# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JÁN MAZÁK

vom 22. September 2009 [1]

1. Mit der vorliegenden Klage nach Art. 226 EG beantragt die Kommission die Feststellung des Gerichtshofs, dass die Französische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 2, 28 und 31 der Richtlinie 2004/18/EG verstoßen hat, dass sie die Art. 73 und 74 Abs. IV des Code des marchés publics [2] („angefochtene Bestimmungen") verabschiedet und in Kraft gelassen hat, soweit diese Bestimmungen ein Verfahren zur Vergabe von sogenannten *marchés de définition* [3] vorsehen, dem zufolge ein öffentlicher Auftraggeber einen späteren *marché d'exécution* (einen öffentlichen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag) an einen der Zuschlagsempfänger der vorausgegangenen *marchés de définition* ohne neue Ausschreibung oder allenfalls aufgrund einer auf diese Zuschlagsempfänger beschränkten Ausschreibung vergeben kann. [4]

## I — Rechtlicher Rahmen

### A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Art. 2 der Richtlinie bestimmt unter der Überschrift „Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen" Folgendes: „Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor."

3. Art. 28 der Richtlinie sieht unter der Überschrift „Anwendung des offenen und des nichtoffenen Verfahrens, des Verhandlungsverfahrens und des wettbewerblichen Dialogs" vor:

„Für die Vergabe ihrer öffentlichen Aufträge wenden die öffentlichen Auftraggeber die einzelstaatlichen Verfahren in einer für die Zwecke dieser Richtlinie angepassten Form an.

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Gesetz über öffentliche Aufträge, verabschiedet mit Dekret Nr. 2006-975 vom 1. August 2006 (Amtsblatt der Französischen Republik Nr. 179 vom 4. August 2006, S. 11627) und in Kraft getreten am 1. September 2006 („CMP 2006").

3 — Dabei handelt es sich um öffentliche Aufträge zur Festlegung der Vorgaben einschließlich des Zwecks eines öffentlichen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrags, die auch als „Aufträge für den Entwurf von Lösungen" oder „Aufträge zur Projektdefinition" bezeichnet werden. Zu beachten ist, dass es hier nur um ein Verfahren mit mehreren *marchés de définition* geht — das anwendbar ist, wenn die Voraussetzungen des Art. 73 Abs. 3 CMP 2006 erfüllt sind — und nicht um ein Verfahren, bei dem ein einziger *marché de définition* vergeben wird.

4 — 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) (im Folgenden: Richtlinie oder Richtlinie 2004/18).

Sie vergeben diese Aufträge im Wege des offenen oder des nichtoffenen Verfahrens. Unter den besonderen in Artikel 29 ausdrücklich genannten Umständen können die öffentlichen Auftraggeber ihre öffentlichen Aufträge im Wege des wettbewerblichen Dialogs vergeben. In den Fällen und unter den Umständen, die in den Artikeln 30 und 31 ausdrücklich genannt sind, können sie auf ein Verhandlungsverfahren mit oder ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung zurückgreifen."

4. Die Mitgliedstaaten hatten die zur Umsetzung der Richtlinie erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften spätestens bis zum 31. Januar 2006 zu erlassen.

B — *Nationales Recht*

5. Das CMP 2006, das am 1. September 2006 in Kraft trat, sieht unter anderem Folgendes vor:

„Art. 73

Wenn der öffentliche Auftraggeber die zu erreichenden Ziele und zu erbringenden Leistungen, die einzusetzenden technischen Verfahren und die erforderlichen personellen und sachlichen Mittel nicht genauer bestimmen kann, kann er auf die *marchés de définition* zurückgreifen.

Diese Aufträge haben den Zweck, Möglichkeiten und Bedingungen für die Ausschreibung eines späteren Auftrags zu ermitteln, gegebenenfalls durch die Erstellung eines Modells oder durch eine Vorführung. Sie sollen auch erlauben, die Höhe der Preise der Leistungen und die Modalitäten seiner Berechnung zu beurteilen sowie die verschiedenen Leistungsabschnitte festzulegen.

Im Rahmen eines einheitlichen Verfahrens werden die Leistungen, die im Anschluss an mehrere gleichzeitig ausgeführte *marchés de définition* mit demselben Gegenstand zu erbringen sind, nach einer auf die Auftragnehmer der *marchés de définition* beschränkten Ausschreibung gemäß folgenden Bestimmungen vergeben:

1° Die öffentliche Ausschreibung legt den Gegenstand der gleichzeitig vergebenen *marchés de définition* sowie den Gegenstand des anschließenden *marché d'exécution* fest;

2° die öffentliche Ausschreibung legt die Auswahlkriterien für Bewerbungen fest.

Diese Kriterien berücksichtigen die von den Kandidaten sowohl für die *marchés de définition* als auch für den anschließenden *marché d'exécution* verlangten Fähigkeiten und Kompetenzen;

3° die öffentliche Ausschreibung legt die Zuschlagskriterien für die gleichzeitig vergebenen *marchés de définition* und die Zuschlagskriterien für den anschließenden *marché d'exécution* fest;

4° der Wert der Leistungen, der mit den Schwellenwerten zu vergleichen ist, umfasst die Kosten der Projektdefinition und den geschätzten Wert des Ausführungsauftrags;

5° die Zahl der gleichzeitig im Rahmen dieses Verfahrens vergebenen *marchés de définition* darf nicht unter drei liegen, sofern es eine ausreichende Zahl von Bewerbern gibt.

Der Auftrag oder die Rahmenvereinbarung wird vom Vergabeausschuss für Gebietskörperschaften oder nach Stellungnahme des Vergabeausschusses für den Staat, die öffentlichen Gesundheitseinrichtungen und die öffentlichen sozialen bzw. medizinisch-sozialen Einrichtungen erteilt."

„Art. 74

…

IV. Im Rahmen eines einheitlichen Verfahrens kann der Auftrag oder die Rahmenvereinbarung zur Durchführung des Projekts im Anschluss an mehrere gleichzeitig ausgeführte *marchés de définition* mit demselben Gegenstand und nach einer auf die Auftragnehmer der *marchés de définition* beschränkten Ausschreibung unter den im dritten Absatz des Art. 73 festgelegten Voraussetzungen vergeben werden.

…"

**II — Verfahren**

6. Am 18. Oktober 2004 übersandte die Kommission der Französischen Republik ein erstes Mahnschreiben und am 12. Dezember 2006 ein ergänzendes Mahnschreiben. Die Kommission hielt die Antworten der Französischen Republik für unzureichend und erließ deshalb am 27. Juni 2007 eine mit Gründen versehene Stellungnahme. Da sie der Ansicht war, dass die Vertragsverletzung fortdauere, und die Antworten immer noch für unzureichend hielt, beschloss sie, die vorliegende Klage zu erheben. Beide Parteien haben in der mündlichen Verhandlung vom 10. Juni 2009 ihre Standpunkte vorgetragen.

## III — Beurteilung

### A — *Hauptargumente der Parteien*

7. Die Kommission trägt vor, dass Frankreich die freihändige Auftragsvergabe oder die Vergabe mit eingeschränktem Wettbewerb in Fällen gestatte, die nicht in der Richtlinie vorgesehen seien. Es sei naturgemäß unmöglich, den Gegenstand und die Kriterien für die Vergabe eines öffentlichen Ausführungsauftrags präzise zu bestimmen, wenn das Vorhaben noch nicht festgelegt und die *marchés de définition* noch nicht ausgeführt seien. Der *marché de définition* und der *marché d'exécution* seien zwei ganz verschiedene Arten von öffentlichen Aufträgen, die nicht im Wege eines einheitlichen Verfahrens vergeben werden könnten. Das Verfahren zur Vergabe der *marchés de définition* falle weder unter den wettbewerblichen Dialog noch unter die Rahmenvereinbarung im Sinne der Art. 29 und 32 der Richtlinie und könne auch nicht als eine Sonderform des wettbewerblichen Dialogs angesehen werden.

8. Die französische Regierung trägt vor, dass die angefochtenen Bestimmungen mit der Richtlinie, die bloß der Koordinierung diene, nicht unvereinbar seien. Gegenstand und Kriterien des späteren *marché d'exécution* könnten sehr wohl im Zeitpunkt der Ausschreibung der *marchés de définition* festgelegt werden. Außerdem weist die französische Regierung darauf hin, dass in der Richtlinie zwei Verfahren vorgesehen seien, die dem französischen Verfahren für die Vergabe der *marchés de définition* ähnlich seien: die Rahmenvereinbarung und der wettbewerbliche Dialog. Der Gemeinschaftsgesetzgeber habe also selbst komplexe Verfahren geschaffen, in denen Aufträge auf zwei Stufen ausgeschrieben würden, wobei diese Regelung nicht abschließend sei.

### B — *Würdigung*

#### 1. Allgemeine Bemerkungen

9. Die Kommission argumentiert, dass die französische Regelung durch die Unterscheidung zwischen *marchés de définition* und *marchés d'exécution* und durch die unter bestimmten Voraussetzungen eingeräumte Möglichkeit, die letztgenannten Aufträge an einen der ursprünglichen Zuschlagsempfänger der *marchés de définition* ohne neue Ausschreibung oder allenfalls nach einer auf diese Zuschlagsempfänger beschränkten Ausschreibung zu vergeben, gegen die der Richtlinie immanenten grundlegenden Prinzipien der Gleichheit und der Transparenz verstoßen habe. Zu beachten ist hier aber, dass das Argument, die *marchés de définition* würden überhaupt nicht ausgeschrieben, offensichtlich den Wortlaut des CMP 2004 betrifft [5]. Somit werde ich das Vorbringen der Kommission so verstehen, dass es sich auf die angefochtenen Bestimmungen — nämlich das CMP 2006, das die Richtlinie in innerstaatliches Recht hat umsetzen sollen — bezieht, die Kommission also rügt, dass sich die Ausschreibung der *marchés d'exécution* nach diesen Bestimmungen nur auf die ursprünglichen Zuschlagsempfänger der *marchés de définition* beschränkt, und zwar in Fällen, die nicht in der Richtlinie vorgesehen sind.

5 — Gesetz über öffentliche Aufträge, verabschiedet mit Dekret 2004-15 vom 7. Januar 2004 (Amtsblatt der Französischen Republik Nr. 6 vom 8. Januar 2004, S. 703) („CMP 2004"), das durch das CMP 2006 ersetzt worden ist.

2. Zur abschließenden Regelung von Art. 28 der Richtlinie

10. Die Parteien haben in ihren Stellungnahmen ausführlich erörtert, ob die Liste der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in Art. 28 der Richtlinie ihrer Natur nach abschließend ist, denn die *marchés de définition* sind dort eindeutig nicht vorgesehen.

11. Dazu meint die französische Regierung, dass die Richtlinie nach ihrem dritten Erwägungsgrund und Art. 28 nicht alle besonderen nationalen Verfahren habe abschaffen wollen. Unter Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofs *CEI u. a.* [6] betreffend die Richtlinie 71/305/EWG [7] trägt die französische Regierung vor, dass es „den Mitgliedstaaten vorbehaltlich der Beachtung aller einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Verbote, die aus den vom Vertrag bekräftigten Grundsätzen auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs folgen, unbenommen [bleibt], materiellrechtliche oder verfahrensrechtliche Bestimmungen auf dem Gebiet der öffentlichen … [A]ufträge aufrechtzuerhalten oder zu erlassen“ [8].

12. Tatsächlich ergibt sich aus dem Titel der Richtlinie und aus ihrem zweiten und dritten Erwägungsgrund klar, dass ihr Ziel in der Koordinierung nationaler Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge besteht. Somit schafft sie kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht auf diesem Gebiet. Daraus folgt, dass es den Mitgliedstaaten im Rahmen der gemeinsamen Bestimmungen der Vergaberichtlinien vorbehaltlich der Beachtung aller einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts unbenommen bleibt, materiellrechtliche oder verfahrensrechtliche Bestimmungen auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge aufrechtzuerhalten oder zu erlassen. Aber auch wenn die Richtlinie die Vorschriften über die Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen nicht vollständig harmonisiert hat, bedeutet das nicht, dass einige ihrer Bestimmungen nicht als abschließende Regelung bestimmter Bereiche zu verstehen sind.

13. Erstens genügt der Hinweis, dass sich die französische Regierung nicht auf das Urteil *CEI u. a.* stützen kann, weil Art. 28 der Richtlinie 2004/18 wesentlich von Art. 2 der Richtlinie 71/305 abweicht — der Gemeinschaftsgesetzgeber fügte dem Art. 28 der Richtlinie einen völlig neuen zweiten Absatz hinzu, der für den vorliegenden Fall eine entscheidende Rolle spielt.

14. Zweitens sprechen einige überzeugende Gründe dafür, dass die Aufzählung der Verfahren in Art. 28 der Richtlinie als abschließend anzusehen ist. Ganz allgemein weist der Wortlaut dieses Absatzes nichts von dem auf, was gemeinhin als offene Aufzählung gilt. Im Gegenteil, dieser Absatz nennt nicht nur die zwei Standardverfahren, sondern auch zwei Ausnahmeverfahren und lässt somit keinen

6 — Urteil des Gerichtshofs vom 9. Juli 1987, CEI u. a. (verbundene Rechtssachen 27/86 bis 29/86, Slg. 1987, 3347).

7 — Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5).

8 — Urteil CEI u. a., in Fn. 6 angeführt, Randnr. 15. Vgl. auch Urteil des Gerichtshofs vom 20. September 1988, Beentjes (31/87, Slg. 1988, 4635, Randnr. 20). Die französische Regierung meint, dass diese Rechtsprechung auf die Richtlinie 2004/18 vor allem deswegen übertragen werden könne, weil der zweite Erwägungsgrund der Richtlinie 71/305 zum dritten Erwägungsgrund in der Richtlinie 2004/18 und der Art. 2 der Richtlinie 71/305 zu Art. 28 der Richtlinie 2004/18 geworden sei.

Raum, um im Wege der Auslegung die Liste von Verfahren um eine andere Art von Verfahren zu ergänzen. Auch enthält die Richtlinie insgesamt keine Bestimmung, die eine solche Ergänzung zuließe.

15. Wie ich unten erläutern werde, unterscheidet sich das Verfahren zur Vergabe von *marchés de définition* klar von den in der Richtlinie beschriebenen Verfahren und kann mit keiner Regelung der Richtlinie gleichgesetzt werden. Die französische Regierung hat in ihrer Klagebeantwortung und Gegenerwiderung denn auch ausdrücklich eingeräumt, dass die *marchés de définition* in der Richtlinie nicht aufgeführt seien.

16. Bei den in der Richtlinie geregelten Verfahren handelt es sich um folgende: Wie aus dem zweiten Absatz von Art. 28 der Richtlinie hervorgeht, hat der Gemeinschaftsgesetzgeber zwei Verfahren geschaffen, die in der Regel von den öffentlichen Auftraggebern zu befolgen sind, nämlich die offenen und die nichtoffenen Verfahren, die als allgemein übliches oder normales Verfahren bezeichnet werden können. Der als nächstes aufgeführte wettbewerbliche Dialog kann als Sonder- oder Ausnahmeverfahren gelten, dessen Durchführung und Voraussetzungen in Art. 29 der Richtlinie näher festgelegt werden [9]. Ebenso kann dem Verhandlungsverfahren, mit oder ohne Veröffentlichung der Bekanntmachung, dessen Voraussetzungen die Art. 30 und 31 der Richtlinie regeln, Sonder- oder Ausnahmecharakter zugesprochen werden [10].

17. Jedoch ist die französische Regierung der Meinung, dass die Richtlinie in Kapitel V unter der Überschrift „Verfahren" tatsächlich einige besondere Vergabeverfahren regele, die nicht in Art. 28 der Richtlinie genannt würden. Die französische Regierung verweist auf die Rahmenvereinbarungen, dynamischen Beschaffungssysteme und die öffentlichen Bauaufträge: besondere Regelungen für den sozialen Wohnungsbau. Diese werden jeweils in den Art. 32, 33 und 34 der Richtlinie geregelt.

18. Hierzu ist erstens zu sagen, dass die Rahmenvereinbarungen und die dynamischen Beschaffungssysteme besondere Vertragsformen oder Abwandlungen bestehender Verfahren sind. Es handelt sich dabei nicht um völlig neue Formen von Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge, die als solche in Art. 28 der Richtlinie geregelt sind. Außerdem geht aus dem Wortlaut der Art. 32 Abs. 2 und 33 Abs. 2 der Richtlinie hervor, dass die öffentlichen Auftraggeber die in Art. 28 der Richtlinie erwähnten Verfahrensvorschriften zu befolgen haben. Was zweitens die Regelungen für den sozialen Wohnungsbau anbelangt, so ergibt sich aus der Überschrift von

9 — Vgl. Trepte, P., *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, 2. Aufl., Oxford 2007, S. 427, Fn. 187.

10 — Diese Auslegung wird durch die travaux préparatoires für die Richtlinie untermauert. Zur Rechtfertigung des Wortlauts von Art. 28 der Richtlinie heißt es im Richtlinienvorschlag: „In einem neuen Absatz 2 wird der Grundsatz erläutert, nach dem die allgemein üblichen Verfahren das offene und das nichtoffene Verfahren sind. In einem neuen Absatz 3 [der vermutlich in Abs. 2 aufging] wird die Ausnahme erläutert, nach der der Auftraggeber nur in den in Artikel 29, 30 und 31 genannten Fällen und unter den dort beschriebenen Voraussetzungen auf das Verhandlungsverfahren zurückgreifen darf."

Art. 34 klar, dass es sich um „besondere Regelungen“ und nicht um Verfahrensregeln an und für sich handelt. Die Vorschrift stellt eher eine Ausnahme zu den Bestimmungen über das allgemeine Verfahren dar. Schon die Existenz von Art. 34 der Richtlinie und der darin enthaltenen Sonderregelungen spricht nämlich dafür, dass die Liste der Vergabeverfahren in Kapitel V der Richtlinie als abschließend anzusehen ist.

19. In diesem Zusammenhang sei am Rande erwähnt, dass die französische Regierung sich in ihren Schriftsätzen auch auf die Vorzüge und die *raison d'être* des Verfahrens zur Vergabe von *marchés de définition* insbesondere bei komplexen Aufträgen, bei denen die öffentlichen Auftraggeber „die zu erreichenden Ziele und zu erbringenden Leistungen, die einzusetzenden technischen Verfahren und die erforderlichen … Mittel nicht genauer bestimmen“ können [11], berufen hat. Aus den *travaux préparatoires* für die Richtlinie ist ersichtlich, dass sich der Gemeinschaftsgesetzgeber dieser Probleme bewusst war [12]. Aufgrund dessen ergänzte er die Reihe der Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge um ein neues Verfahren in Form des wettbewerblichen Dialogs, verzichtete aber auf die Aufnahme eines Verfahrens zur Vergabe von *marchés de définition* [13] .

20. Außerdem versucht die französische Regierung ihren Standpunkt auch mit dem Argument zu verteidigen, dass die *marchés de définition* als zwei in der Richtlinie geregelten Verfahren vergleichbar anzusehen seien, nämlich den Rahmenvereinbarungen und dem wettbewerblichen Dialog. Bei den Rahmenvereinbarungen könne die Ausschreibung in zwei Abschnitte unterteilt werden, wobei die Ausschreibung im zweiten Abschnitt auf die Zuschlagsempfänger des ersten Auftrags beschränkt sei und eine nähere Festlegung der Anforderungen des zweiten Auftrags ermögliche. Beim wettbewerblichen Dialog erlaubten die *marchés de définition* dem öffentlichen Auftraggeber, die Anforderungen eines Auftrags auszuarbeiten, für den die Auswahlkriterien zuvor festgelegt worden seien. Nach Ansicht der französischen Regierung hat der Gemeinschaftsgesetzgeber somit komplexe Verfahren geschaffen, in denen Aufträge in zwei Abschnitten ausgeschrieben würden, wobei diese Regelung aber nicht abschließend sei.

21. Dieser Argumentation kann kein Erfolg beschieden sein. Es reicht der Hinweis, dass die französische Regierung nicht bestreitet, dass das Vergabeverfahren für die *marchés de définition* weder unter den wettbewerblichen Dialog noch unter die Rahmenvereinbarung im Sinne der Art. 29 bzw. 32 der Richtlinie fällt. Wettbewerblicher Dialog und Rahmenvereinbarungen sind Vergabeformen, die besonderen Bestimmungen unterliegen. Im Bewusstsein ihrer Eigenheiten hat der Gemeinschaftsgesetzgeber Regelungen vorgesehen, die sicherstellen, dass die in Art. 2 der Richtlinie festgelegten Grundsätze gewahrt bleiben.

22. Für den Fall, dass die Aufzählung in Art. 28 der Richtlinie als abschließend ange-

11 — Vgl. Art. 73 CMP 2006.

12 — Im Richtlinienvorschlag heißt es auf S. 5 f., dass „in besonders komplexen … Märkten … die Auftraggeber zwar ihren Bedarf kennen, aber im vorhinein nicht die beste technische Lösung identifizieren können, um ihn zu decken. Daher erweist sich in solchen Fällen ein Gespräch zwischen Auftraggebern und Anbietern als notwendig. Die in den ‚klassischen' Richtlinien … vorgesehenen Vergabeverfahren lassen jedoch nur sehr wenig Spielraum für Diskussionen während des Vergabeverfahrens und werden damit für solche Fälle als allzu starr empfunden.“

13 — Einer der Gründe dafür könnte sein, dass die Aufnahme der *marchés de définition* nicht als notwendig erachtet wurde, da dieses Verfahren seiner Natur nach dem neuen wettbewerblichen Dialog ähnelt — der durch Art. 67 CMP 2006 als vollkommen eigenständiges Verfahren in französisches Recht umgesetzt worden ist —, der offensichtlich dieselben Fälle erfasst.

sehen wird, hat die französische Regierung hilfsweise vorgetragen, dass das Vergabeverfahren für die *marchés de définition* als eine Abwandlung des Verfahrens des wettbewerblichen Dialogs zu behandeln sei. Die französische Regierung hat dieses Argument offensichtlich zum ersten Mal in ihrer Klagebeantwortung „hilfsweise" vorgetragen. Zuvor hatte sie eher die gegenteilige Ansicht vertreten, dass die *marchés de définition* nicht unter das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs fielen und in der Richtlinie nicht geregelt seien. Im Rahmen dieser Ausführungen hat sie nämlich zahlreiche Unterschiede zwischen den beiden Verfahren aufgezeigt. Jedenfalls hilft dieses Argument der französischen Regierung meiner Ansicht nach nicht weiter. Es reicht der Hinweis, dass sich die beiden Verfahren in wichtigen Punkten voneinander unterscheiden, nicht zuletzt deswegen, weil der wettbewerbliche Dialog ein Verfahren zur Vergabe eines einzigen Auftrags ist, während das Vergabeverfahren für die *marchés de définition* die Vergabe zweier Aufträge betrifft, von denen der zweite aufgrund einer auf die Zuschlagsempfänger des ursprünglichen Auftrags beschränkten Ausschreibung vergeben wird.

3. Gleiche, nicht diskriminierende und transparente Behandlung von Wirtschaftsteilnehmern

23. Auch wenn man der Ansicht folgte, dass die in Art. 28 der Richtlinie aufgezählten Verfahren im Hinblick auf die Art und die Regelung des Verfahrens zur Vergabe von *marchés de definition* unter bestimmten Bedingungen angepasst werden könnten, ist jedoch festzuhalten, dass dieses Verfahren nicht nur nicht unter Art. 28 eingeordnet werden kann, sondern sogar den im zweiten Erwägungsgrund und in Art. 2 der Richtlinie erwähnten Prinzipien zuwiderläuft [14].

24. Entgegen dem Vorbringen der französischen Regierung vertritt die Kommission meines Erachtens zu Recht die Ansicht, dass es praktisch unmöglich sei, den Gegenstand und die Kriterien für die Vergabe eines öffentlichen Ausführungsauftrags (*marché d'exécution*) genau zu kennen, wenn das Vorhaben noch nicht bestimmt und die *marchés de définition* noch nicht ausgeführt worden sind. Die *marchés de définition* und der *marché d'exécution* sind zwei völlig verschiedene Arten von öffentlichen Aufträgen, was von der französischen Regierung offensichtlich auch nie bestritten wurde. Beide Aufträge haben jeweils ihren eigenen Gegenstand und ihre eigenen Vergabekriterien, weshalb beide den Vorgaben der Richtlinie genügen müssen und nicht in einem einheitlichen Verfahren vergeben werden können. In anderen Worten, da der *marché d'exécution* einen eigenen Gegenstand und eigene Vergabekriterien hat, ist er allgemein auszuschreiben und nicht bloß beschränkt auf die Zuschlagsempfänger der vorausgehenden *marchés de définition*.

14 — Mein Standpunkt wird offensichtlich von der französischen Lehre bestätigt. Siehe kürzlich z. B., P.-Y. Monjal, „Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d'inquiétude", *Revue du Droit de l'Union européenne*, Nr. 4, 2008, S. 729-738. Zur Rechtsprechung hinsichtlich der *marchés de définition* vgl. auch z. B. das Urteil des französischen Conseil d'État vom 3. März 2004, Nr. 258 272, in der Rechtssache „Société Mak System".

25. Der Gerichtshof stellte in der Rechtssache *Kommission/Frankreich (Le Mans)* [15] fest, dass „[d]ie französische Regierung … [vorträgt], durch die in der Bekanntmachung … vorgesehene Möglichkeit, den Auftrag für den zweiten Abschnitt an den Gewinner des Ideenwettbewerbs zu vergeben, werde der Auftraggeber von der Pflicht, vor der Vergabe erneut eine Bekanntmachung zu veröffentlichen, befreit". Der Gerichtshof erklärte, dass „diesem Vorbringen nicht gefolgt werden [kann]. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der verschiedenen Dienstleistungserbringer … und der sich daraus ergebende Grundsatz der Transparenz … *verlangen, dass für jeden Auftrag der Gegenstand und die Zuschlagskriterien eindeutig festgelegt sein müssen.*" [16]

26. Im selben Urteil fuhr der Gerichtshof fort: „Dies ist deshalb geboten, weil der Gegenstand eines Auftrags und die Kriterien für die Erteilung des Zuschlags maßgeblich sind für die Beurteilung, welches der in der Richtlinie vorgesehenen Verfahren anzuwenden ist und ob den mit dem so bestimmten Verfahren verbundenen Anforderungen genügt wurde." Der Gerichtshof kam zu folgendem Ergebnis: „[I]n der vorliegenden Rechtssache [steht] die bloße Möglichkeit, den Auftrag für den zweiten Abschnitt nach den Kriterien zu vergeben, die für einen anderen Auftrag, der den ersten Abschnitt betrifft, vorgesehen sind, nicht seiner Vergabe nach einem der in der Richtlinie vorgesehenen Verfahren gleich."

15 — Urteil des Gerichtshofs vom 14. Oktober 2004, Kommission/Frankreich (C-340/02, Slg. 2004, I-9845, auch „La Chauvinière"-Fall genannt, Randnrn. 33 bis 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).

16 — Hervorhebung nur hier.

27. Im vorliegenden Fall hat die französische Regierung in ihrer Klagebeantwortung vor dem Gerichtshof selbst eingeräumt, dass dieser im vorgenannten Urteil „über ein [den *marchés de définition*] vergleichbares Verfahren abschlägig entschieden habe". Meiner Meinung nach ist klar, dass die *marchés de définition* in der Regel nicht ermöglichen, den Gegenstand und die Auswahl- und Vergabekriterien des zweiten Auftrags (d. h. des *marché d'exécution*) von Anfang an hinreichend genau festzulegen, um den im vorgenannten Urteil dargelegten Erfordernissen gerecht zu werden. Der Grund dafür ist, dass das Ziel der vorausgehenden *marchés de définition* tatsächlich gerade darin besteht, den Gegenstand und die Vergabebedingungen des späteren *marché d'exécution* festzulegen.

28. Daher verstößt das Verfahren zur Vergabe von *marchés de definition* gemäß den angefochtenen Bestimmungen gegen den in Art. 2 der Richtlinie verankerten Grundsatz der Transparenz. Dieses Verfahren führt sowohl für die öffentlichen Auftraggeber als auch für die Wirtschaftsteilnehmer wegen des ihm immanenten Risikos von Rechtsstreitigkeiten zu einem Zustand der Rechtsunsicherheit.

29. Die französische Regierung widerspricht dem vorstehend in Nr. 27 aufgeführten Argument und trägt vor, dass das Ziel der *marchés de définition* nur sei, alle technischen Spezifikationen des späteren Auftrags und nicht seinen Gegenstand festzulegen. Es genügt jedoch ein Blick auf den Wortlaut des Art. 73 CMP 2006, um dies zu widerlegen: Sein zweiter Absatz bestimmt: „Diese Auf-

träge haben den Zweck, Möglichkeiten und Bedingungen für die Ausschreibung eines späteren Auftrags zu ermitteln, gegebenenfalls durch die Erstellung eines Modells oder durch eine Vorführung." Wenn es auch in bestimmten Fällen zutreffen mag, dass die *marchés de définition* bloß technische Spezifikationen festlegen, so gestattet es das in Rede stehende Verfahren faktisch mit Sicherheit, die Bedingungen für die Vergabe des *marché d'exécution* zu ergänzen oder sogar in ihrer Gesamtheit auszuarbeiten.

30. Des Weiteren betont die französische Regierung, dass es möglich sei, den Gegenstand und die Kriterien des späteren *marché d'exécution* im Zeitpunkt der Ausschreibung der *marchés de définition* festzulegen. So gebe es viele Fälle, in denen die Auswahlkriterien für Bewerbungen um einen *marché d'exécution* hinreichend unabhängig von den *marchés de définition* seien, um Ersteren bereits in der Phase der *marchés de définition* zu definieren. Im Rahmen ihrer Ausführungen vor dem Gerichtshof nannte die französische Regierung drei Beispiele für solche Fälle.

31. Jedenfalls ist darauf hinzuweisen, dass erstens die französische Regierung in der mündlichen Verhandlung zugegeben hat, dass tatsächlich sehr wohl Probleme auftauchen — es gibt eindeutig Fälle, in denen die *marchés de définition* nicht nur dazu dienen, technische Spezifikationen festzulegen, sondern vielmehr verwendet werden, um die Bedingungen für die Vergabe des *marché d'exécution* zu ergänzen oder auszuarbeiten. Die Kommission hat vor dem Gerichtshof drei Beispiele hierfür genannt. Meiner Ansicht nach hat die französische Regierung nicht den Beweis erbracht, dass die angefochtenen Bestimmungen in allen Fällen und jederzeit Transparenz und ausreichende Klarheit gewährleisten können, um den Gegenstand und die Zuschlagskriterien „[für den *marché d'exécution*] eindeutig [festzulegen]" [17]. Jedenfalls genügt eine bloß allgemeine Festlegung wie etwa „Urbane Entwicklung des Stadtbezirks X" — was dem Anschein nach oft die einzig mögliche Festlegung im Stadium der Ausschreibung der *marchés de définition* darstellt — meistens sicher nicht den Anforderungen, die der Gerichtshof in der Rechtssache *Kommission/Frankreich (Le Mans)* aufgestellt hat [18].

32. Meines Erachtens ist nicht zuletzt der Hinweis wichtig, dass das Verfahren zur Vergabe von *marchés de définition* auf einer schiefen Basis beruht. Obwohl der gesamte Tenor der Richtlinie dahin geht, dass die Förderung des Wettbewerbs zwischen Wirtschaftsteilnehmern zu schützen ist, richten sich die *marchés de définition* nur an eine bestimmte Art von Wirtschaftsteilnehmern — an jene und zwar nur an jene, die sowohl zum Entwurf als auch zur Durchführung befähigt sind. Seiner Natur nach trifft das Verfahren zur Vergabe von *marchés de définition* eine entsprechende Vorauswahl unter den potenziellen Wirtschaftsteilnehmern. Meines Erachtens widerspricht das dem Geist der

17 — Urteil Kommission/Frankreich (Le Mans), in Fn. 15 angeführt, Randnr. 34.

18 — Fundstelle in Fn. 15 angegeben. Vgl. Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, S. 448: „the current directives … contain no express requirement for precise specifications in open or restricted procedures. However, the transparency principle may imply such a requirement. For example, it is probably not acceptable simply to state a requirement for tenders for ‚a school' without giving a clear indication of, for example, the number of pupils and the main type of facilities required. Reasonable precision needs to be established at the latest at the time of invitation to tenders." [Die derzeitigen Richtlinien … verlangen nicht ausdrücklich genaue Spezifikationen in offenen oder nichtoffenen Verfahren. Jedoch kann der Grundsatz der Transparenz diese implizit verlangen. Beispielsweise ist es wahrscheinlich nicht zulässig, einfach einen Bedarf an Angeboten für ‚eine Schule' ohne klaren Hinweis z. B. auf die Zahl der Schüler und die hauptsächlich benötigte Infrastruktur anzumelden. Eine vernünftige Konkretisierung muss spätestens im Zeitpunkt der Ausschreibung erfolgen.]

Gemeinschaftsvorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Unabhängig davon, wie sich die *marchés de définition* in einem bestimmten Fall entwickeln, ist klar, dass das Verfahren immer zu einer naturgemäß eingeschränkten Ausschreibung führen wird.

33. Aus alledem folgt, dass die angefochtenen Bestimmungen die Vergabe von Aufträgen aufgrund einer beschränkten Ausschreibung in Fällen gestatten, die in der Richtlinie nicht vorgesehen sind, und durch keine der in der Richtlinie vorgesehenen Ausnahmen gerechtfertigt werden können.

## IV — Kosten

34. Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission einen entsprechenden Antrag gestellt hat und die Französische Republik mit ihrem Vorbringen im Wesentlichen unterlegen ist, sind ihr die Kosten aufzuerlegen.

## V — Ergebnis

35. Angesichts der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor:

— festzustellen, dass die Französische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 2, 28 und 31 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 verstoßen hat, dass sie die Art. 73 und 74 Abs. IV des Code des marchés publics (Gesetz über öffentliche Aufträge) durch Dekret Nr. 2006-975 vom 1. August 2006 verabschiedet und in Kraft gelassen hat, soweit diese Bestimmungen ein Verfahren zur Vergabe von *marchés de définition* (öffentlichen Aufträgen zur Festlegung der Vorgaben einschließlich des Zwecks eines öffentlichen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrags) vorsehen, dem zufolge ein öffentlicher Auftraggeber

einen öffentlichen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag an einen der Zuschlagsempfänger der vorausgegangenen *marchés de définition* aufgrund einer auf diese Zuschlagsempfänger beschränkten Ausschreibung vergeben kann;

— der Französischen Republik die Kosten aufzuerlegen.