URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

22. April 2010 *

In der Rechtssache C-423/07

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Art. 226 EG, eingereicht am 13. September 2007,

Europäische Kommission, vertreten durch D. Kukovec, M. Konstantinidis und S. Pardo Quintillán als Bevollmächtigte im Beistand von M. Canal Fontcuberta, abogada, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Königreich Spanien, vertreten durch F. Díez Moreno als Bevollmächtigten, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagter,

erlässt

* Verfahrenssprache: Spanisch.

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten der Dritten Kammer K. Lenaerts in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Vierten Kammer, der Richterin R. Silva de Lapuerta sowie der Richter E. Juhász (Berichterstatter), J. Malenovský und T. von Danwitz,

Generalanwalt: P. Mengozzi,
Kanzler: M. Ferreira, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 9. September 2009,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 20. Oktober 2009

folgendes

Urteil

1 Mit ihrer Klage beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die Feststellung, dass das Königreich Spanien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 3 und damit auch aus Art. 11 Abs. 3, 6, 7, 11 und 12 der Richtlinie 93/37/EWG

des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) sowie gegen die Grundsätze des EG-Vertrags, namentlich den Grundsatz der Gleichbehandlung und das Diskriminierungsverbot, verstoßen hat, dass es in der Bekanntmachung und in dem Verzeichnis der besonderen Verwaltungsbestimmungen für die Vergabe einer Verwaltungskonzession für den Bau, Unterhalt und Betrieb der Verbindungen der Autobahn A-6 mit Segovia und Ávila sowie für den Unterhalt und Betrieb des Abschnitts Villalba-Adanero dieser Autobahn ab 2018 bestimmte Arbeiten, die später anlässlich der Zuschlagserteilung für die betreffende Konzession vergeben wurden, u. a. Arbeiten an dem mautfreien Abschnitt der Autobahn A-6, nicht in die Arbeiten, die Gegenstand der Konzession sind, aufgenommen hat.

Gemeinschaftsrecht

2 Im fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 93/37 wird ausgeführt, dass es „[w]egen der zunehmenden Bedeutung und der Besonderheiten der Konzessionen bei öffentlichen Bauaufträgen … angezeigt [erscheint], Verfahren für ihre Veröffentlichung in diese Richtlinie aufzunehmen".

3 Nach Art. 1 Buchst. c dieser Richtlinie

„ist ein Bauwerk das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll".

4 Nach der Definition in Art. 1 Buchst. d derselben Richtlinie

„gelten als öffentliche Baukonzessionen Verträge, die von den unter Buchstabe a genannten Verträgen [über öffentliche Bauaufträge] nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Arbeiten ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht".

5 In Art. 3 der Richtlinie 93/37 heißt es:

„(1) Schließen die öffentlichen Auftraggeber öffentliche Baukonzessionsverträge ab, so finden die in Artikel 11 Absätze 3, 6, 7 und 9 bis 13 und in Artikel 15 enthaltenen Bekanntmachungsvorschriften Anwendung, wenn der Auftragswert 5 000 000 ECU oder mehr beträgt.

…

(4) Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Konzessionäre, die nicht selbst öffentliche Auftraggeber sind, bei den von ihnen an Dritte vergebenen Aufträgen die in Artikel 11 Absätze 4, 6, 7 und 9 bis 13 und in Artikel 16 enthaltenen Bekanntmachungsvorschriften anwenden, wenn der Auftragswert 5 000 000 ECU oder mehr beträgt. …

…“

6 Art. 11 der Richtlinie 93/37 in deren Abschnitt III („Gemeinsame Bekanntmachungsvorschriften“) bestimmt:

„(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.

…

(3) Öffentliche Auftraggeber, die eine öffentliche Baukonzession vergeben wollen, teilen ihre Absicht in einer Bekanntmachung mit.

…

(6) Die in den Absätzen 1 bis 5 vorgesehenen Bekanntmachungen werden nach den in den Anhängen IV, V und VI enthaltenen Mustern erstellt; sie enthalten die dort verlangten Auskünfte.

…

(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. …

…

(9) Die in den Absätzen 2, 3 und 4 vorgesehenen Bekanntmachungen werden in vollem Umfang im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* … veröffentlicht. …

(10) Das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht die Bekanntmachungen spätestens zwölf Tage nach der Absendung, im Falle des beschleunigten Verfahrens gemäß Artikel 14 spätestens fünf Tage nach der Absendung.

(11) Die Bekanntmachung darf in den Amtsblättern oder in der Presse des Landes des öffentlichen Auftraggebers nicht vor dem Tag der Absendung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht werden; bei der Veröffentlichung ist dieser Zeitpunkt anzugeben. Die Veröffentlichung darf nur die im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlichten Angaben enthalten.

(12) Der öffentliche Auftraggeber muss den Tag der Absendung nachweisen können.

…“

7 Die Anhänge, auf die Art. 11 Abs. 6 der Richtlinie 93/37 Bezug nimmt, enthalten Muster für die Bekanntmachungen, deren Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* vom öffentlichen Auftraggeber zu veranlassen ist. Anhang IV dieser Richtlinie betrifft die öffentlichen Bauaufträge, Anhang V die öffentlichen Baukonzessionen; Anhang VI enthält das Bekanntmachungsmuster für den Fall, dass der

Konzessionär Dritte im Wege der Untervergabe mit der Ausführung von ihm zugeschlagenen Arbeiten beauftragen möchte.

8 Art. 15 dieser Richtlinie lautet:

„Öffentliche Auftraggeber, die eine öffentliche Baukonzession vergeben wollen, setzen eine Frist für den Eingang von Bewerbungen für die Konzession, die nicht weniger als 52 Tage, gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung an, betragen darf."

9 Art. 61 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114), der die Überschrift „Vergabe von Aufträgen für zusätzliche Arbeiten an den Konzessionär" trägt, bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt nicht für zusätzliche Arbeiten, die weder im ursprünglichen Konzessionsentwurf noch im ursprünglichen Vertrag vorgesehen sind, die jedoch wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung der Bauleistungen in der beschriebenen Form erforderlich geworden sind und die der öffentliche Auftraggeber an den Konzessionär vergibt, sofern die Vergabe an den Wirtschaftsteilnehmer erfolgt, der die betreffende Bauleistung erbringt, und zwar

— wenn sich diese zusätzlichen Arbeiten in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für die öffentlichen Auftraggeber vom ursprünglichen Auftrag trennen lassen oder

— wenn diese Arbeiten zwar von der Ausführung des ursprünglichen Auftrags getrennt werden können, aber für dessen Verbesserung unbedingt erforderlich sind.

Der Gesamtwert der vergebenen Aufträge für die zusätzlichen Arbeiten darf jedoch 50 % des Wertes für die ursprünglichen Arbeiten, die Gegenstand der Konzession sind, nicht überschreiten."

10 Unter Punkt 3.1.1. („Gleichbehandlung") der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (ABl. 2000, C 121, S. 2) heißt es:

„…

In manchen Fällen hat der Konzessionsgeber keine Möglichkeit, die technischen Erfordernisse hinreichend präzise zu beschreiben. Er wird daher versuchen, alternative Angebote einzuholen, die für ein allgemein formuliertes Problem verschiedene Lösungsmöglichkeiten bieten. Aber auch in einem solchen Fall muss das Lastenheft[, damit ein gesunder und wirksamer Wettbewerb sichergestellt ist,] nichtdiskriminierend und objektiv darlegen, was von den Bewerbern verlangt wird, insbesondere welche Modalitäten sie bei der Vorbereitung der Angebote zu beachten haben. …"

Nationales Recht

11 Das Gesetz 8/1972 vom 10. Mai 1972 über den Bau, Unterhalt und Betrieb von Autobahnen auf der Grundlage von Konzessionen in seiner ab 1996 geltenden Fassung (im Folgenden: Autobahngesetz) bestimmt in seinem Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2:

„… [z]um Gesellschaftszweck der konzessionsnehmenden Gesellschaft [gehört] … der Bau von nicht unter die Konzession fallenden Straßeninfrastrukturen …, die aber eine Auswirkung auf die Konzession haben und im Einflussbereich der Autobahn ausgeführt werden oder für die Verkehrslenkung erforderlich sind und deren Planung und Ausführung oder alleinige Ausführung dem Konzessionär als Gegenleistung obliegt …“

12 Mit dem Königlichen Dekret 597/1999 vom 16. April 1999 wurde die Ausdehnung des Einflussbereichs von Autobahnen auf 20 km festgelegt.

Der streitige Vorgang

13 Die Autobahn A-6 (im Folgenden: A-6) verbindet Madrid mit La Coruña und bildet die Hauptachse zwischen Zentralspanien und dem Norden und Nordwesten Spaniens. Es handelt sich unstreitig um eine der wichtigsten und meistbefahrenen Straßen dieses Landes. Der Autobahnabschnitt zwischen Madrid und Villalba ist mautfrei, etwa 40 km lang und führt durch praktisch städtisches Gebiet. Der Abschnitt zwischen Villalba und Adanero ist mautpflichtig und ungefähr 70 km lang (im Folgenden: mautpflichtiger Abschnitt der A-6). Für beide Autobahnabschnitte ist unstreitig, dass

sie seit langem durch ein sehr hohes Verkehrsaufkommen geprägt waren und eine ernsthafte Stauproblematik bestand.

14 Seit 1968 wird der mautpflichtige Abschnitt der A-6 von der Gesellschaft Ibérica de Autopistas SA (im Folgenden: Iberpistas) in Konzession bewirtschaftet. Diese Konzession war bis zum 29. Januar 2018 erteilt.

15 Mit Erlass vom 26. Mai 1997 gab das spanische Ministerium für öffentliche Arbeiten seine Absicht bekannt, in den von der spanischen Regierung im Februar 1997 verabschiedeten „Autobahnplan" den Bau von Autobahnen zum Anschluss der Städte Segovia und Ávila an die A-6 aufzunehmen, denn „… unter Berücksichtigung des gegenwärtig hohen und … Stau auslösenden Verkehrsaufkommens ist der Bau der Verbindungsautobahnen von den genannten Städten zur derzeitigen A-6 von überragendem öffentlichen Interesse für die Entwicklung dieser Städte".

16 Mit im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* (ABl. S 115 vom 16. Juni 1999) veröffentlichter Bekanntmachung (im Folgenden: erste Bekanntmachung) und am 4. Juni 1999 mit Erlass verabschiedeten Ausschreibungsbedingungen (BOE Nr. 136 vom 8. Juni 1999, im Folgenden: erste Ausschreibungsbedingungen) schrieb das Ministerium für öffentliche Arbeiten als Vergabebehörde ein Verfahren zur Vergabe einer öffentlichen Baukonzession aus. Die inhaltlich übereinstimmenden Paragraf 2 der ersten Bekanntmachung und Klausel 2 der ersten Ausschreibungsbedingungen beschrieben den Gegenstand der Konzessionsausschreibung.

17 Dieser umfasste Folgendes:

— den Bau, Unterhalt und Betrieb der Verbindungen des mautpflichtigen Abschnitts der A-6 mit den Städten Ávila und Segovia,

— den Unterhalt und Betrieb des mautpflichtigen Abschnitts der A-6 ab dem 30. Januar 2018 für eine auf der Grundlage der durchschnittlichen Fahrzeugfrequenz auf diesem Abschnitt zu bestimmende Dauer,

— den Bau der Ortsumgehungstraße für die am mautpflichtigen Abschnitt der A-6 gelegene Gemeinde Guadarrama und

— die Erweiterung eines Teilstücks des mautfreien Abschnitts der A-6 zwischen Madrid und Villalba. Dabei ging es um den Bau eines vierten Fahrstreifens in beiden Fahrtrichtungen zur Erhöhung der Aufnahmefähigkeit der A-6 auf diesem Abschnitt.

18 Mit Erlass vom 7. Juli 1999 (BOE Nr. 163 vom 9. Juli 1999) veröffentlichte die Vergabebehörde neue Ausschreibungsbedingungen (im Folgenden: zweite Ausschreibungsbedingungen). Im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* (ABl. S 137 vom 17. Juli 1999) wurde eine neue Bekanntmachung (im Folgenden: zweite Bekanntmachung) veröffentlicht. In der Präambel dieser Bekanntmachung heißt es, dass „[a]us technischen Gründen … [die ersten] Ausschreibungsbedingungen zu ändern [sind], um den Ausschreibungsgegenstand neu zu bestimmen und einige Änderungen in Bezug auf die Festlegung der Konzessionsdauer vorzunehmen".

19 Paragraf 2 der zweiten Bekanntmachung und Klausel 2 der zweiten Ausschreibungsbedingungen definierten den Gegenstand der Konzession wie folgt:

„1. Bau, Unterhalt und Betrieb des mautpflichtigen Abschnitts der A-6, Verbindung Segovia, …

2. Bau, Unterhalt und Betrieb des mautpflichtigen Abschnitts der A-6, Verbindung Ávila. …

3. Unterhalt und Betrieb der mautpflichtigen Autobahn A-6, Abschnitt Villalba-Adanero. …“

20 Die zweite Bekanntmachung und die zweiten Ausschreibungsbedingungen erwähnten also beim Konzessionsgegenstand weder den Bau der Ortsumgehung Guadarrama noch die Erweiterung eines Teils des mautfreien Abschnitts der A-6.

21 Klausel 3 der zweiten Ausschreibungsbedingungen verwies auf die Verwaltungsakten.

22 Die gegenüber den ersten Ausschreibungsbedingungen unveränderten Abs. 13 und 16 von Klausel 5 der zweiten Ausschreibungsbedingungen bestimmten:

„13. Die Bieter müssen unbeschadet der Einhaltung der auf den betreffenden Gebieten geltenden Vorschriften in ihren Angeboten ausdrücklich die Maßnahmen nennen, die sie hinsichtlich der Auswirkungen der Konzession auf das gesamte Verkehrsnetz, die touristischen Belange des Gebiets und die Förderung der historisch oder künstlerisch wertvollen Monumente sowie die Erhaltung und den Schutz der Landschaft und den Naturschutz zu ergreifen gedenken.

…

16. Die Bieter müssen der Verwaltung die Maßnahmen nennen, die sie für eine angemessene Regelung des Fernverkehrs in den Gebieten, die vom Bau der von der Konzession umfassten Straßen betroffen sind, vorschlagen, und sie müssen angeben, welche dieser Maßnahmen sie auf eigene Kosten zu ergreifen gedenken. Angesichts der hohen Stauanfälligkeit der Gebiete, auf deren Verkehr sich die von der Konzession umfassten Straßen auswirken werden, fließen die Kreativität und die Machbarkeit dieser Vorschläge positiv in die Vergabeentscheidung ein."

23 In Klausel 10 der zweiten Ausschreibungsbedingungen, die mit der entsprechenden Klausel in den ersten Ausschreibungsbedingungen übereinstimmte, waren die für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Kriterien aufgezählt. Dazu gehörten:

— die Machbarkeit des abgegebenen Angebots und der Umfang der eingesetzten Mittel (Kriterium III),

— die für das Verkehrs- und Umweltmanagement vorgeschlagenen Maßnahmen (Kriterium V).

24 Ein Unterkriterium V.i. lautete:

„Die für die Regelung des Fernverkehrs vorgeschlagenen Maßnahmen einschließlich derjenigen im Hinblick auf die Errichtung eines dynamischen Mautsystems in den Gebieten, die vom Bau der von der Konzession umfassten Straßen betroffen sind, werden anhand ihrer Kreativität, Machbarkeit und Wirksamkeit mit bis zu 75 Punkten bewertet."

25 In Klausel 29 der zweiten Ausschreibungsbedingungen wurde zu den Verbindungen des mautpflichtigen Abschnitts der A-6 mit Ávila und Segovia ausgeführt, dass der Konzessionär dafür sorgen müsse, dass an keiner Stelle der Autobahn ein bestimmtes, in Fachbegriffen ausgedrücktes Verkehrsaufkommen überschritten werde, und dass er die insoweit notwendigen Ausbauten auf eigene Kosten vornehmen müsse.

26 Schließlich sah Klausel 33 der zweiten Ausschreibungsbedingungen vor, dass die Konzession für höchstens 37 Jahre und mindestens 22 Jahre erteilt werde und dass ihre in Jahren berechnete genaue Dauer unter Berücksichtigung der 20 Jahre nach Konzessionsbeginn zu beurteilenden tatsächlichen Entwicklung des Verkehrsaufkommens auf den einzelnen Abschnitten festgelegt werde.

27 Kraft des Königlichen Dekrets 1724/1999 vom 5. November 1999 erteilte die Vergabebehörde Iberpistas die Konzession. Art. 5 dieses Königlichen Dekrets sah jedoch die Durchführung zusätzlicher Arbeiten im Vergleich zu denjenigen vor, die in der zweiten Bekanntmachung und in den zweiten Ausschreibungsbedingungen angeführt waren. So wurden außer dem Bau der Verbindungen des mautpflichtigen Abschnitts der A-6 mit Ávila und Segovia und dem Unterhalt und Betrieb des mautpflichtigen Abschnitts der A-6 zwischen Villalba und Adanero folgende Arbeiten vorgesehen:

— der Bau eines dritten Fahrstreifens in beiden Fahrtrichtungen auf dem zwischen Villalba und der Anschlussstelle Valle de los Caídos gelegenen Teilstück des mautpflichtigen Abschnitts der A-6 (im Folgenden: Bauwerk A),

— der Bau eines in beide Fahrtrichtungen benutzbaren dritten Fahrstreifens auf dem zwischen der Anschlussstelle Valle de los Caídos und der Stadt San Rafael gelegenen Teilstück des mautpflichtigen Abschnitts der A-6 einschließlich des Baus eines neuen Tunnels (im Folgenden: Bauwerk B) und

— der Bau eines vierten Fahrstreifens in beiden Fahrtrichtungen auf dem mautfreien Abschnitt der A-6 zwischen Madrid und Villalba (im Folgenden: Bauwerk C).

28 Die Bauwerke A, B und C werden nachstehend als „zusätzliche Bauwerke“ bezeichnet.

29 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass von Bauwerk C in der ersten Bekanntmachung und den ersten Ausschreibungsbedingungen, nicht aber in der zweiten Bekanntmachung und den zweiten Ausschreibungsbedingungen die Rede war. Die Bauwerke A und B wurden weder in der ersten Bekanntmachung und den ersten Ausschreibungsbedingungen noch in der zweiten Bekanntmachung und den zweiten Ausschreibungsbedingungen erwähnt. Die in den ersten, nicht aber in den zweiten Ausschreibungsbedingungen aufgeführten Arbeiten zum Bau einer Ortsumgehungsstraße für die Gemeinde Guadarrama waren nicht Gegenstand der Iberpistas erteilten Konzession und wurden letztlich nicht durchgeführt.

30 Ausweislich der Akten wurden die Verbindung zwischen dem mautpflichtigen Abschnitt der A-6 und Segovia im Jahr 2003 und der vierte Fahrstreifen auf dem mautfreien Abschnitt der A-6 (Bauwerk C) am 1. Januar 2006 für den Verkehr freigegeben. Den Akten ist auch zu entnehmen, dass die anderen Bauwerke in der Zwischenzeit fertiggestellt wurden.

31 Ferner geht aus einem Schreiben der spanischen Behörden vom 28. November 2001 hervor, dass die Kosten der in der zweiten Bekanntmachung und den zweiten Ausschreibungsbedingungen ausdrücklich genannten Arbeiten, d. h. der Verbindungen des mautpflichtigen Abschnitts der A-6 mit Segovia und Ávila, 151,76 Millionen Euro betrugen. Darin nicht enthalten sind die Kosten der Arbeiten für den Unterhalt und Betrieb des mautpflichtigen Abschnitts der A-6, für die eine Konzession ab dem 30. Januar 2018 vergeben wurde. Die Kosten der drei zusätzlichen Bauwerke beliefen sich auf 132,03 Millionen Euro.

Vorverfahren

32 Da die Kommission Zweifel daran hegte, dass das Verfahren, nach dem die Konzession für die Errichtung der zusätzlichen Bauwerke vergeben wurde, in Ansehung der Vorschriften der Richtlinie 93/37 ordnungsgemäß war, richtete sie am 30. April 2001 ein Mahnschreiben an das Königreich Spanien, das von diesem mit Schreiben vom 27. Juni 2001 beantwortet wurde. Da die in der Zwischenzeit gegebenen Erläuterungen des Königreichs Spanien die Kommission nicht zufrieden stellten, erließ sie am 18. Juli 2002 eine mit Gründen versehene Stellungnahme, die der genannte Mitgliedstaat mit Schreiben vom 20. September 2002 und 13. März 2003 beantwortete.

33 Am 25. Juli 2003 richtete die Kommission ein ergänzendes Mahnschreiben betreffend die Nichtbeachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbots an das Königreich Spanien, das darauf mit Schreiben vom 28. Oktober 2003 antwortete. Am 22. Dezember 2004 erließ die Kommission eine ergänzende mit Gründen versehene Stellungnahme betreffend die Missachtung dieser Grundsätze, die vom Königreich Spanien mit Schreiben vom 3. März 2005 beantwortet wurde. Da diese Antwort die Kommission nicht zufrieden stellte, hat sie die vorliegende Klage erhoben.

Zur Klage

Zur Zulässigkeit

34 Das Königreich Spanien erhebt zwei Unzulässigkeitseinreden. Es macht erstens geltend, die Klageschrift genüge nicht den Anforderungen der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, denn es sei keine Prozessvollmacht für die Rechtsanwältin, die für die

Kommission auftrete, beigebracht worden. Außerdem gebe die Kommission nicht an, in welchem Umfang sie diese Anwältin, die schließlich nicht ihre Bevollmächtigte sei, mit ihrer Vertretung in der vorliegenden Rechtssache beauftragt habe.

35 Seine zweite Unzulässigkeitseinrede stützt das Königreich Spanien darauf, dass es der Klageschrift der Kommission an Klarheit mangele, da diese unterschiedslos einen Verstoß gegen die Art. 3 und 11 Abs. 3, 6, 7, 11 und 12 der Richtlinie 93/37 beanstande. Die einzige Bestimmung des Art. 3, auf die es hier ankommen könne, sei aber dessen Abs. 1. Auch sei die Vergabebehörde im vorliegenden Fall ihren Pflichten aus Art. 11 Abs. 3, 7, 11 und 12 dieser Richtlinie in vollem Umfang nachgekommen. Außerdem beziehe sich Abs. 6 dieses Artikels auf die Anhänge IV, V und VI der genannten Richtlinie, während hier nur Anhang V anwendbar sei. Der Klagegegenstand sei deshalb unbestimmt.

36 Zur ersten Unzulässigkeitseinrede ist festzustellen, dass die Kommission ordnungsgemäß durch drei Bevollmächtigte vertreten worden ist, denen eine Rechtsanwältin beigestanden hat. Außerdem hat die Kommission ihrer Klageschrift die Kopie eines Dokuments beigefügt, mit dem bescheinigt wird, dass die betreffende Anwältin im Sinne von Art. 38 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs befugt ist, vor einem Gericht eines Mitgliedstaats, nämlich des Königreichs Spanien, aufzutreten.

37 Auch der zweiten Unzulässigkeitseinrede kann nicht stattgegeben werden. Aus der Gesamtheit der beim Gerichtshof eingereichten Schriftstücke ergibt sich nämlich eindeutig, dass die Klage und die Rügen der Kommission darauf abstellen, dass bei dem Verfahren zur Konzessionsvergabe für die fraglichen Arbeiten die der Vergabebehörde nach den einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie 93/37 obliegenden Bekanntmachungspflichten nicht beachtet worden seien, da nicht alle tatsächlich vergebenen und durchgeführten Arbeiten in der Bekanntmachung, die die genannten Bestimmungen zu diesem Zweck vorsähen, angeführt worden seien.

38 Daher stellt sich im vorliegenden Fall kein Problem hinsichtlich der Klarheit des Klagegegenstands, das die Zulässigkeit der Klage fraglich erscheinen lassen könnte.

39 Die Möglichkeit, dass sich manche Bestimmungen der Richtlinie 93/37, die die Kommission zur Begründung ihrer Rügen heranzieht, als für den vorliegenden Fall nicht einschlägig erweisen könnten, macht die Klage nicht unzulässig.

Zur Begründetheit

Vorbringen der Parteien

40 Die Kommission macht im Wesentlichen geltend, dass zwischen dem Gegenstand einer Konzession, wie er in der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen beschrieben werde, und den Bauwerken, für die die Konzession tatsächlich vergeben werde, Übereinstimmung bestehen müsse. Der Gegenstand der in Rede stehenden Konzession sei aber in Klausel 2 der zweiten Ausschreibungsbedingungen genau beschrieben und betreffe bestimmte Arbeiten, nämlich die Verbindungen des mautpflichtigen Abschnitts der A-6 mit Segovia und Ávila sowie den Unterhalt und Betrieb dieses Abschnitts ab dem 30. Januar 2018. Die zusätzlichen Bauwerke würden dagegen weder in der zweiten Bekanntmachung noch in den zweiten Ausschreibungsbedingungen genannt.

41 Die dem Königreich Spanien vorgeworfene Vertragsverletzung sieht die Kommission demnach darin, dass die spanischen Behörden nachträglich den Konzessionsgegenstand erweitert hätten, als sie Arbeiten an Iberpistas vergeben hätten, die nicht Gegenstand einer Bekanntmachung gewesen und außerhalb des geografischen Gebiets angesiedelt seien, das von dem Konzessionsgegenstand, wie veröffentlicht,

abgedeckt werde. Das begründe einen Verstoß gegen die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus den einschlägigen Bestimmungen der Art. 3 und 11 der Richtlinie 93/37.

42 Weder aus der Änderung des Konzessionsgegenstands in der zweiten Bekanntmachung und den zweiten Ausschreibungsbedingungen noch aus den Formulierungen von Klausel 5 Abs. 13 und 16 und Klausel 29 der zweiten Ausschreibungsbedingungen sei für einen angemessen informierten und sorgfältigen Bieter erkennbar gewesen, dass die zuständigen Behörden ihn tatsächlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert hätten, die in die Durchführung von Arbeiten wie den zusätzlichen Bauwerken hätten münden können. Andernfalls liefe das nämlich darauf hinaus, anzuerkennen, dass die Bieter Arbeiten an allen Straßen der Provinzen Madrid, Segovia und Ávila hätten vorschlagen können, weil die Arbeiten, die Gegenstand der Konzession gewesen seien, den Verkehr auf diesen Straßen hätten berühren können.

43 Der Umstand, dass die zusätzlichen Bauwerke nicht im Gegenstand der Konzession inbegriffen gewesen seien und dass ein durchschnittlich unterrichteter Bieter den Klauseln der Ausschreibungsbedingungen nicht habe entnehmen können, dass er Angebote für die Verwirklichung von Bauwerken solchen Umfangs habe abgeben können, habe allein Iberpistas bevorzugt, die bereits Konzessionär für den mautpflichtigen Abschnitt der A-6 gewesen sei und die tatsächlichen Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers gekannt habe. Dagegen hätten weder die Mitbewerber noch die potenziellen Bieter alle Gesichtspunkte kennen können, die bei der Vergabe der Konzession berücksichtigt würden, was einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter darstelle.

44 Das Königreich Spanien macht erstens geltend, die Ausschreibung habe sich, wie aus den zweiten Ausschreibungsbedingungen hervorgehe, nicht nur nach diesen gerichtet, sondern auch nach der gesamten auf die Ausschreibungsverfahren anwendbaren Regelung, d. h. nach dem Autobahngesetz und den mit dem Dekret 215/1973 vom 25. Januar 1973 genehmigten Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen. Ziel dieser Regelung sei es aber, in Kohärenz mit der Umsetzung des oben genannten

Autobahnplans einen großen Freiraum für Initiativen der privaten Unternehmen sowohl bei der Abgabe ihrer Angebote als auch bei der Durchführung ihrer Tätigkeiten nach der Auftragsvergabe zu lassen.

45 Dieser Ansatz sei im Übrigen auch, ohne dass dies zu Schwierigkeiten geführt habe, bei der Vergabe von Konzessionen für den Bau anderer Autobahnen in Spanien verfolgt worden und finde außerdem Bestätigung in Art. 8 des Autobahngesetzes, nach dem die Bieter zusätzliche Arbeiten entweder im Einflussbereich der Autobahnen gemäß der Definition dieses Begriffs im nationalen Recht oder außerhalb dieses Bereichs vorschlagen könnten.

46 Im vorliegenden Fall würden in den zweiten Ausschreibungsbedingungen bestimmte Bauvorhaben nicht mehr ausdrücklich erwähnt. Mit dieser Änderung sei bezweckt worden, es der Initiative und der Kreativität der privaten Unternehmer zu überlassen, den Vergabebehörden die Verwirklichung von Bauwerken vorzuschlagen, die sich zur Lösung der Verkehrsprobleme auf der A-6, insbesondere nach dem Bau der neuen Verbindungen mit Ávila und Segovia, eigneten. Der Bau dieser beiden neuen Autobahnen habe nämlich die Verkehrssituation auf der betreffenden Strecke verschärft. Der Vorschlag zur Lösung dieses Problems sei in die Initiative der Bieter gestellt worden, wie auch aus der Formulierung der Klausel 5 Abs. 13 und 16 sowie der Klauseln 29 und 33 der zweiten Ausschreibungsbedingungen hervorgehe.

47 Zweitens macht das Königreich Spanien geltend, jedenfalls könne im vorliegenden Fall keine Rede von einer Verletzung der Bekanntmachungspflichten in Bezug auf die Vergabe der zusätzlichen Bauwerke sein. Iberpistas habe nämlich diese zusätzlichen Arbeiten nicht selbst ausgeführt, sondern sie gemäß den nach der Richtlinie 93/37 und der spanischen Regelung vorgeschriebenen Bekanntmachungs- und Wettbewerbsanforderungen ausgeschrieben und an Drittunternehmen weiter vergeben.

Diese zusätzlichen Arbeiten seien also von Drittunternehmen, die vom Konzessionär Iberpistas unabhängig seien, ausgeführt worden.

48 Drittens weist das Königreich Spanien darauf hin, dass die Beschwerden bei der Kommission weder von nicht ausgewählten Bietern noch von Dritten, die von der Vergabe der streitigen Konzession tatsächlich oder potenziell betroffen seien, eingereicht worden seien, sondern von Personen und Einrichtungen, die keinerlei Fachbezug zu dieser Konzession hätten. Diese Beschwerdeführer hätten kein irgendwie geartetes Interesse an der ordnungsgemäßen Anwendung der Wettbewerbsvorschriften, sondern seien von anderen Motiven geleitet. Alle Einrichtungen, die sich am Verfahren hätten beteiligen wollen, hätten über dieselben Informationen verfügt, und weder irgendein Bieter noch ein tatsächlich oder potenziell Betroffener habe das Ergebnis des Verfahrens mit einer Beschwerde, einem Widerspruch oder einer Klage angefochten. Der Gleichbehandlung sei somit Genüge getan worden.

49 Viertens bringt das Königreich Spanien vor, dieselben Beschwerdeführer hätten, bevor sie sich an die Kommission gewandt hätten, zwei Klagen gegen das umstrittene Verfahren beim Tribunal Supremo, dem höchsten spanischen Gericht, erhoben, das am besten in der Lage sei, sich zu der im vorliegenden Fall aufgeworfenen Tatsachenfrage zu äußern, welches die Gründe für die mit der zweiten Vergabebekanntmachung vorgenommene Änderung seien. Das Tribunal Supremo habe diese Klagen aber mit zwei Urteilen vom 11. Februar und 4. Oktober 2003 abgewiesen, in denen es die Vergabe der streitigen Konzession auch im Licht des Gemeinschaftsrechts geprüft und festgestellt habe, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot beachtet worden seien.

Würdigung durch den Gerichtshof

50 Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass zwar die Kommission dem Königreich Spanien einen Verstoß gegen die Art. 3 und 11 Abs. 3, 6, 7, 11 und 12 der Richtlinie 93/37 zur Last legt, aber weder den Umstand, dass eine Vergabebekanntmachung veröffentlicht wurde, in Abrede stellt, noch den Zeitpunkt und die Modalitäten dieser

Veröffentlichung, wie sie in Art. 11 Abs. 7, 11 und 12 dieser Richtlinie vorgesehen sind, beanstandet. Außerdem ergibt sich aus der Klageschrift der Kommission, dass sich ihre Klage, was Art. 3 der genannten Richtlinie betrifft, nur auf dessen Abs. 1 bezieht.

51 Unter diesen Umständen ist die Klage der Kommission nur im Hinblick auf die Art. 3 Abs. 1 und 11 Abs. 3 und 6 der Richtlinie 93/37 zu prüfen.

52 Unstreitig ist insoweit, dass der in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehende Vorgang eine „öffentliche Baukonzession" im Sinne von Art. 1 Buchst. d der Richtlinie 93/37 darstellt. Nach dieser Bestimmung sind öffentliche Baukonzessionen Verträge, die von den Verträgen über öffentliche Bauaufträge nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Arbeiten ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

53 Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/37 finden, wenn die öffentlichen Auftraggeber öffentliche Baukonzessionsverträge abschließen, u. a. die in Art. 11 Abs. 3 und 6 dieser Richtlinie enthaltenen Bekanntmachungsvorschriften Anwendung, wenn der Auftragswert 5 000 000 ECU oder mehr beträgt.

54 Art. 11 Abs. 3 derselben Richtlinie schreibt vor, dass öffentliche Auftraggeber, die eine öffentliche Baukonzession vergeben wollen, ihre Absicht in einer Bekanntmachung mitteilen. Diese Bekanntmachung muss nach Art. 11 Abs. 6 der Richtlinie 93/37 nach

dem in deren Anhang V enthaltenen Muster erstellt werden und die dort verlangten Auskünfte enthalten.

55 Zu den Auskünften, die die Bekanntmachung enthalten muss, gehören nach Abschnitt II („Auftragsgegenstand“) dieses Anhangs V der Hauptgegenstand und die ergänzenden Gegenstände des Auftrags, die Beschreibung und der Ort der Ausführung der Arbeiten, auf die sich die Konzession bezieht, sowie die Menge und der Gesamtumfang der Arbeiten.

56 Diese Bekanntmachungspflicht stellt durch die Möglichkeit des Angebotsvergleichs, die sie mit sich bringt, ein Wettbewerbsniveau sicher, das vom Gesetzgeber der Europäischen Union als im Bereich der öffentlichen Baukonzessionen ausreichend angesehen wird.

57 Sie ist in diesem Bereich Ausdruck des Gleichbehandlungs- und des Transparenzgrundsatzes, die von den öffentlichen Auftraggebern unter allen Umständen zu beachten sind.

58 Mit der klaren Formulierung des Wortlauts der Bekanntmachung muss jedem potenziellen Bieter, der normal informiert und erfahren sowie angemessen sorgfältig ist, objektiv die Möglichkeit verschafft werden, sich eine konkrete Vorstellung von den Arbeiten und dem Ort ihrer Ausführung zu machen und daraufhin sein Angebot zu erstellen.

59 Die Wichtigkeit der Bekanntmachung sowohl bei öffentlichen Bauaufträgen als auch bei öffentlichen Baukonzessionen im Hinblick auf die Unterrichtung der Bieter aus den verschiedenen Mitgliedstaaten unter Bedingungen, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung tragen, wird in Art. 11 Abs. 11 der Richtlinie 93/37 betont, nach

dem etwaige Veröffentlichungen von Informationen auf nationaler Ebene nur die im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlichten Angaben enthalten dürfen.

60 Da allerdings in dem Muster für die Bekanntmachung der Vergabe einer Konzession nach Anhang V der Richtlinie 93/37 nur ein begrenzter Raum zur Verfügung steht, können die Informationen über eine Konzession in den Verdingungsunterlagen, die die Vergabebehörde erstellen muss und die die natürliche Ergänzung der Bekanntmachung darstellen, näher ausgeführt werden.

61 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die zusätzlichen Bauwerke, auf die sich die Beanstandungen der Kommission beziehen und deren Wert die Schwelle des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/37 ganz beträchtlich überschreitet, nicht unter dem Gegenstand der fraglichen Konzession, wie er in der zweiten Bekanntmachung und den zweiten Ausschreibungsbedingungen definiert ist, aufgeführt waren.

62 Das Königreich Spanien macht jedoch geltend, die zweiten Ausschreibungsbedingungen seien dahin zu verstehen gewesen, dass sie auf die für Ausschreibungsverfahren allgemein geltende Grundregelung, insbesondere auf das Autobahngesetz, verwiesen hätten, und sie hätten im Licht dieser Regelung ausgelegt werden müssen, deren Ziel es sei, einen großen Freiraum für die Initiative der Bieter zu lassen. Die Bieter hätten somit im Licht von Art. 8 des Autobahngesetzes verstehen müssen, dass die Vergabebehörde in Wirklichkeit zu Initiative und Kreativität ihrerseits zur Lösung des entscheidenden Problems, nämlich des hohen Verkehrsaufkommens auf der A-6, aufgerufen habe. Dieses Problem sei bekannt gewesen und aus den Statistiken der zuständigen nationalen Behörden eindeutig erkennbar. Somit sei mit gesundem Menschenverstand erkennbar gewesen, dass die Vergabebehörde entsprechende Vorschläge erwartet habe. Diese Erwartung finde übrigens Bestätigung

in dem Umstand, dass bestimmte Bauwerke in den zweiten Ausschreibungsbedingungen nicht mehr erwähnt worden seien, um mehr Platz für Initiativen der Bieter einzuräumen, und in der Formulierung von Klausel 5 Abs. 13 und 16 und Klausel 29 der zweiten Ausschreibungsbedingungen.

63 Dieses Vorbringen ist zurückzuweisen.

64 Es ist in der Tat für die Zwecke der Verdeutlichung der Anforderungen im Zusammenhang mit einer Konzession manchmal unvermeidlich, dass die Vergabebekanntmachung oder die Verdingungsunterlagen auf die nationale Regelung über technische Spezifikationen in den Bereichen Sicherheit, Gesundheit und Umweltschutz oder über anders geartete Anforderungen verweisen. Mit dieser Verweismöglichkeit kann sich die Vergabebehörde jedoch nicht den Bekanntmachungspflichten nach der Richtlinie 93/37 entziehen, nach denen der Gegenstand der jeweiligen Konzession in der Vergabebekanntmachung und in den Verdingungsunterlagen, die die oben in Randnr. 55 genannten Informationen enthalten müssen, definiert sein muss. Auch kann nicht zugestanden werden, dass die Erkennbarkeit des wahren Gegenstands einer Konzession eine Auslegung der Vergabebekanntmachung oder der Verdingungsunterlagen im Licht einer solchen Regelung voraussetzt.

65 Dieses Erfordernis ist eng auszulegen. So hat der Gerichtshof im Rahmen eines öffentlichen Bauauftrags die Rechtmäßigkeit eines Verweises in den Verdingungsunterlagen auf die nationalen Rechtsvorschriften betreffend die Möglichkeit für die Bieter, in ihren Angeboten Änderungsvorschläge vorzulegen, nach Art. 19 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 93/37 verneint, da in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen an solche Änderungsvorschläge nicht erläutert waren (vgl. Urteil vom 16. Oktober 2003, Traunfellner, C-421/01, Slg. 2003, I-11941, Randnrn. 27 bis 29). Da es dabei um eine Verpflichtung zur Transparenz geht, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten soll, der bei jedem von der Richtlinie

93/37 erfassten Auftragsvergabeverfahren einzuhalten ist, gilt diese Schlussfolgerung des Gerichtshofs auch auf dem Gebiet der öffentlichen Baukonzessionen.

66 Hinzuzufügen ist auch, dass die Vergabebehörde in Anbetracht etwaiger Besonderheiten von Arbeiten, die Gegenstand einer Konzession sind, einen gewissen Spielraum für Initiativen der Bieter bei der Formulierung ihrer Angebote lassen kann.

67 Klausel 5 Abs. 13 und 16 und Klausel 29 der zweiten Ausschreibungsbedingungen, die an die Stelle der ersten getreten sind, können jedoch nicht so verstanden werden, dass damit die Bieter aufgerufen wurden, aus eigener Initiative andere Arbeiten als Alternativen für die in der zweiten Bekanntmachung klar identifizierten Arbeiten vorzuschlagen. Klausel 5 Abs. 13 nennt nämlich insbesondere nicht den Ort der Maßnahmen, die zu ergreifen sind, um die etwaige Verkehrszunahme zu verringern, die durch die Ausführung der in der zweiten Bekanntmachung genannten Arbeiten verursacht wird. Außerdem werden die Bieter in Klausel 5 Abs. 16 nur aufgefordert, Maßnahmen für eine angemessene „Regelung" des Fernverkehrs in den — nicht näher bestimmten — Gebieten vorzuschlagen, „die vom Bau der von der Konzession umfassten Straßen betroffen sind". Ferner bezieht sich Klausel 29 in nicht hinreichend genauer Weise auf Maßnahmen, die hinsichtlich der Verbindungen des mautpflichtigen Abschnitts der A-6 mit Ávila und Segovia zu ergreifen sind.

68 Es ist festzustellen, dass sich die Initiative und die Alternativangebote der Bieter, die die spanische Regierung aufgrund dessen erwartet hätte, dass die zweiten Ausschreibungsbedingungen die ersten „aus technischen Gründen" und „um den Ausschreibungsgegenstand neu zu bestimmen" ersetzten, abgesehen davon, dass sie von einem normal unterrichteten und sorgfältigen Bieter nicht in dem vom Königreich Spanien geltend gemachten Sinn aufgefasst werden konnten, nicht auf den Gegenstand der streitigen Konzession beziehen, sondern vielmehr einem Anliegen der allgemeinen Verkehrspolitik in dem betroffenen Mitgliedstaat entsprechen. Damit hätte es den Bietern, wie von der Kommission zu Recht betont, auf der Grundlage eines solchen Verständnisses freigestanden, die Verwirklichung von Bauwerken im gesamten

Gebiet der Autonomen Region Madrid und der Provinzen Ávila und Segovia unbegrenzt vorzuschlagen.

69 Auch die etwaige Bekanntheit eines auf nationaler Ebene bestehenden Problems — von dem nicht angenommen werden kann, dass es von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen potenziellen Bietern zwangsläufig als solches wahrgenommen wird — kann von den Bietern nicht als implizites Kriterium für die Bestimmung des Konzessionsgegenstands berücksichtigt werden und sich so auf die Bedeutung auswirken, die die Unionsregelung der Vergabebekanntmachung und den Verdingungsunterlagen beimisst.

70 Jedenfalls stünde es, selbst wenn man annähme, dass alle Bieter dieselbe Wahrnehmung von ihrer Inititativfreiheit hätten, nicht im Einklang mit der Richtlinie 93/37, außerhalb jeder Transparenz eine öffentliche Baukonzession zu vergeben, die sogenannte „zusätzliche" Arbeiten enthält, die selbst „öffentliche Bauaufträge" im Sinne dieser Richtlinie darstellten und deren Wert über die darin vorgesehene Schwelle hinausginge.

71 Andernfalls würde dies bedeuten, dass diese sogenannten „zusätzlichen" Arbeiten der Bekanntmachungspflicht und damit jedem Wettbewerb entzogen wären. Da die Bieter, die von ihrer Initiativmöglichkeit Gebrauch machen, völlig frei wären, Angebote abzugeben, in denen sie die Art, den Umfang und den geografischen Ort der beabsichtigten Arbeiten in Unabhängigkeit und ohne die Notwendigkeit, sich an einem vorgegebenen Ziel auszurichten, bestimmten, wäre eine Vergleichbarkeit ihrer Angebote nicht gegeben.

72 Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass sich das Königreich Spanien auch nicht auf Art. 61 der Richtlinie 2004/18 berufen kann. Denn abgesehen davon, dass diese Richtlinie zeitlich auf die vorliegende Rechtssache nicht anwendbar ist, stellen die

streitigen zusätzlichen Bauwerke keine „zusätzliche[n] Arbeiten, die [nicht] im ursprünglichen Konzessionsentwurf … vorgesehen“ und wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung der Bauleistungen in der beschriebenen Form erforderlich geworden sind, im Sinne dieser Vorschrift dar.

73 Die Vorgehensweise des Königreichs Spanien im vorliegenden Fall kann auch nicht mit Punkt 3.1.1. der oben genannten Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt werden. Diese Mitteilung betrifft nämlich nur die Fälle, in denen die Vergabebehörde in Ermangelung der Möglichkeit, die technischen Erfordernisse hinreichend präzise zu beschreiben, alternative Angebote einholen möchte, mit denen ein allgemein formuliertes Problem gelöst werden soll, was hier nicht der Fall ist.

74 Im Ergebnis sind somit die zusätzlichen Bauwerke an Iberpistas vergeben worden, obwohl sie vom Gegenstand der in Rede stehenden Konzession, wie er in der zweiten Bekanntmachung und den zweiten Ausschreibungsbedingungen beschrieben wird, nicht umfasst wurden, was einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 sowie Art. 11 Abs. 3 und 6 der Richtlinie 93/37 in Verbindung mit deren Anhang V darstellt.

75 Wie aus Randnr. 57 dieses Urteils hervorgeht, sind die Bestimmungen der Richtlinie 93/37, die eine angemessene Bekanntmachung verlangen, Ausdruck des Gleichbehandlungs- und des Transparenzgrundsatzes. Deshalb braucht die Frage, ob ein Verstoß gegen diese Grundsätze vorliegt, nicht gesondert geprüft zu werden.

76 An dem oben in Randnr. 74 festgehaltenen Ergebnis kann auch das Vorbringen des Königreichs Spanien nichts ändern, dass Iberpistas die zusätzlichen Arbeiten nicht selbst ausgeführt, sondern im Einklang mit den Bekanntmachungsanforderungen des

Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 93/37 an Drittunternehmen vergeben habe. Wie nämlich die Kommission zu Recht betont, treffen die Vergabebehörde und den Konzessionär nach Art. 3 dieser Richtlinie klar kumulative und nicht alternative Bekanntmachungspflichten, die von beiden in allen Verfahrensstadien zu beachten sind, damit die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmung gewahrt bleibt.

77 Ebenso geht das Vorbringen des Königreichs Spanien ins Leere, dass die Kommission die Einleitung des vorliegenden Vertragsverletzungsverfahrens auf Beschwerden hin beschlossen habe, die von Personen ohne Bezug zu dem umstrittenen Verfahren und nicht von anderen Bietern mit einem tatsächlichen oder potenziellen Interesse an dem Zuschlag für die fragliche Konzession eingereicht worden seien.

78 Nach ständiger Rechtsprechung ist es nämlich Sache der Kommission, zu beurteilen, ob ein Einschreiten gegen einen Mitgliedstaat zweckmäßig ist, die ihrer Ansicht nach verletzten Bestimmungen zu benennen und den Zeitpunkt für die Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens zu wählen, wobei die Erwägungen, die für diese Wahl bestimmend sind, die Zulässigkeit der Klage nicht beeinflussen. In diesem Sinne prüft der Gerichtshof — während allein die Kommission die Zweckmäßigkeit der Einreichung und Aufrechterhaltung einer Vertragsverletzungsklage beurteilt —, ob die gerügte Vertragsverletzung vorliegt, ohne dass er über die Ausübung des Ermessens durch die Kommission zu entscheiden hätte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. Dezember 2005, Kommission/Luxemburg, C-33/04, Slg. 2005, I-10629, Randnrn. 65 bis 67 und die dort angeführte Rechtsprechung). Im Übrigen hat der Umstand, dass andere, konkurrierende Bieter das Verfahren zur Vergabe der streitigen Konzession nicht angefochten haben, keine Auswirkung auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit dieses Verfahrens und auf die Begründetheit der vorliegenden Klage.

79 Ferner ist festzustellen, dass für die Entscheidung in der vorliegenden Rechtssache auch das Vorbringen unerheblich ist, dass das mit Klagen gegen die Entscheidung

der Vergabebehörde befasste Tribunal Supremo in zwei Urteilen zu dem Ergebnis gelangt sei, dass es weder einen Verstoß gegen die Richtlinie 93/37 noch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gegeben habe, und dazu eine in die Zuständigkeit des nationalen Gerichts fallende Tatsachenwürdigung in Bezug auf die Klauseln der zweiten Ausschreibungsbedingungen vorgenommen habe.

80 Es kann nämlich keine Auswirkungen auf die Zulässigkeit oder die Begründetheit einer Vertragsverletzungsklage der Kommission haben, wenn gegen die Entscheidung einer zuständigen Behörde, um die es bei der Vertragsverletzungsklage geht, eine Klage bei einem nationalen Gericht erhoben wurde und dieses Gericht darüber befunden hat. Denn die Existenz von Rechtsbehelfen zu den nationalen Gerichten kann die Erhebung einer Klage nach Art. 226 EG nicht beeinträchtigen, da beide Verfahren unterschiedlichen Zwecken dienen und andere Wirkungen haben (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 17. Februar 1970, Kommission/Italien, 31/69, Slg. 1970, 25, Randnr. 9, vom 18. März 1986, Kommission/Belgien, 85/85, Slg. 1986, 1149, Randnr. 24, vom 10. Juni 2004, Kommission/Italien, C-87/02, Slg. 2004, I-5975, Randnr. 39, und vom 4. Mai 2006, Kommission/Vereinigtes Königreich, C-508/03, Slg. 2006, I-3969, Randnr. 71).

81 Nach alledem ist festzustellen, dass das Königreich Spanien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 3 Abs. 1 sowie Art. 11 Abs. 3 und 6 der Richtlinie 93/37 in Verbindung mit deren Anhang V verstoßen hat, dass es am 5. November 1999

— den Bau eines dritten Fahrstreifens in beiden Fahrtrichtungen auf dem zwischen der Stadt Villalba und der Anschlussstelle Valle de los Caídos gelegenen Teilstück des mautpflichtigen Abschnitts der A-6,

— den Bau eines in beide Fahrtrichtungen benutzbaren dritten Fahrstreifens auf dem zwischen der Anschlussstelle Valle de los Caídos und der Stadt San Rafael gelegenen Teilstück des mautpflichtigen Abschnitts der A-6 einschließlich des Baus eines neuen Tunnels und

— den Bau eines vierten Fahrstreifens in beiden Fahrtrichtungen auf dem zwischen den Städten Madrid und Villalba gelegenen mautfreien Abschnitt der A-6

an Iberpistas vergeben hat, ohne dass diese Bauwerke unter dem Auftragsgegenstand der öffentlichen Baukonzession, wie er in der im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlichten Vergabebekanntmachung und in den Ausschreibungsbedingungen beschrieben war, genannt worden wären.

82 Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Kosten

83 Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission die Verurteilung des Königreichs Spanien beantragt hat und dieses mit seinem Vorbringen im Wesentlichen unterlegen ist, sind ihm die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Vierte Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

1. Das Königreich Spanien hat dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 3 Abs. 1 sowie Art. 11 Abs. 3 und 6 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge in Verbindung mit Anhang V dieser Richtlinie verstoßen, dass es am 5. November 1999

— den Bau eines dritten Fahrstreifens in beiden Fahrtrichtungen auf dem zwischen der Stadt Villalba und der Anschlussstelle Valle de los Caídos gelegenen Teilstück des mautpflichtigen Abschnitts der Autobahn A-6,

— den Bau eines in beide Fahrtrichtungen benutzbaren dritten Fahrstreifens auf dem zwischen der Anschlussstelle Valle de los Caídos und der Stadt San Rafael gelegenen Teilstück des mautpflichtigen Abschnitts der Autobahn A-6 einschließlich des Baus eines neuen Tunnels und

— den Bau eines vierten Fahrstreifens in beiden Fahrtrichtungen auf dem zwischen den Städten Madrid und Villalba gelegenen mautfreien Abschnitt der Autobahn A-6

an die Ibérica de Autopistas SA vergeben hat, ohne dass diese Bauwerke unter dem Auftragsgegenstand der öffentlichen Baukonzession, wie er in der im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlichten Vergabebekanntmachung und in den Ausschreibungsbedingungen beschrieben war, genannt worden wären.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Das Königreich Spanien trägt die Kosten.

Unterschriften