unternehmensgruppe, deren Angebot als das wirtschaftlich günstigste angesehen wurde, den Zuschlag.

TRT hat beim Conseil d'État, Comité du Contentieux, Klage auf Aufhebung dieser Entscheidung erhoben. Zur Begründung ihrer Klage hat die ausgeschlossene Firma einen Verstoß gegen die Richtlinie 71/305 des Rates, insbesondere gegen deren Artikel 24 und 29 Absatz 5, geltend gemacht. Artikel 24 sieht vor:

„Unternehmer, die sich an öffentlichen Bauaufträgen beteiligen wollen, können aufgefordert werden, den Nachweis dafür zu erbringen, daß sie im Berufsregister nach Maßgabe der Rechtsvorschriften des Landes der Gemeinschaft eingetragen sind, in dem sie ansässig sind. Diese Berufsregister sind: für Belgien das ‚Registre du Commerce‘ — ‚Handelsregister‘, für Deutschland das ‚Handelsregister‘ und die ‚Handwerksrolle‘; für Frankreich das ‚Registre du Commerce‘ und das ‚Répertoire des métiers‘, für Italien das ‚Registro della Camera di Commercio, Industria, Agricoltura e Artigianato‘ und das ‚Registro delle Commissioni provinciali per l'artigianato‘; für Luxemburg das ‚Registre aux firmes‘ und die ‚Rôle de la Chambre des métiers‘; für die Niederlande das ‚Handelsregister‘.“

Artikel 29 Absatz 5 bestimmt:

„Sind im Falle eines bestimmten Auftrags Angebote im Verhältnis zur Leistung of-

fensichtlich 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 zum niedrigsten 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.“

Im Rahmen dieses Rechtsstreits hat der Conseil d'État, Comité du Contentieux, des Großherzogtums Luxemburg mit Urteil vom 11. März 1980 folgendes Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof gerichtet:

1. Verboten es die Bestimmungen der Richtlinien 71/304/EWG und 71/305/EWG vom 26. Juli 1971, insbesondere diejenigen des Artikels 24 der Richtlinie 71/305/EWG, daß der öffentliche Auftraggeber die Vergabe eines öffentlichen Auftrags von der Voraussetzung abhängig macht, daß ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassener Bieter zusätzlich zu seiner ordnungsgemäßen Eintragung im Berufsregister des Landes, in dem er niedergelassen ist, im Besitz einer von der Regierung des Mitgliedstaats, in dem die Vergabe stattfindet, erteilten Niederlassungsgenehmigung ist?
2. Verpflichten die Bestimmungen des Artikels 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305/EWG den öffentlichen Auftraggeber, von einem Bieter, dessen Angebote nach Auffassung des öffentlichen Auftraggebers im Verhältnis

zur Leistung offensichtlich ungewöhnlich niedrig sind, einen Beleg für diese Preise zu verlangen, bevor er die Einzelposten überprüft und über die Vergabe des Auftrags entscheidet, oder überlassen diese Bestimmungen in einem solchen Fall dem öffentlichen Auftraggeber die Entscheidung darüber, ob ein derartiges Auskunftsverlangen sinnvoll ist?

Das Vorlageurteil ist am 7. April 1981 in das Register des Gerichtshofes eingetragen worden.

Nachdem das Tribunal de Commerce Brüssel am 30. April 1981 den Konkurs der Klägerin im Ausgangsverfahren festgestellt hat, hat der Conseil d'État, Comité du Contentieux, durch Zwischenurteil vom 21. Oktober 1981 den Eintritt der Konkursverwalter der in Konkurs gefallenen Firma in das Ausgangsverfahren diesen gegenüber bestätigt.

Nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben Erklärungen eingereicht: die Konkursverwalter der SA Transporoute et Travaux, vertreten durch Rechtsanwalt Y. Hannequart, Lüttich, der Beklagte im Ausgangsverfahren, vertreten durch Rechtsanwalt J. Welter, Luxemburg, die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch ihren Rechtsberater R. Wägenbaur als Bevollmächtigten, die Regierung der Italienischen Republik, vertreten durch ihren Bevollmächtigten A. Squillante und durch den Avvocato dello Stato G. Ferri, die belgische Regierung, vertreten durch ihren Bevollmächtigten Verwaltungsdirektor W. Collins.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes eingereichte schriftliche Erklärungen

A — Erklärungen der Klägerin im Ausgangsverfahren

Die Klägerin im Ausgangsverfahren ist der Auffassung, das Erfordernis einer „Niederlassungsgenehmigung der Regierung“, wie es in den großherzoglichen Vorschriften vorgesehen sei, belaste einen Unternehmer aus einem anderen Mitgliedstaat mit einer Bedingung, die zu den in den Artikeln 23 bis 26 der Richtlinie 71/305 vorgesehenen hinzukomme; dies verstoße gegen Artikel 28 Absatz 4 dieser Richtlinie, wonach die in den Artikeln 23 bis 26 aufgezählten Voraussetzungen die einzig zulässigen seien.

Da diese Bestimmungen — so meint die Klägerin — unmittelbar und sofort anwendbar seien, sei das nationale Gericht verpflichtet, aufgrund ihres Vorrangs vor dem nationalen Recht ihre volle Wirksamkeit sicherzustellen, indem es, falls erforderlich, entgegenstehende Bestimmungen des nationalen Rechts nicht anwende.

Was Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 betreffe, so lasse die wörtliche Auslegung keinerlei Zweifel. Der öffentliche Auftraggeber sei verpflichtet, sich von dem Bieter die Belege vorlegen zu lassen, bevor er ein ungewöhnlich niedriges Angebot ablehne. Die Nichtbeachtung dieser Verpflichtung stelle einen wesentlichen Mangel der von dem Bauherrn getroffenen Entscheidung dar, der seine Haftung zur Folge habe. Dies habe jedenfalls der belgische Conseil d'État in einem Urteil vom 27. Juni 1980 (Nr. 10.475, SA SHV Belgium/La Maison Idéale und Soc. Nat. du Logement) entschieden.

B — Erklärungen des Beklagten im Ausgangsverfahren

Der Beklagte im Ausgangsverfahren betont, die streitige nationale Bestimmung unterscheide die Bieter nicht nach deren Staatsangehörigkeit. Die „Niederlassungsgenehmigung“, die durch das Gesetz vom 2. Juni 1962 zur Festlegung der Voraussetzungen für die Aufnahme und die Ausübung bestimmter Berufe sowie der Voraussetzungen für die Gründung und die Leitung von Unternehmen geregelt sei (koordinierte Fassung vom 1. November 1975, Memorial A, 1975, S. 1521 ff.), habe den Zweck, dadurch eine solide Grundlage für die Tätigkeiten sicherzustellen, für die sie vorgeschrieben sei, daß sie die Genehmigung vom Nachweis der fachlichen Befähigung und der Zuverlässigkeit der Begünstigten abhängig mache. Dieses Erfordernis stehe im Einklang mit Artikel 3 der Richtlinie 71/304. Insbesondere stelle es keine Behinderung der Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten dar. Voraussetzung für die Ausstellung dieser Bescheinigung sei nämlich ein einfacher schriftlicher Antrag, dem Belege beizufügen seien, die den Nachweis der beruflichen Qualifikation (Kopien von Zeugnissen, Bescheinigungen über Lehrgänge) und der beruflichen Zuverlässigkeit (Auszug aus dem Strafregister und ehrenwörtliche abgegebene Erklärungen) erbringen könnten. Wenn der Antrag für eine Gesellschaft gestellt werde, müßten sich diese Belege auf die Geschäftsführer beziehen. Außerdem sei die Zahlung einer Verwaltungsgebühr in Höhe von 500 Francs erforderlich.

Der zur Beschaffung dieser Genehmigung erforderliche Zeitraum betrage zwei bis drei Wochen und könne bei Dringlichkeit verkürzt werden. Außerdem könne man den Antrag im voraus stellen, und im übrigen werde die Genehmigung auf dem Gebiet der öffentli-

chen Aufträge im Zeitpunkt des Zuschlags verlangt, der mehrere Wochen auf die Eröffnung der Angebote folge, die ihrerseits mehrere Wochen nach der Ausschreibung stattfinde. Die luxemburgischen Vorschriften über die Niederlassungsgenehmigung seien als ein polizeirechtliches oder, spezieller, als ein wirtschaftspolizeirechtliches Gesetz anzusehen. Die Abschaffung des Erfordernisses einer Niederlassungsgenehmigung für die in den anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmer laufe nicht nur darauf hinaus, daß an die Stelle der Beurteilung durch die nationale Behörde die Beurteilung durch eine ausländische Behörde gesetzt werde. Sie habe außerdem zur Folge, daß der Grundsatz der Territorialität der polizeirechtlichen Bestimmungen auf diesem Gebiet durch den Grundsatz der Personalität ersetzt werde. Man öffne daher der Diskriminierung unter dem Vorwand, sie zu bekämpfen, Tür und Tor. Da bestimmte Verstöße gegen das Gesetz vom 2. Juni 1962 strafbar seien, gefährde eine distributive oder selektive Anwendung dieses Gesetzes darüber hinaus den Grundsatz der Gleichheit vor dem Strafgesetz.

Die Richtlinie 71/305 bezwecke nur die Harmonisierung der materiellen Bestimmungen über öffentliche Bauaufträge. Das Verfahren einschließlich eventueller Genehmigungserfordernisse bleibe innerstaatlich. Dies werde ausdrücklich durch Artikel 2 der Richtlinie bestätigt, in dem es heiße: „Die öffentlichen Auftraggeber wenden bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge ihre an diese Richtlinie angepaßten einzelstaatlichen Verfahren an.“

Die Niederlassungsgenehmigung entspreche im übrigen der in Artikel 28 der Richtlinie vorgesehenen Liste der zugelassenen Unternehmen; auf jeden Fall erkenne die Richtlinie dadurch, daß sie das Recht einräume, die Eintragung in eine

Liste zu verlangen, notwendigerweise und stillschweigend an, daß die Formalitäten der Artikel 23 ff., insbesondere Artikel 24, keinen abschließenden Charakter hätten.

Die in Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 vorgesehene Verpflichtung, vor der Ablehnung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots Belege zu verlangen, bestehe nicht, wenn das Angebot wie im vorliegenden Fall keinerlei Bezug zur Wirklichkeit habe.

In einer derartigen Situation sei es nämlich nutzlos, irgendwelche Belege zu verlangen.

C — Erklärungen der Kommission

Die Kommission stellt zunächst fest, der Conseil d'État habe die Frage der unmittelbaren Wirkung der Richtlinie nicht geprüft, die er — wie die Kommission meine — anscheinend anerkenne. Der Gerichtshof brauche sich daher mit dieser Frage nicht zu befassen, die nach Meinung der Kommission auf jeden Fall durch die frühere Rechtsprechung geregelt ist.

Bei der Prüfung der ersten Frage untersucht die Kommission nacheinander die Vereinbarkeit des Erfordernisses einer „Niederlassungsgenehmigung der Regierung“ mit dem System der Richtlinie 71/305, die Möglichkeit, dieses Erfordernis als eine „Beschränkung“ im Sinne des Artikels 59 EWG-Vertrag und der Richtlinie 71/304 anzusehen, und schließlich die Tragweite, die den Artikeln 24 und 28 der Richtlinie 71/305 im Rahmen des Rechtsstreits beizumessen ist, mit dem der luxemburgische Conseil d'État befaßt ist.

Was die Vereinbarkeit des Genehmigungserfordernisses mit der Richtlinie 71/305 angeht, so vertritt die Kommission die Auffassung, dieses Erfordernis trete zu den in der Richtlinie genannten

Erfordernissen hinzu, obgleich sowohl der Sinnzusammenhang der Artikel 20 bis 28 als auch bestimmte wörtliche Hinweise, insbesondere in den Artikeln 20, 23 und 27, darauf hindeuteten, daß die Nachweise (Bescheinigungen, Erklärungen usw.), die von den Unternehmern verlangt werden könnten, in der Richtlinie abschließend aufgezählt seien. Die Kommission gelangt daher zu der Schlußfolgerung, daß die vom luxemburgischen Ministerium für öffentliche Arbeiten geforderte „Niederlassungsgenehmigung der Regierung“ mit dem System der Richtlinie 71/305 unvereinbar sei.

Was das Vorliegen einer möglichen „Beschränkung“ im Sinne des Artikels 59 EWG-Vertrag und der Richtlinie 71/304 betrifft, so verweist die Kommission auf Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 71/304, der zu den „Beschränkungen“, die „Vorschriften oder Praktiken ...“ rechne, „die zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, jedoch ausschließlich oder vorwiegend die Berufstätigkeit der Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten behindern“. Für die Kommission ist das Erfordernis einer „Niederlassungsgenehmigung der Regierung“ gerade die Art von Beschränkung, die mit dieser Definition gemeint sei. Sie macht dazu geltend, die in Luxemburg niedergelassenen Unternehmer übten ihre gesamte Berufstätigkeit aufgrund dieser Genehmigung aus, während die nicht dort niedergelassenen Unternehmen, bei denen es sich im wesentlichen um ausländische Unternehmen handele, diese Genehmigung beantragen müßten, selbst wenn sie nur ein einziges Mal in diesem Staat an einer öffentlichen Ausschreibung teilnehmen wollten.

Hinsichtlich der Tragweite von Artikel 24 und 28 der Richtlinie 71/305 vertritt die Kommission schließlich die Ansicht, Artikel 24 solle den Behörden des Landes, in dem die Leistung erbracht werde,

die Prüfung ermöglichen, ob ein Unternehmen im Land seiner Niederlassung im Berufsregister eingetragen sei; diese Vorschrift sei im Rahmen der vorliegenden Rechtssache nicht einschlägig. Was dagegen Artikel 28 betrifft, so trägt die Kommission vor, diese Vorschrift solle eine teilweise Koordinierung der nationalen Bestimmungen über die „offiziellen Listen der zugelassenen Unternehmer“ bewirken, und nach Artikel 28 Absatz 3 stellten diese Listen für die öffentlichen Auftraggeber der anderen Mitgliedstaaten eine Eignungsvermutung im Hinblick auf bestimmte in Artikel 23 der Richtlinie aufgeführte qualitative Auswahlkriterien dar, die weitgehend dem entsprechen, was man die „Zuverlässigkeit“ eines Unternehmens nenne.

Da die Erteilung der im Großherzogtum geforderten „Niederlassungsgenehmigung der Regierung“ ausschließlich vom Nachweis der Zuverlässigkeit des Unternehmens abhängt, ergebe sich, daß diese Niederlassungsgenehmigung in Wirklichkeit nur eine unnötige Wiederholung der in Artikel 28 der Richtlinie 71/305 vorgesehenen Bescheinigung über die Eintragung sei. Dies bestätige, daß das Erfordernis einer solchen Genehmigung sehr wohl eine verbotene Beschränkung darstelle.

Zur zweiten Frage vertritt die Kommission die Auffassung, daß kein Zweifel möglich sei. Nach Artikel 29 Absatz 5 sei der Auftraggeber verpflichtet, vor der Ablehnung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots Erklärungen zu verlangen.

Im Ergebnis schlägt die Kommission dem Gerichtshof vor, die vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Die Richtlinie 71/305/EWG ist dahin auszulegen, daß es mit ihr unvereinbar ist, wenn von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmer verlangt wird, daß er,

um zur Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen zugelassen zu werden, eine in dieser Richtlinie nicht vorgesehene Bescheinigung oder ein darin nicht vorgesehenes anderes Schriftstück vorlegt.

2. Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305/EWG ist dahin auszulegen, daß der öffentliche Auftraggeber dann, wenn er zu dem Ergebnis kommt, daß bei einer bestimmten Ausschreibung Angebote offensichtlich ungewöhnlich niedrig sind, verpflichtet ist, von dem Bieter einen Beleg für seine Preise zu verlangen.

D — Erklärungen der belgischen Regierung

Zur ersten Frage trägt die belgische Regierung vor, ihr sei die genaue Bedeutung der in den großherzoglichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Niederlassungsgenehmigung der Regierung nicht bekannt; sie meint, wenn die Genehmigung dazu bestimmt sei, die Eintragung im Handelsregister nachzuweisen, dann stehe sie im Widerspruch zu Artikel 24 der Richtlinie 71/305. Wenn sie den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erbringen solle, stehe sie außerdem im Widerspruch zu Artikel 26 der Richtlinie. Wenn durch sie dagegen die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nachgewiesen werden solle, könne sie unter Umständen als eine der „anderen“ in Artikel 25 der Richtlinie vorgesehenen Nachteile angesehen werden.

Was die zweite Frage angeht, so ist die belgische Regierung der Ansicht, Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 habe für die Verwaltung die Verpflichtung begründet, bei ungewöhnlichen Preisen von den Bietern Belege zu verlangen.

E — Erklärungen der italienischen Regierung

Zur ersten Frage vertritt die italienische Regierung die Auffassung, die Liste der in den Artikeln 23 bis 26 der Richtlinie 71/305 aufgeführten Voraussetzungen sei abschließend, mit Ausnahme des Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der technischen Leistungsfähigkeit des Unternehmers, der sich an der Ausschreibung beteiligen wolle. Dies ergebe sich sowohl aus dem Zweck der Richtlinie als auch aus der Formulierung der Artikel 27 und 28 Absatz 4. Daraus folge, daß das Erfordernis einer „Niederlassungsgenehmigung“ mit der Richtlinie 71/305 unvereinbar sei, selbst wenn diese Genehmigung auch von den Unternehmern verlangt werde, die Staatsangehörige dieses Staates seien.

In bezug auf die zweite Frage trägt die italienische Regierung vor, Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 verpflichte die öffentlichen Auftraggeber, den Bieter, der ein ungewöhnlich niedriges Angebot abgegeben habe, vor der Ablehnung dieses Angebots zu einer Stellungnahme aufzufordern.

III — Mündliche Verhandlung

Die Firma Transporoute et Travaux, vertreten durch Rechtsanwalt Y. Hannequart, Lüttich, das Ministère des Travaux Publics des Großherzogtums Luxemburg, vertreten durch Rechtsanwalt Jean Welter, Luxemburg, die Regierung der Italienischen Republik, vertreten durch den Avvocato dello Stato G. Ferri, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch ihren Rechtsberater R. Wägenbaur als Bevoll-

mächtigten, haben in der Sitzung vom 17. November 1981 mündliche Ausführungen gemacht.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 13. Januar 1982 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

- 1 Der Conseil d'État des Großherzogtums Luxemburg, Comité du Contentieux, hat mit Urteil vom 11. März 1981, beim Gerichtshof eingegangen am 7. April 1981, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag zwei Fragen nach der Auslegung der Richtlinien 71/304 und 71/305 des Rates vom 26. Juli 1971 zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden, (ABl. L 185, S. 1) bzw. über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) zur Vorabentscheidung vorgelegt.
- 2 Diese Fragen sind im Rahmen eines Rechtsstreits gestellt worden, der auf eine Ausschreibung der Straßenbauverwaltung des Großherzogtums Luxemburg zurückgeht, bei der die Gesellschaft belgischen Rechts Transporoute et Travaux (TRT) das niedrigste Angebot abgegeben hatte.
- 3 Dieses Angebot wurde vom Minister für öffentliche Arbeiten abgelehnt, weil die Firma TRT nicht im Besitz der durch Artikel 1 der Großherzoglichen Verordnung vom 6. November 1974 (Mémorial A, 1974, S. 1660 ff.) vorgeschriebenen Niederlassungsgenehmigung der Regierung war und weil die im Angebot der TRT enthaltenen Preise nach Ansicht des Ministers für öffentliche Arbeiten ungewöhnlich niedrig im Sinne des Artikels 32 Absätze 5 und 6 dieser Verordnung waren. Der Minister für öffentliche Arbeiten des Großherzogtums Luxemburg erteilte daher einer luxemburgischen Unternehmensgruppe, deren Angebot als das wirtschaftlich günstigste angesehen wurde, den Zuschlag.
- 4 Die Firma TRT hat gegen diese Entscheidung Anfechtungsklage beim Conseil d'État erhoben. Zur Begründung dieser Klage hat die ausgeschlossene Firma insbesondere geltend gemacht, die angegebenen Gründe für die Ableh-

nung ihres Angebots stellten einen Verstoß gegen die Richtlinie 71/305 des Rates und insbesondere gegen deren Artikel 24 und 29 Absatz 5 dar.

- 5 Da der Conseil d'État der Auffassung war, daß der Rechtsstreit Auslegungsfragen des Gemeinschaftsrechts aufwerfe, hat er dem Gerichtshof zwei Fragen nach der Auslegung der Ratsrichtlinien 71/304 und 71/305 vorgelegt.

Zur ersten Frage

- 6 Die erste Frage geht dahin, ob die Bestimmungen der Richtlinien 71/304 und 71/305 des Rates, insbesondere diejenigen des Artikels 24 der Richtlinie 71/305, verbieten, daß der öffentliche Auftraggeber die Vergabe eines öffentlichen Auftrags von der Voraussetzung abhängig macht, daß ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassener Bieter zusätzlich zu seiner ordnungsgemäßen Eintragung im Berufsregister des Landes, in dem er niedergelassen ist, im Besitz einer von der Regierung des Mitgliedstaats, in dem die Vergabe stattfindet, erteilten Niederlassungsgenehmigung ist.
- 7 Die Richtlinien 71/304 und 71/305 sollen den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge sicherstellen. Daher enthält die erste dieser Richtlinien eine allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Aufhebung der Beschränkungen des Zugangs zu, der Mitwirkung bei und der Ausführung von öffentlichen Bauaufträgen, und die zweite Richtlinie betrifft die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge.
- 8 Bei dieser Koordinierung beschränkt sich Kapitel 1 des Abschnitts IV der Richtlinie 71/305 nicht auf eine Aufzählung der Auswahlkriterien, nach denen bestimmte Unternehmer von dem öffentlichen Auftraggeber ausgeschlossen werden können. Es bestimmt auch, wie die Unternehmen den Nachweis erbringen können, daß sie diese Kriterien erfüllen.
- 9 So stellt Artikel 27 klar, daß der öffentliche Auftraggeber den Unternehmer nur in den in den Artikeln 23 bis 26 der Richtlinie festgelegten Grenzen auffordern kann, die vorgelegten Bescheinigungen zu vervollständigen; diese Vorschriften gestatten es den Mitgliedstaaten nur im Rahmen der Beurtei-

lung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Unternehmen, von der in Artikel 25 der Richtlinie die Rede ist, andere als die in der Richtlinie ausdrücklich genannten Nachweise zu fordern.

- 10 Da mit der in Frage stehenden Niederlassungsgenehmigung — wie die luxemburgische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen eingeräumt hat — nicht die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen, sondern die berufliche Befähigung und die Zuverlässigkeit ihrer Leiter nachgewiesen werden sollen, stellt diese Genehmigung, da die Ausnahmeregelung des Artikels 25 der Richtlinie 71/305 nicht anwendbar ist, eine Art des Nachweises dar, die nicht zu den durch die Richtlinie abschließend zugelassenen Nachweisen gehört.
- 11 Die luxemburgische Regierung macht jedoch geltend, die Erteilung einer Niederlassungsgenehmigung komme der Aufnahme des betroffenen Unternehmens in die Liste der zugelassenen Unternehmen im Sinne des Artikels 28 der Richtlinie 71/305 gleich und stehe daher im Einklang mit diesem Artikel.
- 12 Zu diesem Argument ist festzustellen, daß, selbst wenn man annimmt, daß die Niederlassungsgenehmigung der Aufnahme in eine offizielle Liste der zugelassenen Unternehmer im Sinne des Artikels 28 der Richtlinie 71/305 gleichzustellen ist, diese Bestimmung keineswegs die Schlußfolgerung erlaubt, daß von den in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmern die Eintragung in eine solche Liste im Auftraggeberstaat verlangt werden kann.
- 13 Vielmehr verleiht Artikel 28 Absatz 3 den in einem beliebigen Mitgliedstaat in eine offizielle Liste eingetragenen Unternehmen das Recht, diese Eintragung in den durch diese Vorschrift gezogenen Grenzen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber eines anderen Mitgliedstaats als alternatives Beweismittel dafür zu verwenden, daß sie die in den Artikeln 23 bis 26 der Richtlinie 71/305 genannten Eignungskriterien erfüllen.
- 14 Dieses Ergebnis der Auslegung der Richtlinie 71/305 steht mit dem System der Bestimmungen des Vertrages über Dienstleistungen im Einklang. Würde man nämlich in einem Mitgliedstaat die Erbringung von Dienstleistungen

durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen vom Besitz einer Genehmigung für die Niederlassung in dem erstgenannten Staat abhängig machen, so hätte dies zur Folge, daß Artikel 59 EWG-Vertrag, dessen Ziel es gerade ist, die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit solcher Personen zu beseitigen, die nicht in dem Staat niedergelassen sind, in dessen Gebiet die Dienstleistung erbracht werden soll, jede praktische Wirksamkeit genommen wäre.

- 15 Auf die erste Frage ist demnach zu antworten, daß die Richtlinie 71/305 des Rates dahin auszulegen ist, daß sie es den Mitgliedstaaten verbietet, von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Bieter zu verlangen, daß er den Nachweis, daß er die in den Artikeln 23 bis 26 dieser Richtlinie erwähnten Kriterien in bezug auf seine Zuverlässigkeit und seine berufliche Befähigung erfüllt, mit anderen als den in diesen Bestimmungen genannten Mitteln, wie zum Beispiel durch eine Niederlassungsgenehmigung, erbringt.

Zur zweiten Frage

- 16 Die zweite Frage geht dahin, ob die Bestimmungen des Artikels 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 den öffentlichen Auftraggeber verpflichten, von einem Bieter, dessen Angebote nach Auffassung des öffentlichen Auftraggebers im Verhältnis zur Leistung offensichtlich ungewöhnlich niedrig sind, einen Beleg für diese Preise zu verlangen, bevor er die Einzelposten überprüft und über die Vergabe des Auftrags entscheidet, oder ob diese Bestimmungen in einem solchen Fall dem öffentlichen Auftraggeber die Entscheidung darüber überlassen, ob ein derartiges Auskunftsverlangen sinnvoll ist.
- 17 Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 sieht vor, daß der öffentliche Auftraggeber bei einem ungewöhnlich niedrigen Angebot die Einzelposten des Angebots überprüft und zu diesem Zweck von dem Bieter die erforderlichen Belege verlangt. Die Tatsache, daß dem öffentlichen Auftraggeber durch diese Bestimmung ausdrücklich das Recht zuerkannt wird festzustellen, ob diese Belege unannehmbar sind, ermächtigt ihn entgegen dem Vorbringen der luxemburgischen Regierung keinesfalls dazu, von vornherein von einer solchen Unannehmbarkeit auszugehen, indem er das Angebot ablehnt, ohne den Bieter überhaupt zur Beibringung von Belegen aufzufordern. Das Ziel dieser Bestimmung, den Bieter vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers zu schützen, könnte nämlich nicht erreicht werden, wenn man diesem

die Beurteilung der Frage überließe, ob die Anforderung von Belegen zweckmäßig ist.

- 18 Die zweite Frage ist demnach dahin zu beantworten, daß dann, wenn die Angebote eines Bieters nach Auffassung des öffentlichen Auftraggebers im Verhältnis zu den zu erbringenden Leistungen offensichtlich ungewöhnlich niedrig sind, der Auftraggeber nach Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 verpflichtet ist, vor der Vergabe des Auftrags den Bieter aufzufordern, einen Beleg für seine Preisangebote beizubringen, oder dem Bieter mitzuteilen, welche seiner Angebote ungewöhnlich niedrig sind, und ihm eine angemessene Frist für zusätzliche Angaben einzuräumen.

Kosten

- 19 Die Auslagen der Regierung des Königreichs Belgien, der Regierung der Italienischen Republik und der Kommission, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren vor dem Gerichtshof ein Zwischenstreit in dem bei dem innerstaatlichen Gericht anhängigen Verfahren; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm vom Conseil d'État, Comité du Contentieux, des Großherzogtums Luxemburg mit Urteil vom 11. März 1981 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

- Die Richtlinie 71/305 des Rates ist dahin auszulegen, daß sie es den Mitgliedstaaten verbietet, von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Bieter zu verlangen, daß er den Nachweis, daß er die in den Artikeln 23 bis 26 dieser Richtlinie erwähnten Kriterien in bezug auf seine Zuverlässigkeit und seine berufliche Befähigung erfüllt, mit anderen als den in diesen Bestimmungen genannten Mitteln, wie zum Beispiel durch eine Niederlassungsgenehmigung, erbringt.

- Sind die Angebote eines Bieters nach Auffassung des öffentlichen Auftraggebers im Verhältnis zu den zu erbringenden Leistungen offensichtlich ungewöhnlich niedrig, so ist der Auftraggeber nach Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 verpflichtet, vor der Vergabe des Auftrags den Bieter aufzufordern, einen Beleg für seine Preisangebote beizubringen, oder dem Bieter mitzuteilen, welche seiner Angebote ungewöhnlich niedrig sind, und ihm eine angemessene Frist für zusätzliche Angaben einzuräumen.

Bosco	Touffait	Pescatore	Mackenzie Stuart	O'Keefe
Koopmans		Everling	Chloros	Grévisse

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 10. Februar 1982.

Der Kanzler

Der Präsident der Ersten Kammer
in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten

P. Heim

G. Bosco

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL
VOM 13. JANUAR 1982

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

Im März 1979 hat die luxemburgische Administration des Ponts et Chaussées Arbeiten öffentlich ausgeschrieben, die sich auf die Errichtung von Straßenbauwerken an der Autobahnstrecke nach Arlon bezogen. An diesem „offenen“ Ausschreibungsverfahren im Sinne der Richtlinie Nr. 71/305 beteiligte sich — neben anderen Unternehmen — die in Belgien ansässige Firma Transporoute et

Travaux, und zwar offenbar mit dem niedrigsten Angebot. Den Zuschlag durch Entscheidung des Ministre des Travaux publics vom 7. Juni 1979 erhielt aber nicht sie, sondern — unter Berufung darauf, daß es sich insoweit um das wirtschaftlich günstigste Angebot handelte — ein Unternehmensgruppe, die von einem luxemburgischen Unternehmen vertreten wird.

Gegen diese Entscheidung hat die Firma Transporoute im Oktober 1979 Klage