SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CLAUS GULMANN

vom 30. Juni 1993 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Seit dem Jahre 1987 überprüfte die Kommission in Zusammenarbeit mit den spanischen Behörden die spanischen Rechtsvorschriften über die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber, um festzustellen, ob sie dem Gemeinschaftsrecht entsprechen. Diese Überprüfung führte zu dem vorliegenden Verfahren, das die Kommission mit Aufforderungsschreiben vom 19. Dezember 1990 einleitete und in dem sie beantragt, festzustellen, daß etwa dreißig spanische Vorschriften dem Gemeinschaftsrecht, und zwar den Artikeln 30 und 59 EWG-Vertrag sowie der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [1] und der Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge [2] widersprechen. Die Rechtssache betrifft die Richtlinien in ihrer ursprünglichen Fassung, d. h. ohne Berücksichtigung der wesentlichen Änderungen, die vom Rat hinsichtlich der Richtlinie 71/305 [3] im Jahre 1989 und hinsichtlich der Richtlinie 77/62 [4] im Jahre 1988 beschlossen wurden und die erst spätestens am 1. März 1992 in das spanische Recht umgesetzt sein sollten.

2. Die streitigen spanischen Bestimmungen sind in erster Linie im Gesetz über die öffentlichen Aufträge (Ley de Contratos del Estado, im folgenden: LCE) und in der allgemeinen Verordnung über die öffentlichen Aufträge (Reglamento General de Contratación del Estado, im folgenden: RGCE) enthalten. Das LCE und die RGCE regeln die allgemeinen Bestimmungen, die sowohl für die Vergabe von öffentlichen Bau- und Lieferaufträgen als auch für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen gelten und sich an die zentralen wie an die dezentralen öffentlichen Auftraggeber richten. Die Streitsache erstreckt sich auch auf andere inländische Vorschriften, die sich auf die öffentlichen Arbeiten und Beschaffungen auswirken können [5].

3. In ihrer Stellungnahme teilte die Kommission die spanischen Vorschriften, die nach ihrer Auffassung dem Gemeinschaftsrecht widersprechen, in fünf Hauptgruppen ein. Diese Gruppen sind folgende:

— Vorschriften, die die Anwendung der Rechtsvorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe ausschließen,

* Originalsprache: Dänisch.

1 — ABl. L 185, S. 5.

2 — ABl. 1977 L 13, S. 1.

3 — Richtlinie vom 18. Juli 1989 (89/440/EWG) (ABl. L 210, S. 1). Die Richtlinie 71/305 wurde zuletzt durch die Richtlinie vom 8. Februar 1993 (93/4/EWG) (ABl. L 38, S. 31) geändert.

4 — Richtlinie vom 22. März 1988 (88/295/EWG) (ABl. L 127, S. 1).

5 — Es handelt sich insbesondere um das Real Decreto Legislativo 781/1986 vom 18. April 1986 über die regionale Regelung, um das Gesetz vom 24. November 1939 über die Organisation und den Schutz der inländischen Industrie und um das Königliche Dekret 946/1978 vom 14. April 1978 über das Verfahren zur Bewertung und Kontrolle von pharmazeutischen Leistungen.

— Vorschriften, die die freihändige Auftragsvergabe zulassen,

— Vorschriften über die Bestimmungen für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren und über die Eignungskriterien,

— Vorschriften auf technischem Gebiet,

— Vorschriften über Zuschlagskriterien.

4. Die vorliegende Rechtssache befaßt sich nicht mit der fehlenden Umsetzung der beiden wichtigen ursprünglichen Richtlinien zur Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und der öffentlichen Lieferaufträge in das spanische Recht. Das LCE und die RGCE wurden im Jahre 1986 geändert, um die Vorschriften den Richtlinien der Gemeinschaft anzupassen [6]. Nach sorgfältiger Überprüfung des spanischen Rechts kam die Kommission jedoch zu dem Schluß, daß die Umsetzung in bestimmten Punkten fehlerhaft sei.

Meines Erachtens gibt es einige Klagegründe, derentwegen die Kommission wahrscheinlich keine besondere Klage wegen Vertragsverletzung erhoben hätte, und es gibt eine Reihe von Klagegründen, zu denen die spanische Regierung ihren Antrag auf Klageabweisung aufrechterhalten hat, was sie wahrscheinlich nicht getan hätte, wenn nicht andere Punkte wirklich strittig zwischen den Parteien gewesen wären.

Die folgenden Darlegungen werden zeigen, daß sich die vorliegende Rechtssache aus der Tatsache erklärt, daß die Parteien über bestimmte Punkte bezüglich der Auslegung der anwendbaren Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und in anderen Punkten bezüglich des Inhalts und der Wirkungen des spanischen Rechts nicht einig sind.

Diese Schlußanträge müssen die Klagegründe nacheinander behandeln. Bedingt durch die Art der verschiedenen Klagegründe wird diese Untersuchung sehr technisch und nicht immer leicht zugänglich sein.

5. Da die Kommission wiederholt geltend gemacht hat, daß die in Frage stehenden spanischen Vorschriften Rechtsunsicherheit hervorriefen und daher nicht den Erfordernissen einer fehlerfreien Umsetzung der Richtlinien in innerstaatliches Recht genügten, wie sie vom Gerichtshof aufgestellt worden seien, mag es nützlich sein, zunächst darauf hinzuweisen, welches die allgemeinen Erfordernisse sind, die aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu dieser Frage abgeleitet werden können.

Der Gerichtshof hat festgestellt,

— daß die „Mitgliedstaaten ... verpflichtet [sind], die Bestimmungen einer jeden Richtlinie vollständig und genau einzuhalten“ [7],

— daß „die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes auf den vom Gemeinschaftsrecht erfaßten Gebieten eine eindeutige Formulierung der Rechtsnormen der Mitgliedstaaten [erfordern], die den betroffenen Personen die klare

6 — Vgl. jeweils das Real Decreto Legislativo 931/1986 vom 2. Mai 1986 und das Königliche Dekret 2528/1986 vom 28. November 1986.

7 — Vgl. u. a. Urteil des Gerichtshofes vom 18. März 1980 in der Rechtssache 91/79 (Kommission/Italien, Slg. 1980, 1099, Randnr. 6).

und genaue Kenntnis ihrer Rechte und Pflichten ermöglicht und die innerstaatlichen Gerichte in die Lage versetzt, deren Einhaltung sicherzustellen" [8],

— daß „die Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht nicht notwendigerweise eine förmliche und wörtliche Übernahme ihrer Bestimmungen in eine ausdrückliche, besondere Vorschrift erfordert, sondern daß ihr durch einen allgemeinen rechtlichen Kontext Genüge getan werden kann, wenn dieser tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie hinreichend klar und bestimmt gewährleistet" [9],

und

— daß die nationalen Ausnahmebestimmungen, die aufgrund von Richtlinien die in ihnen genannten Verbote aufheben, genauestens die Grenzen und Bedingungen beachten müssen, die in den Richtlinien für die Ausnahme festgelegt sind [10].

8 — Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-119/89 (Kommission/Spanien, Slg. 1991, I-641, Randnr. 10). Vgl. auch u. a. die Urteile des Gerichtshofes vom 21. Juni 1988 in der Rechtssache 257/86 (Kommission/Italien, Slg. 1988, 3249, Randnr. 12), vom 23. Mai 1985 in der Rechtssache 29/84 (Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 1661, Randnr. 23), vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 143/83 (Kommission/Dänemark, Slg. 1985, 427, Randnr. 10) und vom 6. Mai 1980 in der Rechtssache 102/79 (Kommission/Belgien, Slg. 1980, 1473, Randnr. 11).

9 — Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 15. März 1990 in der Rechtssache C-339/87 (Kommission/Niederlande, Slg. 1990, I-851, Randnr. 6). Vgl. auch u. a. die Urteile des Gerichtshofes vom 8. Juli 1987 in der Rechtssache 247/85 (Kommission/Belgien, Slg. 1987, 3029, Randnr. 9) und vom 2. Dezember 1986 in der Rechtssache 239/85 (Kommission/Belgien, Slg. 1986, 3645, Randnr. 7).

10 — Vgl. insbesondere die Urteile des Gerichtshofes in der Rechtssache Kommission/Belgien (a. a. O., Randnrn. 28 und 34), vom 27. April 1988 in der Rechtssache 252/85 (Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 2243, Randnr. 11) und vom 15. März 1990 in der Rechtssache C-339/87 (Kommission/Niederlande, Slg. 1990, I-851, Randnrn. 15 und 28).

Vorschriften, die die Anwendung der Rechtsvorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe ausschließen

a. *Artikel 2 Absatz 3 LCE und Artikel 2 Absatz 3 RGCE*

6. Diese Vorschriften — die RGCE wiederholen insoweit schlicht das LCE — schließen bestimmte Aufträge von den Rechtsvorschriften über die öffentlichen Aufträge aus und haben folgenden Wortlaut:

„Unbeschadet der Vorschriften des vorstehenden Artikels findet dieses Gesetz auf folgende Verträge und Rechtshandlungen der Verwaltung keine Anwendung:

...

3° Rechtsgeschäfte der Verwaltung mit Privatpersonen bezüglich Sachen und Rechten, deren Handel durch Gesetz geregelt ist [mediatización], oder über Erzeugnisse, die [intervenidos], [estancados] oder [prohibidos] sind."

7. Die Kommission hat geltend gemacht,

— daß diese Vorschrift so allgemein und ihr Wortlaut so ungenau sei, daß hierdurch Rechtsunsicherheit entstehe und daß schon diese Tatsache allein die Unvollständigkeit der Umsetzung der Richtlinie 77/62 begründe, und

— daß im übrigen die Ausnahmevorschrift der Richtlinie widerspreche, weil diese grundsätzlich für alle öffentlichen Lieferaufträge gelte, sofern sie nicht ausdrücklich ausgenommen seien, und weil die spanische Vorschrift Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Rechtsvorschriften zulasse, die von der in der Richtlinie enthaltenen Aufzählung der Ausnahmen nicht erfaßt seien.

8. Die spanische Regierung hat geltend gemacht,

— daß die strittige Vorschrift eine Verweisungsvorschrift sei, die konkrete Rechtsfolgen nur auslöse, wenn andere Rechtsvorschriften bestünden, die den Warenhandel im Sinne der Vorschrift regelten oder die bestimmten, daß die Erzeugnisse überwacht würden, einem Monopol unterfielen oder verboten seien,

— daß die konkreten Fälle, die wegen dieser Vorschrift vom Anwendungsbereich der Rechtsvorschriften ausgeschlossen seien, letztlich durch andere Gemeinschaftsvorschriften, insbesondere durch Artikel 36, Artikel 90 Absatz 2 und Artikel 223 EWG-Vertrag, gerechtfertigt seien, und

— daß das wesentliche Moment der Gesetze, auf die die Vorschrift verweise und die den Handel mit bestimmten Erzeugnissen Beschränkungen unterstellten, die Gewährung von „besonderen oder ausschließlichen Rechten öffentlichrechtlicher Art" sei, so daß die öffentlichen Auftraggeber Lieferverträge über die fraglichen Erzeugnisse nur mit einem einzigen Lieferanten abschließen könnten. Zur Begründung ihrer Auffassung, daß die Vorschrift folglich mit der Richtlinie 77/62 vereinbar sei, beruft sich die Regierung auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie, wonach Aufträge freihändig vergeben werden könnten, „wenn der Gegenstand der Lieferung wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten auf Grund des Schutzes des Ausschließlichkeitsrechts nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt oder geliefert werden kann" .

9. Schon an dieser Stelle möchte ich sagen, daß der Gerichtshof die strittige Vorschrift für gemeinschaftsrechtswidrig erklären muß.

Es besteht meines Erachtens kein Zweifel, daß die Vorschrift weit davon entfernt ist, den Erfordernissen nach Klarheit und Deutlichkeit zu genügen, denen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die innerstaatlichen Vorschriften, mit denen die Richtlinien der Gemeinschaft umgesetzt werden, entsprechen müssen.

Ich bin der Ansicht, daß es der spanischen Regierung im Verlauf des Verfahrens erstens nicht gelungen ist, die erforderliche Klarheit über den Anwendungsbereich der strittigen Vorschrift herzustellen, und daß sie zweitens nicht darlegen konnte, daß die Vorschrift — selbst in ihrer restriktiven Auslegung — allgemein dem Gemeinschaftsrecht entspricht.

10. Die spanische Rechtslage ist so uneindeutig, und die strittige Vorschrift ist so schwer zu verstehen, daß der Gerichtshof meiner Ansicht nach nicht die Frage prüfen muß, ob sich die strittige Vorschrift auf Aufträge erstreckt, die nach dem Gemeinschafts-

recht zulässigerweise von der Anwendung der Rechtsvorschriften ausgenommen werden können.

Die spanische Regierung muß für Rechtsvorschriften sorgen, die ausreichend klar sind. Der Wortlaut der strittigen Vorschrift erlaubt es dem Gerichtshof nicht, über die Frage zu entscheiden, ob ihr Anwendungsbereich dem Gemeinschaftsrecht entspricht. Die vorliegende Rechtssache stellt daher nicht den geeigneten Rahmen für die Klärung der Frage dar, inwieweit die Richtlinie 77/62 ein Abweichen von ihren eigenen Regelungen zuläßt.

11. Nach meiner Auffassung genügt es, zu den Argumenten der spanischen Regierung auf folgendes hinzuweisen:

12. Offensichtlich zu Recht führt die Regierung aus, daß die strittige Vorschrift nur dann Wirkungen zeige, wenn es Gesetze gebe, die entsprechend einer in dieser Vorschrift vorgesehenen Art und Weise Regelungen festlegten, die auf den Handel der fraglichen Erzeugnisse anwendbar seien. Wie die Kommission dargelegt hat, bedeutet dies jedoch nicht, daß die Vorschrift ohne eigene Bedeutung ist. Wenn es Gesetze gibt, die den Warenhandel in der genannten Weise regeln, ist die unmittelbare Rechtsfolge der strittigen Vorschrift, daß die öffentlichen Aufträge über diese Erzeugnisse nicht den Bestimmungen des LCE und der RGCE unterliegen. Die Vorschrift ist daher mehr als eine einfache formale Verweisungsvorschrift, da sie die Kriterien für den Ausschluß, der in Bezug auf die Anwendung der Rechtsvorschriften erfolgen kann, selbst festlegt.

13. Wie ich bereits erklärt habe, ist der Versuch der spanischen Regierung, den Anwendungsbereich der Vorschrift näher zu bestimmen, erfolglos geblieben. Die Kommission hat darauf hingewiesen, daß die Aufträge über Arzneimittel, Briefmarken, Stempelpapier, Tabak, elektrische Energie und Gas nach der strittigen Vorschrift nicht den Rechtsvorschriften über die öffentlichen Aufträge unterliegen. Die spanische Regierung hat in ihrer Gegenerwiderung in gewisser Weise versucht zu erklären, welcher der in der Vorschrift bezeichneten Art von Rechtsvorschriften die erwähnten Erzeugnisse unterlägen, aber sie hat andererseits versucht darzutun, daß die fraglichen Rechtsvorschriften im wesentlichen so beschaffen seien, daß es nur einen möglichen Lieferanten gebe.

Es ist schwer zu verstehen, wie es möglich sein soll, die Vorschrift dahin auszulegen, daß ihr Anwendungsbereich so beschränkt ist, wie die spanische Regierung es behauptet, und es liegt nicht auf der Hand, daß alle angeführten konkreten Beispiele von ausgeschlossenen Aufträgen unter die so ausgelegte Vorschrift fallen.

14. Nicht schwer fällt dagegen die Feststellung, daß die strittige Vorschrift in ihrem gegenwärtigen Wortlaut allgemein nicht der Richtlinie 77/62 entsprechen kann.

Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie bestimmt, daß die „öffentlichen Auftraggeber ... bei der Vergabe öffentlicher Lieferaufträge ihre an diese Richtlinie angepaßten einzelstaatlichen Verfahren" anwenden. Aus der neunten Begründungserwägung der Richtlinie ergibt sich, daß „Ausnahmefälle vorgesehen werden

[müssen], in denen die Maßnahmen zur Koordinierung der Verfahren nicht unbedingt anzuwenden sind", daß „diese Fälle ... jedoch ausdrücklich zu beschränken" sind. Die Richtlinie ist dahin auszulegen, daß sie die allgemeinen Ausnahmen von der Pflicht der Mitgliedstaaten, Lieferaufträge gemäß den Bestimmungen der Richtlinie öffentlich auszuschreiben, erschöpfend regelt. Diese allgemeinen Ausnahmen von dem Anwendungsbereich der Richtlinie sind in Artikel 2 Absatz 2 und Artikel 3 der Richtlinie vorgesehen [11]. Es ist klar, daß die strittige spanische Vorschrift nicht allgemein diesen Ausnahmen unterliegt, und die spanische Regierung trägt dies im übrigen auch nicht vor.

15. Die Berufung der spanischen Regierung auf Artikel 36, Artikel 90 Absatz 2 und Artikel 223 EWG-Vertrag überzeugt nicht. Wie die Kommission ausgeführt hat, müssen die auf den Handel mit Erzeugnissen anwendbaren Sonderregelungen, die nach diesen Vorschriften des EWG-Vertrages mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, bei der Vergabe von öffentlichen Lieferaufträgen selbstverständlich beachtet werden. Aber dies reicht jedoch nicht als Begründung dafür, daß die Bestimmungen über die Vergabe von Aufträgen durch die öffentlichen Auftraggeber allgemein unanwendbar sind. Insbesondere bezüglich der Erzeugnisse, deren Handel verboten ist, mag die Vorschrift auf den ersten Blick der Richtlinie, wie die spanische Regierung ausgeführt hat, nicht widersprechen. Wenn der Handel mit einem Erzeugnis verboten ist, ist die Vergabe von Lieferaufträgen über dieses Erzeugnis nicht möglich, und es ist daher nicht erforderlich, daß die Bestimmungen der Richtlinie Anwendung finden. Auch wenn die Frage ohne praktische Bedeutung ist, darf jedoch nicht die Tatsache übersehen werden, daß, wenn die öffentlichen Auftraggeber trotz eines bestehenden Verbots Lieferaufträge über das fragliche Erzeugnis vergeben sollten, dies grundsätzlich unter Beachtung der Bestimmungen der Richtlinie zu geschehen hätte. Eine allgemeine Ausnahme mit diesem Inhalt ist daher mit der Richtlinie nicht vereinbar.

16. Das Argument der spanischen Regierung zu Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie überzeugt nicht. Erstens ist der Ansicht der Kommission beizupflichten, wonach sich aus Artikel 4 Absatz 3 und Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie ergebe, daß die Aufträge, die unter die vorgenannte Bestimmung der Richtlinie fallen, nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen seien, sondern im Gegenteil als freihändige Aufträge erteilt werden müßten, was dazu führe, daß Artikel 7 der Richtlinie über die gemeinsamen Vorschriften auf technischem Gebiet anwendbar sei. Zweitens ist der Ansicht der Kommission beizupflichten, daß die strittige Vorschrift nicht mit Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie vereinbar sei, da sie nicht ausdrücklich Voraussetzungen aufstelle, die denjenigen Voraussetzungen entsprächen, die nach den Vorschriften der Richtlinie zu beachten seien.

17. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor festzustellen, daß Artikel 2 Absatz 3 LCE und Artikel 2 Absatz 3 RGCE mit der Richtlinie 77/62 unvereinbar sind.

11 — Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie bestimmt, daß sie keine Anwendung findet auf öffentliche Lieferaufträge, die von Verkehrsträgern oder von Versorgungsbetrieben für Wasser und Energie sowie von den im Fernmeldewesen tätigen Einrichtungen vergeben werden. Artikel 3 betrifft die Lieferaufträge, die auf Grund internationaler Abkommen u. ä. vergeben werden.

b. *Artikel 2 Absatz 8 LCE und Artikel 2 Absatz 8 RGCE*

18. Diese Vorschriften — die RGCE wiederholen insoweit schlicht das LCE — schließen „die Aufträge, für die das Gesetz eine ausdrückliche Ausnahme vorsieht", von den Rechtsvorschriften über die öffentlichen Aufträge aus.

19. Die Kommission hat geltend gemacht, daß es sich um eine Vorschrift handele, die einen Ausschluß allgemeiner Art vorsehe, der als solcher den beiden anwendbaren Richtlinien der Gemeinschaft widerspreche. Die spanischen Behörden hätten nicht näher dargelegt, welches die Gesetze und welcher Art die öffentlichen Aufträge seien, die in der Vorschrift genannt würden. Die Kommission hat darüber hinaus darauf hingewiesen, daß alle Ausnahmen, die in der Richtlinie abschließend geregelt seien, auch ausdrücklich durch andere Vorschriften des LCE und der RGCE ausgeschlossen seien, so daß die Vorschrift den Weg für andere Ausnahmen als diejenigen öffne, die von den Richtlinien zugelassen würden. Die Vorschrift führe zu einer Rechtsunsicherheit, die im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht stehe. Wenn der Gerichtshof verlangt habe, daß die Abgrenzung der Ausnahmekriterien deutlich und mit den von der Richtlinie vorgesehenen Kriterien vereinbar sei, so sei es völlig unmöglich, eine Ausnahmeregelung zuzulassen, die keinerlei Kriterien festlege.

20. Meines Erachtens ist der Ansicht der spanischen Regierung zu folgen, daß eine Verweisungsvorschrift dieser Art dem Gemeinschaftsrecht nicht widerspreche. Die Mitgliedstaaten verfügen über einen bestimmten Ermessensspielraum bei der Umsetzung von Richtlinien in innerstaatliches Recht, und die von den spanischen Behörden angewandte Gesetzgebungstechnik darf nicht als solche als unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht angesehen werden. Ziel der Vorschrift ist es, darauf aufmerksam zu machen, daß es andere Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Gesetzes gibt als die, die sich aus dem Gesetz selbst ergeben, und zu fordern, daß diese in einer Rechtsvorschrift festgelegt werden. Diese Vorschrift unterscheidet sich von der oben erörterten dadurch, daß sie einen neutralen und rein formalen Inhalt hat und daß es eine klare und deutliche Beziehung zwischen der Verweisungsvorschrift und den Gesetzen gibt, auf die sie verweist, da diese notwendig eine ausdrückliche Bestimmung enthalten müssen, nach der das LCE und die RGCE nicht anwendbar sind. Der Ansicht der Kommission, daß sämtliche Ausnahmen, die in der Richtlinie begründet seien, durch andere Bestimmungen des LCE und der RGCE geregelt seien und daß die Möglichkeit, andere, von der Vorschrift geschaffene Ausnahmen vorzusehen, folglich Rechtsunsicherheit hervorrufe, ist nicht zu folgen. Die Verweisungsvorschrift ist nicht überflüssig. Dies hat seinen Grund darin, daß, wie die Kommission selbst hervorgehoben hat, das LCE auch auf öffentliche Aufträge Bezug nimmt, die nicht den Richtlinien unterliegen und für die die Richtlinien daher die Möglichkeit weiterer Ausnahmen nicht ausschließen.

21. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, festzustellen, daß Artikel 2 Absatz 8 LCE und Artikel 2 Absatz 8 RGCE mit den beiden Richtlinien der Gemeinschaft vereinbar sind.

c. *Artikel 29bis Absatz 1 Nummern 1 und 3 LCE und Artikel 93ter Nummern 1 und 3 RGCE*

22. Diese Vorschriften — die RGCE wiederholen insoweit schlicht das LCE —, stellen die Aufträge von der in Artikel 12 der Richtlinie 71/305 geregelten Pflicht zur Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* frei

„1° bezüglich industrieller Installationen maschineller, elektrischer oder energiewirtschaftlicher Art, mit Ausnahme der Teile dieser Installationen, die als Hoch- oder Tiefbau anzusehen sind;

...

3° bezüglich Ausschachtungsarbeiten, Schachtabteufung, Baggerarbeiten und Abraumbeseitigung im Hinblick auf die Gewinnung von Mineralien (Bergbau)."

23. Die Kommission hat geltend gemacht, daß diese Aufträge in den Anwendungsbereich der Richtlinie 71/305 fielen, daß die Richtlinie die Ausnahmen von ihrem Anwendungsbereich abschließend regele und daß die Ausnahme der oben genannten Aufträge der Richtlinie widerspreche.

24. Die spanische Regierung stellt in Abrede, daß diese Aufträge dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterlägen. Die Richtlinie findet Anwendung auf öffentliche Bauaufträge, die in Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie als Verträge definiert werden, „die eine der Tätigkeiten zum Gegenstand haben, die unter Artikel 2 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, fallen". Die Richtlinie 71/304 wurde zur selben Zeit erlassen wie die Richtlinie 71/305 und war eine der damals erlassenen Liberalisierungsrichtlinien, d. h., daß sie den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlegte, die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem genannten Gebiet aufzuheben.

Artikel 2 der Richtlinie lautet wie folgt:

„(1) Die Vorschriften dieser Richtlinie gelten für die in der Hauptgruppe 40 in Anlage I des Allgemeinen Programms zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufgeführten selbständigen Tätigkeiten. Diese Tätigkeiten entsprechen denjenigen, die in der Klasse 40 der ‚Systematik der Zweige des produzierenden Gewerbes in den Europäischen Gemeinschaften (NICE)' aufgeführt sind; die betreffenden Tätigkeiten sind im Anhang aufgezählt.

(2) Die Richtlinie gilt nicht für

a) industrielle Installationen maschineller, elektrischer oder energiewirtschaftlicher Art, mit Ausnahme der Teile dieser Installationen, die als Hoch- oder Tiefbau anzusehen sind;

b) ...

c) Ausschachtungsarbeiten, Schachtabteufung, Baggerarbeiten und Abraumbeseitigung im Hinblick auf die Gewinnung von Mineralien (Bergbau)."

25. Es ist festzustellen, daß die strittigen spanischen Vorschriften die Vorschriften des Artikels 2 Absatz 2 Buchstaben a und c der Richtlinie wortgetreu wiederholen.

Da die Richtlinie 71/305 die Aufträge, auf die sie Anwendung findet, als Verträge definiert, die eine der Tätigkeiten zum Gegenstand haben, die unter Artikel 2 der Richtlinie 71/304 fallen, und da Artikel 2 ausdrücklich die beiden Arten von Tätigkeiten ausschließt, die von den strittigen spanischen Vorschriften ausgeschlossen sind, scheint die Ansicht der spanischen Regierung auf den ersten Blick zutreffend zu sein.

26. Die Kommission hat insoweit jedoch geltend gemacht, daß die Verweisung in Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 71/305 so aufgefaßt werden müsse, daß sie sich ausschließlich auf Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 71/304, der den Anwendungsbereich der Richtlinie definiere, nicht aber auf Absatz 2 dieser Bestimmung erstrecke, der aufführe, was vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sei. Die Kommission hat eine Reihe von Argumenten zur Begründung dieser Ansicht vorgebracht: Die Richtlinie 71/304 beziehe sich auf den in Artikel 59 EWG-Vertrag genannten Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs; Artikel 59 EWG-Vertrag sei nach der Übergangszeit unmittelbar anwendbar geworden; Artikel 2 Absatz 2 nehme der Richtlinie 71/304 jede Wirkung; es sei unannehmbar, daß eine Richtlinie, die den Grundsatz der Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs bestätige, den Anwendungsbereich einer Richtlinie zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften, die die ihrer Regelung unterliegenden öffentlichen Aufträge abschließend definiere, beschränke; die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs, die die Vorschrift mit sich bringen konnte, müßten auf jeden Fall mit den Artikeln 59 ff. EWG-Vertrag vereinbar sein.

27. Meiner Ansicht nach ist es schwer, der Argumentation der Kommission zu folgen. Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 71/305 bezieht sich ausdrücklich auf „eine der Tätigkeiten ..., die unter Artikel 2" der Richtlinie 71/304 fallen, und zweifellos war das Ziel jedenfalls zu Beginn, daß die in Artikel 2 Absatz 2 genannten Tätigkeiten gleichfalls nicht der Pflicht zur Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, die den Mitgliedstaaten durch die Richtlinie 71/305 auferlegt wurde, unterliegen sollten.

Im übrigen scheint der Kern der Argumentation der Kommission im wesentlichen zu sein, daß die Tatsache, daß der Gerichtshof nach Erlaß der beiden Richtlinien entschieden hat, daß sich die *Pflicht zur Liberalisierung* nach Ablauf der Übergangszeit unmittelbar aus Artikel 59 EWG-Vertrag ergibt und daß die Richtlinie 71/304 daher ihre eigene Bedeutung verliert, es mit sich bringe, daß die Geltung der *Pflicht zur Koordinierung*, die sich aus der Richtlinie 71/305 ergebe, auf die in Artikel 2 Absatz 2 Buchstaben a und c der Richtlinie 71/304 genannten Verträge ausgedehnt worden sei.

Die Kommission hat kein Argument vorgebracht, das von der Notwendigkeit einer solchen Schlußfolgerung überzeugen konnte. Zunächst hatte es Gründe dafür gegeben, die fraglichen Verträge sowohl von der Pflicht

zur Liberalisierung wie auch von der Pflicht zur Koordinierung auszunehmen. Diese Gründe waren nicht ausdrücklich genannt worden, und es kann daher nicht mit Sicherheit gesagt werden, inwieweit die Einführung der Pflicht zur Liberalisierung es mit sich bringt, daß die Gründe, die den Rat dazu veranlaßt haben, die Pflicht zur Koordinierung nicht auf die fraglichen Verträge anzuwenden, gleichfalls entfallen sind. Ich halte die von der Kommission vorgebrachte Schlußfolgerung weder für notwendig noch für die nächstliegende. Das im Vertrag ausgesprochene Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und aller anderen ungerechtfertigten und unverhältnismäßigen Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs gilt grundsätzlich für alle Bereiche. Der Rat hat dagegen zu entscheiden, inwieweit es erforderlich ist, die sich unmittelbar aus dem Vertrag ergebende Pflicht zur Liberalisierung durch Bestimmungen zu ergänzen, die von den Mitgliedstaaten die Koordinierung der innerstaatlichen Bestimmungen verlangen und nicht gegen das im Vertrag vorgesehene Verbot verstoßen. Demgemäß hat der Rat auch den Anwendungsbereich dieser Harmonisierungsvorschriften zu bestimmen.

Im Jahre 1971 hat der Rat den Anwendungsbereich der Richtlinie 71/305 durch eine Bezugnahme auf Artikel 2 der Richtlinie 71/304 bestimmt. Diese Abgrenzung ist durch die später festgestellte unmittelbare Anwendbarkeit der Verbotsregelung des Artikels 59 EWG-Vertrag nicht geändert worden.

28. Dagegen kann festgestellt werden, daß der Rat im Jahre 1989, als er die oben genannten Änderungen der Richtlinie 71/305 erließ, Artikel 1 Buchstabe a dahingehend geändert hat, daß die öffentlichen Bauaufträge in dieser Vorschrift von da an als Verträge über Arbeiten definiert werden, die im Zusammenhang mit einer der in Anhang II zur Richtlinie genannten Tätigkeiten stehen. Der Anhang II entspricht der Klasse 50 der „Systematik der Zweige des produzierenden Gewerbes in den Europäischen Gemeinschaften (NICE)", die im wesentlichen der in Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 71/304 genannten Klasse 40 der NICE entspricht.

29. Meiner Ansicht nach wäre es fehlerhaft, wenn der Gerichtshof der Auffassung der Kommission folgen würde, es sei nicht zulässig, daß die spanischen Rechtsvorschriften, die die Richtlinie in ihrer ursprünglichen Fassung umsetzen sollten, die in Artikel 2 Absatz 2 Buchstaben a und c der Richtlinie 71/304 aufgeführten Verträge von ihrem Anwendungsbereich ausschlössen.

30. Die Kommission hat darüber hinaus ausgeführt, daß sich die strittigen spanischen Rechtsvorschriften darauf beschränkten, eine Befreiung von der Pflicht zur Bekanntmachung des Vergabeverfahrens im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* vorzusehen, und daß die Richtlinie einen derartigen Weg nicht vorsehe. Mir ist nicht ersichtlich, warum es der Richtlinie widersprechen soll, wenn bestimmte Vorschriften der Richtlinie auf Verträge angewandt werden, die nicht von der Richtlinie erfaßt werden. Wenn die fraglichen Verträge nicht von der Richtlinie erfaßt werden, können die Mitgliedstaaten grundsätzlich selbst die Vergabeverfahren regeln, und es kann ihnen nur schwer vorgehalten werden, wenn sie sich für die Anwendung bestimmter Vorschriften der Richtlinie entscheiden, obwohl sie das Gemeinschaftsrecht nicht dazu zwingt.

31. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, festzustellen, daß Artikel 29bis Absatz 1 Nummern 1 und 3 LCE

und Artikel 93ter Nummern 1 und 3 RGCE mit der Richtlinie 71/305 vereinbar sind.

Vorschriften, die die freihändige Auftragsvergabe zulassen

32. Die Kommission hat ausgeführt, daß eine bestimmte Zahl von spanischen Vorschriften, die die freihändige Auftragsvergabe zulassen, den beiden Richtlinien widersprächen. Die Richtlinien enthielten eine abschließende Aufzählung der Fälle, in denen auf eine freihändige Auftragsvergabe zurückgegriffen werden könne; aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 10. März 1987 in der Rechtssache 199/85 (Kommission/Italien [12]) ergebe sich, daß die fraglichen Vorschriften restriktiv auszulegen seien.

Die spanische Regierung hat mitgeteilt, daß eine Reihe von Vorschriften über die freihändige Auftragsvergabe im Rahmen einer anstehenden Änderung des LCE geändert werden sollte. Die Kommission hat dazu bemerkt, daß ihrer Ansicht nach die neuen Vorschriften eine einwandfreie Umsetzung der beiden Richtlinien darstellten. Sie hat jedoch ihre Anträge aufrechterhalten, da die neuen spanischen Vorschriften noch nicht verabschiedet wurden und noch nicht in Kraft getreten sind.

33. Die spanische Regierung, die nicht bestritten hat, daß die strittigen spanischen Bestimmungen jedenfalls in bestimmten Punkten von den Bestimmungen der Richtlinie abweichen, hat allgemein geltend gemacht, daß bei Prüfung einer Rechtsvorschrift zunächst alle vernünftigen Möglichkeiten für eine solche Auslegung auszuschöpfen seien, die mit der entsprechenden Bestimmung des Gemeinschaftsrechts übereinstimme, und daß ihre Unvereinbarkeit mit der Vorschrift des Gemeinschaftsrechts nur festzustellen ist, wenn eine konforme Auslegung unmöglich ist oder unverhältnismäßig schwierig ist.

34. Diese Auffassung ist nicht vertretbar. Es trifft zu, daß die nationalen Behörden und Gerichte nach dem Gemeinschaftsrecht verpflichtet sind, die Auslegung der nationalen Vorschriften so weit wie möglich am Gemeinschaftsrecht auszurichten [13].

Aber dies bedeutet nicht, daß der Gerichtshof nicht im Rahmen einer Klage wegen Vertragsverletzung die Unvereinbarkeit innerstaatlicher Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht feststellen kann, wenn es sich als unmöglich erweist, diese Vorschriften so auszulegen, daß sie mit den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind. Wie sich aus der oben erwähnten Rechtsprechung des Gerichtshofes [14] ergibt, erfordert der Grundsatz der Rechtssicherheit eine eindeutige Formulierung der Rechtsnormen der Mitgliedstaaten, die den Privatpersonen und den Unternehmen die klare und genaue Kenntnis ihrer Rechte und Pflichten ermöglicht und die innerstaatlichen Gerichte in die Lage versetzt, deren Einhaltung sicherzustellen. Hieraus ergibt sich, daß der Gerichtshof angesichts des Grundsatzes der Rechtssicherheit die innerstaatlichen Vorschriften, die nicht wirklich hinreichend klar und genau die vollständige Anwendung der Bestimmungen der Richtlinie gewährleisten, für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht erklären muß. Diese Kriterien für eine

12 — Slg. 1987, 1039.

13 — Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26) und Urteil des Gerichtshofes vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8).

14 — Vgl. Nr. 5.

einwandfreie Umsetzung der Richtlinien sind aus dem einfachen Grund nicht erfüllt, daß es möglich sein muß, die fraglichen innerstaatlichen Vorschriften so heranzuziehen, daß sie in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht angewandt werden können.

35. Die spanische Regierung hat darüber hinaus geltend gemacht, daß dem in der Rechtssache 199/85 ergangenen Urteil, auf das sich die Kommission bezogen habe und das die konkrete Anwendung der Bestimmungen über die freihändige Auftragsvergabe betreffe, für das vorliegende Verfahren, das sich auf die Rechtmäßigkeit der abstrakten Bestimmungen erstrecke, keine zweckdienlichen Auslegungsgrundsätze entnommen werden können.

36. Auch diese Auffassung ist kaum vertretbar. In dem fraglichen Urteil hat der Gerichtshof hinsichtlich Artikel 9 Buchstaben b und d der Richtlinie 71/305 festgestellt, daß diese „Bestimmungen, die Ausnahmen von den Vorschriften zulassen, die die Wirksamkeit der durch den EWG-Vertrag im Bereich der öffentlichen Bauaufträge eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, ... eng auszulegen [sind], und die Beweislast dafür, daß die außergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, ... demjenigen [obliegt], der sich auf sie berufen will" [15]. Meiner Ansicht nach folgt hieraus zum einen, daß in den Richtlinien die Aufzählung der Fälle, in denen die Aufträge freihändig vergeben werden können, als abschließend zu gelten hat, und zum anderen, daß bezüglich der Umsetzung derartiger abweichender Bestimmungen in innerstaatliches Recht eine sehr genaue Beachtung der Grenzen und der in den fraglichen Vorschriften der Richtlinien normierten Voraussetzungen zu verlangen ist.

15 — Vgl. Randnr. 14.

a. *Artikel 37 Absatz 1 Nummer 1 und Artikel 87 Absatz 4 Nummer 1 LCE; Artikel 117 Absatz Nummer 1 und Artikel 247 Absatz 4 Nummer 1 RGCE*

37. Artikel 37 Absatz 1 Nummer 1 LCE, der wortgleich mit Artikel 117 Absatz 1 Nummer 1 RGCE ist, bestimmt, daß bezüglich der öffentlichen Bauaufträge die Aufträge „für Arbeiten, bei denen die Herstellung von Wettbewerb nicht möglich oder aus technischen oder außergewöhnlichen Gründen nicht angebracht ist", freihändig vergeben werden können. Für die Lieferaufträge ist in Artikel 87 Absatz 4 Nummer 1 LCE eine Vorschrift mit entsprechendem Wortlaut enthalten, jedoch mit dem Zusatz: „... wie wenn der Vertrag sich auf Erzeugnisse, die durch Patente oder Urheberrechte geschützt oder die Gebrauchsmuster oder Kunstwerke sind, oder auf Sachen erstreckt, die nur von einer einzelnen Person hergestellt wurden oder sich im Besitz von nur einer einzelnen Person befinden." Diese Vorschrift ist wortgleich mit Artikel 247 Absatz 4 Nummer 1 RGCE.

38. Die Kommission hat geltend gemacht, daß die Richtlinie 71/305 und die Richtlinie 77/62 die freihändige Auftragsvergabe in den Fällen, die in den strittigen Vorschriften vorgesehen seien, nicht zuließen. Diese Vorschriften stellten die Entscheidung darüber, ob aufgrund der gegebenen Umstände die Herstellung von Wettbewerb nicht möglich oder aus technischen oder außergewöhnlichen Gründen nicht angebracht sei, in das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers.

39. Die spanische Regierung hat geltend gemacht, daß die strittigen Vorschriften den Behörden keinen Beurteilungsspielraum einräumten und daß sie unter Artikel 9 Buchstabe b der Richtlinie 71/305 und Artikel 6 Buchstabe b der Richtlinie 77/62 fielen.

40. Artikel 9 Buchstabe b der Richtlinie 71/305 bestimmt, daß die öffentlichen Auftraggeber Aufträge „für die Arbeiten, deren Ausführung aus technischen, künstlerischen oder im Zusammenhang mit dem Schutz von ausschließlichen Rechten stehenden Gründen nur einem bestimmten Unternehmer überlassen werden kann", freihändig vergeben können. Es ist meines Erachtens klar, daß Artikel 37 Absatz 1 Nummer 1 LCE dieser Vorschrift nicht entspricht. Es ist möglich, daß, wie die spanische Regierung ausführt, die Wendung „bei denen die Herstellung von Wettbewerb nicht möglich oder ... nicht angebracht ist" im wesentlichen als Entsprechung zu der von der Richtlinie vorgesehenen Voraussetzung gelten muß, daß die Ausführung der Arbeiten „nur einem bestimmten Unternehmer überlassen werden kann". Zum einen betrifft die Verweisung auf „technische oder außergewöhnliche Gründe" in der Vorschrift nur den zweiten Teil der Vorschrift, der die Fälle meint, in denen die Herstellung von Wettbewerb nicht angebracht ist, was dazu führt, daß der erste Teil der Vorschrift die öffentlichen Auftraggeber unter Berufung auf die Tatsache, daß „die Herstellung von Wettbewerb nicht möglich ist", allgemein zu ermächtigen scheint, die Aufträge freihändig zu vergeben. Zum anderen ist die Verweisung der Vorschrift auf „außergewöhnliche" Gründe als zu weit und zu unbestimmt in Bezug auf die von der Richtlinie geforderten „technischen, künstlerischen oder im Zusammenhang mit dem Schutz von ausschließlichen Rechten stehenden Gründe" anzusehen.

41. Der Wortlaut des Artikels 6 Buchstabe b der Richtlinie 77/62 ist im wesentlichen identisch mit dem von Artikel 9 Buchstabe b der Richtlinie 71/305. Es ist richtig, daß, wie die spanische Regierung betont, in dem zweiten Teil des Artikels 87 Absatz 4 Nummer 1 LCE auf Kriterien verwiesen wird, die weitgehend denjenigen zu entsprechen scheinen, die in Artikel 6 Buchstabe b der Richtlinie 77/62 verwandt werden. Der erste Teil der Vorschrift jedoch, der die Fälle betrifft, in denen es unmöglich oder unzweckmäßig ist, bei der Abgabe von Angeboten Wettbewerb herzustellen, ist mit dem zweiten Teil nur durch ein „wie" verbunden, was meiner Auffassung nach zeigt, daß der zweite Teil nur Beispielcharakter hat und daß die Vorschrift folglich die freihändige Auftragsvergabe aus anderen als den dort erwähnten Gründen zuläßt. Dies ist mit der Richtlinie nicht vereinbar, die in diesem Punkt erschöpfend ist.

42. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, festzustellen, daß Artikel 37 Absatz 1 Nummer 1 LCE und Artikel 117 Absatz 1 Nummer 1 RGCE mit der Richtlinie 71/305 unvereinbar sind und daß Artikel 87 Absatz 4 Nummer 1 LCE und Artikel 247 Absatz 4 Nummer 1 RGCE mit der Richtlinie 77/62 unvereinbar sind.

b. *Artikel 37 Absatz 1 Nummer 2 und Artikel 87 Absatz 4 Nummer 2 LCE; Artikel 117 Absatz 1 Nummer 2 und Artikel 247 Absatz 4 Nummer 2 RGCE*

43. Artikel 37 Absatz 1 Nummer 2 LCE, der wortgleich mit Artikel 117 Absatz 1 Nummer 2 RGCE ist, bestimmt, daß bei Bauauf-

trägen die Aufträge „in anerkannt dringlichen Fällen, wenn diese die Folge von dringenden, die unverzügliche Ausführung erforderlich machenden Notwendigkeiten sind und die Ausführung nicht im Rahmen des Dringlichkeitsverfahrens gemäß Artikel 26 dieses Gesetzes erfolgen kann, mit Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers" [16] freihändig vergeben werden können. Für die Lieferaufträge ist in Artikel 87 Absatz 4 Nummer 2 LCE eine Vorschrift mit entsprechendem Wortlaut enthalten, die wortgleich mit Artikel 247 Absatz 4 Nummer 2 RGCE ist.

44. Hier stellt sich die Frage, ob diese Vorschriften Artikel 9 Buchstabe d der Richtlinie 71/305 und Artikel 6 Buchstabe d der Richtlinie 77/62 entsprechen. Diese beiden zuletzt genannten Vorschriften, die denselben Wortlaut haben, bestimmen, daß die öffentlichen Auftraggeber die fraglichen öffentlichen Aufträge vergeben können, ohne die Vorschriften der Richtlinien — ausgenommen die Vorschriften auf technischem Gebiet — anzuwenden, „soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten" [17].

45. Die spanische Regierung widerspricht dem Vorbringen der Kommission, wonach der Wortlaut der strittigen spanischen Vorschriften weiter als der in den Richtlinien sei. Die spanischen Bestimmungen enthielten die drei Voraussetzungen, die in den Richtlinien aufgestellt seien. Zu der in der Richtlinie genannten Voraussetzung *dringlicher, zwingender Gründe hat die Regierung geltend gemacht, daß die Begriffe „necesidades apremiantes" und „urgencia imperiosa" grundsätzlich dieselbe Bedeutung hätten, da beide auf eine Erforderlichkeit verwiesen, der unverzüglich nachzukommen sei. Hinsichtlich der in den Richtlinien genannten Voraussetzung von Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte*, hat die Regierung geltend gemacht, daß sich aus der Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts ergebe, daß die Unvorhersehbarkeit der Ereignisse ein untrennbarer Bestandteil des Begriffs der Dringlichkeit sei, so daß es nicht erforderlich sei, diese Voraussetzung ausdrücklich aufzuführen. Die in der Richtlinie genannte Voraussetzung schließlich, daß die fraglichen Ereignisse *es nicht zulassen, die in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten*, ist in den spanischen Rechtsvorschriften ausdrücklich vorgesehen.

46. Dem ersten Eindruck nach legen die spanischen Rechtsvorschriften Voraussetzungen fest, die mehr oder weniger den von den Richtlinien geforderten *dringlichen*, zwingenden Gründen entsprechen. Sicher wird, worauf die Kommission hinweist, in den spanischen Vorschriften auf die Dringlichkeit verwiesen, die sich aus „dringenden Notwendigkeiten" ergibt, was als solches nicht ganz den zwingenden Gründen gleichkommt, aber es darf nicht vergessen werden, daß diese „dringenden Notwendigkeiten" von den spanischen Vorschriften als Notwendigkeiten bezeichnet werden, die „die unverzügliche Ausführung erforderlich" machen. Eine Voraussetzung, daß sich die dringlichen Gründe aus dringenden, ein unmittelbares Eingreifen erforderlich machenden Notwendigkeiten ergeben müssen, hat meiner Ansicht nach dieselbe einschränkende Bedeutung wie das in den

16 — Im Spanischen lautet die Vorschrift wie folgt: „Las de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de *necesidades apremiantes* que demandaran una pronta ejecución que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el articulo 26 de esta Ley, y previo acuerdo del órgano de contratación." (Hervorhebung vom Verfasser)

17 — Im Spanischen lautet Artikel 9 Buchstabe d der Richtlinie 71/305 wie folgt: „En la medida estrictamente necesaria, cuando una *imperiosa urgencia* resultante de acontecimientos imprevistos para los poderes adjudicadores no sea compatible con los plazos requeridos por otros procedimientos" (Hervorhebung vom Verfasser). Artikel 6 Buchstabe d der Richtlinie 77/62 hat denselben Wortlaut.

Richtlinien genannte Erfordernis, daß die dringlichen Gründe zwingend sein müssen.

Meiner Ansicht nach braucht diese Frage jedoch nicht vertieft zu werden. Es ist nämlich offensichtlich, daß die spanischen Vorschriften den anwendbaren Vorschriften der Richtlinien insoweit nicht genügen, als diese das Vorliegen von Ereignissen verlangen, *die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte.* Unstreitig enthalten die spanischen Bestimmungen nicht ausdrücklich eine Voraussetzung mit diesem Inhalt, und es kann nicht in Abrede gestellt werden, daß es sich hierbei um eine besondere und wesentliche Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift handelt [18]. Meiner Ansicht nach stellt die Tatsache, daß, wie die Regierung ausgeführt hat, das spanische Verfassungsgericht in zwei Urteilen erklärt hat, daß „der Begriff der Dringlichkeit mit der Notwendigkeit verbunden ist, eine Situation zu klären, die aufgrund von schwer voraussehbaren Umständen ein unmittelbares Eingreifen verlangt", nicht in hinreichendem Maße sicher, daß die Voraussetzung der Richtlinie, wonach die Ereignisse *von dem öffentlichen Auftraggeber nicht vorausgesehen werden konnten*, beachtet wird.

47. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, festzustellen, daß Artikel 37 Absatz 1 Nummer 2 LCE und Artikel 117 Absatz 1 Nummer 2 RGCE mit der Richtlinie 71/305 unvereinbar sind und daß Artikel 87 Absatz 4 Nummer 2 LCE und Artikel 247 Absatz 4 Nummer 2 RGCE mit der Richtlinie 77/62 unvereinbar sind.

18 — Vgl. hierzu Urteil des Gerichtshofes vom 18. März 1992 in der Rechtssache C-24/91 (Kommission/Spanien, Slg. 1992, I-1989), in dem der Gerichtshof in Randnr. 13 festgestellt hat, daß die Anwendungsvoraussetzungen des Artikels 9 Buchstabe d der Richtlinie 71/305 kumulativ sind.

c. *Artikel 37 Absatz 1 Nummer 7 und Artikel 87 Absatz 4 Nummer 5 LCE; Artikel 117 Absatz 1 Nummer 7 und Artikel 247 Absatz 4 Nummer 5 RGCE*

48. Artikel 37 Absatz 1 Nummer 7 LCE, der mit Artikel 117 Absatz 1 Nummer 7 RGCE wortgleich ist, bestimmt, daß hinsichtlich der Bauarbeiten die Aufträge freihändig vergeben werden können, „wenn der Auftragnehmer nicht die zur Formalisierung des Auftrags [formalización] erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, sofern die freihändige Vergabe den grundlegenden Bedingungen entspricht und der Preis nicht den in der Ausschreibung genannten Preis überschreitet". Für die Lieferaufträge ist in Artikel 87 Absatz 4 Nummer 5 LCE eine Vorschrift mit entsprechendem Wortlaut enthalten, jedoch mit dem Zusatz „... sofern nicht die Verwaltung eine neue öffentliche Ausschreibung zu Bedingungen durchführt, die im Einzelfall zu bestimmen sind". Diese Vorschrift ist wortgleich mit Artikel 247 Absatz 4 Nummer 5 RGCE.

49. Die spanische Regierung hat dargelegt, daß die spanischen Rechtsvorschriften eine Unterscheidung träfen zwischen „adjudicación" oder Vergabe des Auftrags und „formalización", die dessen Ausführung erlaube, und daß die strittigen Vorschriften ihre Ursache in der besonderen Lage hätten, in der sich die Verwaltung befinden könne, wenn sie sich nach der Vergabe durch einen endgültigen Vertrag gebunden sehe, der vollwirksam, aber undurchführbar sei, weil der Auftragnehmer die Ausführung des Vertrags aus Gründen, die er zu vertreten hat, verhindere.

50. Die Kommission hat geltend gemacht, daß die Richtlinie 71/305 und die Richtlinie 77/62 keine Vorschriften mit diesem Inhalt enthielten und daß die spanischen Vorschriften folglich diesen Richtlinien widersprächen. Das Problem, das sich aufgrund der Situation stelle, die von diesen Vorschriften angesprochen sei und die darin bestehe, daß der Vertrag aus Gründen, die der Auftragnehmer zu vertreten hat, nicht durchgeführt werden kann, müssen grundsätzlich durch Eröffnung eines neuen Verfahrens durch die öffentlichen Auftraggeber gelöst werden. In einer derartigen Situation hätten die öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, den Auftrag aus dringlichen Gründen freihändig zu vergeben. In jedem Einzelfall sei jedoch zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Rückgriff auf diesen Ausnahmegrund vorliegen.

51. Die spanische Regierung hat geltend gemacht, daß die von den spanischen Vorschriften bezeichnete Situation durch dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen charakterisiert sei, die der öffentliche Auftraggeber nicht habe voraussehen können, und daß diese Gründe in Artikel 9 Buchstabe d der Richtlinie 71/305 und in Artikel 6 Buchstabe d der Richtlinie 77/62 genannt würden und die freihändige Auftragsvergabe rechtfertigen könnten [19].

Zudem zögen die spanischen Vorschriften sehr enge Grenzen, die nicht in den Vorschriften der Richtlinien enthalten seien, und zwar müßten die grundlegenden Voraussetzungen der ursprünglichen Ausschreibung beachtet werden und die endgültige Vergabe dürfe nicht zu Preisen erfolgen, die die in dem ursprünglich erhaltenen Angebot genannten Preise überschritten. Hinzu komme, daß das Verfahren der freihändigen Auftragsvergabe gemäß Artikel 37 Absatz 2 LCE die Verhandlung mit mindestens drei Unternehmen voraussetze. Somit enthielten die strittigen Vorschriften eine Regelung, die „günstiger" sei als die Art von Regelungen, die die Kommission befürworte.

Die spanische Regierung macht schließlich geltend, daß die strittigen Vorschriften eine Situation beträfen, die dem Fall sehr nahekomme, der in Artikel 9 Buchstabe a der Richtlinie 71/305 genannt sei; dies sei der Fall eines ergebnislosen Verfahrens, das nicht zu einer Vergabe führe. Im vorliegenden Fall, der noch schwerwiegender sei, gebe es umso mehr Gründe für die Zulassung der freihändigen Auftragsvergabe, als von einer Phase des Verfahrens ausgegangen werde, die weit fortgeschrittener sei.

52. Die Meinung der Kommission zu diesem Punkt findet unsere volle Zustimmung. Es ist nicht möglich, allgemein festzustellen, daß es sich vorliegend um Fälle handelt, auf die die Vorschriften der Richtlinie über die dringlichen Gründe abstellen. Die Frage, ob in Situationen dieser Art dringliche Gründe gegeben sind, wie die Kommission dargelegt hat, muß in jedem einzelnen Fall entschieden werden.

Es kann in dieser Hinsicht nicht entscheidend sein, daß das spanische Recht strengere Voraussetzungen für das Verfahren über die freihändige Auftragsvergabe vorsieht. Es kann auch nicht entscheidend sein, daß Artikel 9 Buchstabe a der Richtlinie 71/305 die freihändige Auftragsvergabe zuläßt, wenn es nach Durchführung eines Vergabeverfahrens unmöglich war, annahmefähige Angebote zu erhalten. Diese Situation unterscheidet sich von dem vorliegenden Fall, in dem es, wie

19 — Die spanische Regierung hat ergänzend vorgetragen, daß, wenn normalerweise die Wahrung der bereits abgelaufenen Ausführungsfristen nicht durch den Rückgriff auf die normalen Verfahren erreicht werden könne, die Möglichkeit eines solchen Rückgriffs ausdrücklich in Artikel 87 Absatz 4 Nr. 5 LCE vorgesehen sei.

die Kommission ausgeführt hat, gerade möglich scheint, dem Bieter, der z. B. an zweiter Stelle steht, den Auftrag zu erteilen, oder in dem es auf jeden Fall keine konkreten Gründe für die Befürchtung gibt, daß ein neues Vergabeverfahren nicht zu annahmefähigen Angeboten führen würde [20].

53. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, festzustellen, daß Artikel 37 Absatz 1 Nummer 7 LCE und Artikel 117 Absatz 1 Nummer 7 RGCE mit der Richtlinie 71/305 unvereinbar sind und daß Artikel 87 Absatz 4 Nummer 5 LCE und Artikel 247 Absatz 4 Nummer 5 RGCE mit der Richtlinie 77/62 unvereinbar sind.

d. *Artikel 37 Absatz 1 Nummer 8 LCE und Artikel 117 Absatz 1 Nummer 8 RGCE*

54. Artikel 37 Absatz 1 Nummer 8 LCE, der wortgleich mit Artikel 117 Absatz 1 Nummer 8 RGCE ist, bestimmt, daß bei Bauaufträgen die Aufträge freihändig vergeben werden können „für Arbeiten, die der abschließenden Ausführung von solchen Bauarbeiten dienen, bei denen die zugrundeliegenden Verträge unter den in der vorangegangenen Ziffer genannten Voraussetzungen aufgehoben worden sind; die Anwendung der Regelung in Absatz 2 bleibt unberührt (Dringlichkeit)".

55. Die Kommission hat geltend gemacht, daß die Vorschrift mit der Richtlinie 71/305 unvereinbar sei, und hat sich insoweit auf ihr Vorbringen zum vorhergehenden Punkt bezogen.

56. Die spanische Regierung hat sich darauf beschränkt, vorzutragen, daß diese Vorschrift nicht auf eine ebenso eindeutige Rechtfertigung gestützt werden könne wie die vorhergehende Fallkonstellation und daß die Vorschrift im Rahmen der anstehenden Änderung des LCE aufgehoben werde.

57. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, festzustellen, daß Artikel 37 Absatz 1 Nummer 8 LCE und Artikel 117 Absatz 1 Nummer 8 RGCE mit der Richtlinie 71/305 unvereinbar sind.

e. *Artikel 120 Absatz 1 Nummern 1, 2 und 6 des Decreto Legislativo zur regionalen Regelung*

58. Die Kommission hat dargelegt, daß Artikel 120 Absatz 1 Nummern 1, 2 und 6 des Decreto Legislativo Nummer 781/1986 zur regionalen Regelung Fälle aufführe, in denen die freihändige Vergabe von Aufträgen zulässig sei und die den oben behandelten Vorschriften des LCE und der RGCE entsprächen, und hat geltend gemacht, daß demgemäß diese Vorschriften ebenfalls den Richtlinien widersprächen.

59. Die spanische Regierung hat dem nicht widersprochen, und der Gerichtshof kann daher in diesem Punkt nach dem Antrag der Kommission erkennen.

60. Die Parteien sind dagegen unterschiedlicher Auffassung über die Folgen dieser Unvereinbarkeit. Die spanische Regierung

20 — Der Tatsache, daß Artikel 87 Absatz 4 Nr. 5 LCE den Rückgriff auf normale Verfahren zuläßt, darf keine entscheidende Bedeutung beigelegt werden, da es sich um eine Ermessensbefugnis der öffentlichen Auftraggeber und nicht um eine Verpflichtung handelt, die entsteht, sobald die Voraussetzungen für das Vorliegen eines dringlichen Grundes nicht gegeben sind.

hat geltend gemacht, daß es nicht erforderlich sei, das Decreto Legislativo zur regionalen Regelung zu ändern, da die freihändige Vergabe von Aufträgen durch lokale Behörden unmittelbar durch die einschlägigen Vorschriften des LCE und der RGCE geregelt werde. Gemäß der ersten Schlußbestimmung der Königlichen Dekrete, die zur Angleichung des LCE und des RGCE an die Richtlinien erlassen worden seien, stellten die Vorschriften des LCE und der RGCE die grundlegenden Rechtsvorschriften dar.

61. Nach einem feststehenden Grundsatz kann der Gerichtshof in seinem Urteil nur feststellen, daß die fraglichen Vorschriften den Verpflichtungen widersprechen, die Spanien nach dem Gemeinschaftsrecht obliegen, woraufhin Spanien die erforderlichen Konsequenzen aus dieser Feststellung zu ziehen hat.

Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß eine Aufhebung der in Frage stehenden Bestimmungen die Lösung wäre, die den Erfordernissen des Gemeinschaftsrechts am ehesten entsprechen würde. Wenn diese Bestimmungen nicht aufgehoben werden, gäbe es im innerstaatlichen Recht die Möglichkeit einer fehlerhaften Anwendung der Rechtsvorschriften, und die Rechtsunsicherheit, die hiervon ausgehen würde, widerspräche als solche dem Gemeinschaftsrecht.

62. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, festzustellen, daß Artikel 120 Absatz 1 Nummern 1, 2 und 6 des Decreto Legislativo Nummer 781/1986 zur regionalen Regelung mit der Richtlinie 77/62 und der Richtlinie 71/305 unvereinbar ist.

Vorschriften über die Teilnahmebestimmungen und über die Eignungskriterien

63. Die Kommission beantragt die Feststellung, daß eine Reihe spanischer Vorschriften über die Teilnahme an dem Verfahren und über die Eignungskriterien den Gemeinschaftsvorschriften widersprechen. Es scheint mir zweckdienlich, zunächst kurz die einschlägigen Bestimmungen der beiden Richtlinien und die Rechtsprechung des Gerichtshofes in diesem Bereich darzulegen.

Aus Artikel 20 der Richtlinie 71/305 und aus Artikel 17 der Richtlinie 77/62 ergibt sich, daß sich die Erteilung von öffentlichen Aufträgen in zwei Abschnitten vollzieht. Zunächst werden die Unternehmer oder die Lieferanten ausgewählt, die die für die Teilnahme an der Ausschreibung geforderte Eignung besitzen. Diese Eignungsprüfung der Bieter beinhaltet zum einen, daß geprüft wird, ob der Bieter von der Teilnahme am Verfahren aufgrund seiner subjektiven Voraussetzungen, insbesondere wegen Zahlungsunfähigkeit oder fehlender Kreditwürdigkeit ausgeschlossen werden muß. Zum anderen wird die wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit des Bieters geprüft. Nach der Auswahl der Bieter, die an dem Vergabeverfahren teilnehmen können, wird der Zuschlag entsprechend den in Artikel 29 der Richtlinie 71/305 und in Artikel 25 der Richtlinie 77/62 genannten Kriterien erteilt, d. h. entweder auf der Grundlage des niedrigsten Preises oder auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots.

64. Die Bestimmungen über die Auswahl der Bieter nach Eignungskriterien finden sich in den Artikeln 23 bis 28 der Richtlinie 71/305

und in den Artikeln 20 bis 24 der Richtlinie 77/62, die einander entsprechen.

In Artikel 23 der Richtlinie 71/305 und Artikel 20 der Richtlinie 77/62 sind Umstände aufgelistet, die sich auf die *Kreditwürdigkeit* und die *Zahlungsfähigkeit* der Bieter beziehen und den Ausschluß von der Teilnahme am Vergabeverfahren rechtfertigen können. Diese Vorschriften enthalten gleichfalls eine Auflistung der Urkunden und Bescheinigungen, deren Vorlage die öffentlichen Auftraggeber als Nachweis verlangen können, daß der Unternehmer sich nicht in einer Lage befindet, wie sie dort genannt ist. Artikel 24 der Richtlinie 71/305 und Artikel 21 der Richtlinie 77/62 bestimmen, daß Unternehmer oder Lieferanten, die sich an öffentlichen Bauaufträgen oder öffentlichen Lieferaufträgen beteiligen wollen, aufgefordert werden können, den Nachweis zu erbringen, daß sie im *Berufsregister* des Landes eingetragen sind, in dem sie ansässig sind. Artikel 25 der Richtlinie 71/305 und Artikel 22 der Richtlinie 77/62 geben an, wie die Bieter die *finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit* nachweisen können. Artikel 26 der Richtlinie 71/305 und Artikel 23 der Richtlinie 77/62 geben an, wie die Bieter die *technische Leistungsfähigkeit* nachweisen können. Artikel 27 der Richtlinie 71/305 und Artikel 24 der Richtlinie 77/62 bestimmen, daß die öffentlichen Auftraggeber die Lieferanten auffordern können, die vorgelegten Bescheinigungen *zu vervollständigen oder zu erläutern*, daß dies jedoch nur im Rahmen der Artikel 23 bis 26 der Richtlinie 71/305 und der Artikel 20 bis 23 der Richtlinie 77/62 erfolgen kann. Artikel 28 der Richtlinie 71/305 schließlich enthält Bestimmungen über die Eintragung in die *offiziellen Listen der zugelassenen Unternehmer*, die in bestimmten Mitgliedstaaten bestehen, und bestimmt insbesondere, inwieweit die Eintragung in eine derartige Liste vom Unternehmer als weitere Möglichkeit des Nachweises dafür genutzt werden kann, daß er den Eignungskriterien gemäß Artikel 23 bis 26 der Richtlinie entspricht.

65. Der Gerichtshof hat zwei Urteile erlassen, die wesentliche Auslegungshinweise zur Anwendung dieser Vorschriften enthalten. Es handelt sich um die Urteile vom 10. Februar 1982 in der Rechtssache 76/81 (Transporoute) [21] und vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87 (Beentjes) [22]. Die Auslegung des Gerichtshofes betraf die relevanten Vorschriften der Richtlinie 71/305, muß jedoch auch analog auf die entsprechenden Vorschriften der Richtlinie 77/62 übertragen werden können. Aus diesen Urteilen kann abgeleitet werden,

— daß die öffentlichen Auftraggeber die fachliche Eignung der Bieter, die nicht wegen ihrer subjektiven Voraussetzungen ausgeschlossen sind, nur auf der Grundlage von Kriterien prüfen können, die sich auf die wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit beziehen [23], und

— daß die in der Richtlinie enthaltene Aufzählung der Bescheinigungen, die als

21 — Slg. 1982, 417.

22 — Slg. 1988, 4635.

23 — Vgl. Randnummer 17 der Entscheidungsgründe des Urteils Beentjes, in dem der Gerichtshof folgendes festgestellt hat: „Gemäß Artikel 20 prüfen die öffentlichen Auftraggeber die fachliche Eignung der Unternehmer nach den in den Artikeln 25 bis 28 genannten Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit. Zweck dieser Artikel ist es nicht, die Mitgliedstaaten in ihrer Befugnis zu beschneiden, darüber zu entscheiden, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist, sondern zu bestimmen, mit welchen Nachweisen oder Beweismitteln die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit des Unternehmers dargetan werden kann ... Gleichwohl geht aus diesen Bestimmungen hervor, daß die öffentlichen Auftraggeber *die fachliche Eignung der Unternehmer nur auf der Grundlage von Kriterien prüfen können, die sich auf die wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit der Betroffenen beziehen.*" (Hervorhebung vom Verfasser)

Nachweis dafür verlangt werden können, daß die Bieter den Voraussetzungen der Kreditwürdigkeit usw. und der technischen Leistungsfähigkeit entsprechen, abschließend ist, während nichts dagegen spricht, daß die öffentlichen Auftraggeber einen anderen Nachweis als den in den Richtlinien genannten verlangen, soweit es um den Nachweis geht, daß der Bieter die geforderte wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit besitzt [24].

66. Die öffentlichen Auftraggeber behalten die Befugnis, die Erteilung der öffentliche Aufträge von anderen Voraussetzungen abhängig zu machen als denjenigen, die sich auf die Prüfung der Eignung des Unternehmers aufgrund seiner wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit oder auf die Zuschlagskriterien des betreffenden Auftrags beziehen. In seinem Urteil in der Rechtssache Beentjes hat der Gerichtshof festgestellt, daß ergänzende Vertragsbestimmungen nicht an sich mit der Richtlinie 71/305 unvereinbar seien [25]. Er hat jedoch auch festgestellt, daß solche Vertragsklauseln nur dann mit der Richtlinie vereinbar seien, wenn sie zum einen alle einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und insbesondere die Verbote, die aus den vom Vertrag aufgestellten Grundsätzen auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs folgten, beachteten und wenn sie zum anderen unter Beachtung aller Verfahrensvorschriften der Richtlinie, insbesondere der Publizitätsvorschriften, angewendet würden [26].

67. Die Stellungnahme der Kommission zur Nichtbeachtung der in der Richtlinie genannten Teilnahmebestimmungen und Eignungskriterien ist in diesem Zusammenhang zu prüfen.

24 — Der Gerichtshof hat in Randnummer 9 des Urteils Transporoute folgendes festgestellt: „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 Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Unternehmer*, von der in Artikel 25 der Richtlinie die Rede ist, *andere als die in der Richtlinie ausdrücklich genannten Nachweise zu fordern.*" (Hervorhebung vom Verfasser)
In dieser Rechtssache ging es um die Frage, ob es mit den Bestimmungen der Richtlinie vereinbar ist, von dem Unternehmen zu verlangen, daß es im Besitz einer behördlichen Niederlassungsgenehmigung des Mitgliedstaates ist, in dem die Ausschreibung stattgefunden hat. Der Gerichtshof hat in Randnr. 10 des Urteils festgestellt: „Da mit der in Frage stehenden Niederlassungsgenehmigung ... nicht die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmer, sondern *die berufliche Befähigung und die Zuverlässigkeit* ihrer Leiter nachgewiesen werden sollen, stellt diese Genehmigung ... *eine Art des Nachweises dar, die nicht zu den durch die Richtlinie abschließend zugelassenen Nachweisen gehört.*" (Hervorhebung vom Verfasser)
Der Gerichtshof ist angesichts dieser Überlegungen zu folgendem Schluß gekommen: „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."
Die These, daß die Richtlinien keine abschließende Aufzählung der Urkunden enthalten, die zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Bieters verlangt werden können, wird durch das Urteil des Gerichtshofes vom 9. Juli 1987 in den verbundenen Rechtssachen 27/86 bis 29/86 (Bellini, Slg. 1987, 3347, Randnrn. 10, 11 und 17) bekräftigt.

25 — Der Gerichtshof hat dies u. a. damit begründet, daß „die Richtlinie kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht schafft, sondern daß es den Mitgliedstaaten vorbehaltlich der Beachtung aller einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ... unbenommen bleibt, materiellrechtliche oder verfahrensrechtliche Bestimmungen auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge aufrechtzuerhalten oder zu erlassen" (Randnr. 20).

26 — Vgl. Randnrn. 28 bis 31 des Urteils Beentjes. Vgl. auch zu dieser Praxis die Mitteilung der Kommission vom 22. September 1989 mit dem Titel „Öffentliches Auftragswesen, regionale und soziale Aspekte" (ABl. C 311, S. 7, Nrn. 43 bis 64).
Vgl. auch Urteil des Gerichtshofes vom 3. Juni 1992 in der Rechtssache C-360/89 (Kommission/Italien, Slg. 1992, I-3401), das eine Vorschrift des italienischen Rechts betrifft, nach der bei der Auswahl der Bieter, die von den öffentlichen Auftraggebern zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sind, bei den nicht offenen Verfahren (vgl. Artikel 22 der Richtlinie 71/305) „den Vereinigungen auf Zeit und Konsortien der Vorrang eingeräumt wird, zu denen Unternehmen gehören, die ihre Tätigkeit hauptsächlich in der Region ausüben, in der die Arbeiten durchgeführt werden". Der Gerichtshof hat sich auf die Feststellung beschränkt, daß es sich um ein Auswahlkriterium handele, das in den Artikeln 23 bis 26 der Richtlinie nicht aufgeführt sei und daher Artikel 22 der Richtlinie widerspreche. Obwohl der Gerichtshof mit seiner Untersuchung nicht weiter gegangen ist als bis zur Prüfung, ob das fragliche Kriterium im Hinblick auf die im Urteil Beentjes aufgestellten Grundsätze mit der Richtlinie vereinbar ist, besteht kaum ein Grund zur Annahme, daß dieses Urteil eine Wende in der Rechtsprechung darstellen könnte.

a. *Artikel 24 Absatz 1 Nummer 1 und Artikel 25 Absatz 1 Nummern 1 und 3 RGCE*

68. Artikel 24 Absatz 1 Nummer 1 RGCE bestimmt folgendes:

„Für den Abschluß von Verträgen mit der Verwaltung müssen die ausländischen Unternehmen neben den in Artikel 23 der vorliegenden Verordnung genannten Voraussetzungen folgende Voraussetzungen erfüllen:

1° Besitz der unbeschränkten Fähigkeit, nach den Rechtsvorschriften ihres Staates Verträge abzuschließen und Verpflichtungen einzugehen."

Artikel 25 Absatz 1 Nummern 1 und 3 RGCE bestimmt folgendes:

„Die Rechtsform der Unternehmen wird gegenüber der Verwaltung wie folgt nachgewiesen:

1° wenn das Unternehmen eine juristische Person ist, durch Vorlage der ordnungsgemäß beim Handelsregister eingereichten Gründungs- oder Nachtragsurkunde. Für den Einzelunternehmer ist die Vorlage eines amtlichen Personalausweises oder einer Urkunde erforderlich, die nach den einschlägigen Vorschriften gegebenenfalls an dessen Stelle tritt.

...

3° Die ausländischen Unternehmen bringen eine amtliche Übersetzung der Gründungsurkunden in die spanische Sprache oder gegebenenfalls in die Sprache der unabhängigen Gemeinschaft, in derem Gebiet sich der Sitz des öffentlichen Auftraggebers befindet, sowie eine von der spanischen Botschaft des betreffenden Landes ausgestellte Bescheinigung bei, in der bestätigt wird, daß das Unternehmen nach den Rechtsvorschriften dieses Staates die unbeschränkte Fähigkeit besitzt, Verträge abzuschließen und Verpflichtungen einzugehen."

69. Die Kommission macht geltend, daß diese Nachweiserfordernisse nicht in den Richtlinien 71/305 und 77/62 vorgesehen seien und daß sie daher wegen des abschließenden Charakters der Richtlinien den Ausschluß von Bietern, die sie nicht erfüllten, von der Teilnahme am Wettbewerb nicht rechtfertigten. Die öffentlichen Auftraggeber hätten ausreichend Möglichkeit, zu prüfen, ob die ausländischen Unternehmen die Rechtsfähigkeit und die Rechtsform einer juristischen Person besäßen, da sie von den Bietern verlangen könnten, daß sie den Nachweis dafür erbrächten, daß sie im Berufsregister des Ursprungslandes eingetragen und nicht in einer Lage seien, wie sie in Artikel 23 der Richtlinie 71/305 und Artikel 20 der Richtlinie 77/62 genannt sei. Die Kommission hat insbesondere in der mündlichen Verhandlung klargestellt, daß das Erfordernis der Rechtsfähigkeit der Bieter als solches mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei.

70. Die spanische Regierung führt aus, daß die Voraussetzung der Rechtsfähigkeit logischerweise den Voraussetzungen der Richtlinie zur wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit vorausgehen müsse, daß diese Voraussetzung erforderlich sei, um sicherzustellen, daß die Haftung der Unternehmer übernommen werden könne, und daß diese Voraussetzung nicht zu einer

Ungleichbehandlung zwischen den ausländischen und den spanischen Unternehmern führe. Die Regierung trägt ergänzend vor, daß Artikel 24 Absatz 1 Nummer 1 RGCE von den Bietern nicht die Vorlage bestimmter Urkunden verlange, sondern nur eine abstrakte Voraussetzung bezüglich der Rechtsfähigkeit aufstelle. Darüber hinaus ist die spanische Regierung der Meinung, daß die Richtlinien keine hinreichenden Bestimmungen hinsichtlich des Nachweises der Rechtsfähigkeit und der Rechtsform der juristischen Person aufstellten, was die in Artikel 25 Absatz 1 Nummern 1 und 3 RGCE enthaltenen Bestimmungen rechtfertige [27].

71. Wie bereits einleitend ausgeführt wurde, ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, daß bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kriterien für den Ausschluß von der Teilnahme am Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge in erster Linie die Feststellung entscheidend ist, um welche Art von Voraussetzung es geht.

Sicherlich kann die Frage erörtert werden, ob eine Voraussetzung hinsichtlich der Rechtsfähigkeit in den Kriterien enthalten ist, um die es in den Bestimmungen der Richtlinien über die Eignung der Bieter geht. Es ist dagegen kaum denkbar, daß diese Voraussetzung etwas anderes sicherstellen soll, als daß es sich um einen vertrauenswürdigen Bieter handelt, der imstande ist, den Vertrag zu erfüllen, und der gegebenenfalls bei Nichterfüllung des Vertrages die Haftung übernehmen kann. Aus diesem Grund handelt es sich meiner Ansicht nach um eine Voraussetzung, die tatsächlich dem Bereich zuzuordnen ist, in dem die Richtlinien die Nachweise, die verlangt werden können, abschließend aufführen wollten [28].

Diese Anmerkungen sind mit einem wichtigen Vorbehalt zu versehen. Das Gemeinschaftsrecht darf selbstverständlich nicht verhindern, daß die öffentlichen Auftraggeber den Abschluß von Verträgen mit Unternehmen ohne Rechtsfähigkeit ablehnen. In diesem Sinne ist die Voraussetzung gemäß Artikel 24 Absatz 1 Nummer 1 nicht rechtswidrig. Die Richtlinien hindern vielmehr daran, von den Unternehmen allgemein den Nachweis ihrer Rechtsfähigkeit zu verlangen. In praktischer Hinsicht ist es nämlich überflüssig, besondere Voraussetzungen bezüglich der Rechtsfähigkeit der Bieter aufzustellen, denn von dem Unternehmen kann verlangt werden, daß es den Nachweis der Eintragung in das Berufsregister des Landes erbringt, in dem es ansässig ist, und nachweist, daß es nicht zahlungsunfähig ist. Ein derartiges Nachweiserfordernis, das nach den mir zur Verfügung stehenden Informationen für die spanischen Bieter nicht gilt, bedeutet

27 — Die Parteien haben über die Bedeutung verhandelt, die der Tatsache beizumessen ist, daß Artikel 24 der Richtlinie 71/305 nur die Berufsregister in sechs Mitgliedstaaten und Artikel 21 der Richtlinie 77/62 nur die Berufsregister in neun Mitgliedstaaten aufführt. Die Kommission weist darauf hin, daß Artikel 24 der Richtlinie 71/305 durch die Beitrittsurkunden von 1972, 1979 und 1985 ergänzt worden sei und daß Artikel 21 der Richtlinie 77/62 hinsichtlich der drei anderen Mitgliedstaaten leicht entsprechend angewandt werden könne. Ich kann mich der Auffassung der Kommission insoweit vollständig anschließen und schlage vor, diesen Punkt nicht näher zu untersuchen.

28 — In dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Transporoute findet sich für diese Auslegung eine Stütze. In diesem Urteil hat der Gerichtshof entschieden, daß mit dem Erfordernis einer Niederlassungsgenehmigung die „berufliche Befähigung und die Zuverlässigkeit ihrer Leiter" nachgewiesen werden solle und daß dieses Erfordernis folglich der Richtlinie 71/305 widerspreche, die eine abschließende Aufzählung der Arten des Nachweises enthalte, die für diese Eignungen verlangt werden könnten. Der Gerichtshof hat jedoch nicht näher erklärt, weshalb seiner Auffassung nach eine Niederlassungsgenehmigung, wie sie in Frage stand, die Kreditwürdigkeit eines Bieters berühren kann. Ich schließe hieraus, daß alle Urkunden, die nicht nur die eigentliche Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit der Bieter, sondern auch ihre allgemeine Fähigkeit betreffen, Verträge über öffentliche Aufträge zu schließen, mit der abschließenden Aufzählung der Nachweise in Artikel 23 sowie mit Artikel 24 vereinbar sein müssen, der den Nachweis der Eintragung in das Berufsregister des Landes regelt.

für die ausländischen Bieter Belastungen, die in sachgerechter Weise nicht mit dem Zweck begründet werden können, der diesem Erfordernis zugrunde liegt.

72. Die Kommission führt ferner aus, daß die Vorschriften des Artikels 25 Absatz 1 Nummern 1 und 3 RGCE, soweit sie auf die öffentlichen Bauarbeiten Anwendung fänden, Artikel 59 EWG-Vertrag über den freien Dienstleistungsverkehr widersprächen.

73. Die Feststellung, daß die strittigen spanischen Bestimmungen Artikel 59 zuwiderlaufen, hat verhältnismäßig wenig Bedeutung, nachdem feststeht, daß sie den Bestimmungen der Richtlinien zuwiderlaufen. Es sollte genügen, festzustellen, daß die vorgeschriebenen Urkunden, die zu den Urkunden treten, die von den Bietern aufgrund der Richtlinie verlangt werden können, überflüssig sind, weil derartige Voraussetzungen für die Betroffenen Belastungen darstellen, die nicht erforderlich sind. Sollte der Gerichtshof aber der Auffassung sein, daß Spanien auch wegen Verletzung des Artikels 59 EWG-Vertrag zu verurteilen ist, so kann ohne weiteres festgestellt werden, daß auch diese Rüge begründet ist.

74. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes beinhaltet Artikel 59 EWG-Vertrag insbesondere die Beseitigung jeder Ungleichbehandlung des Erbringers von Dienstleistungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder weil er in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ansässig ist, in dem die Dienstleistung zu erbringen ist. Die inländischen Rechtsvorschriften, die nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen unabhängig von deren Herkunft anwendbar sind, sind mit dem Gemeinschaftsrecht nur vereinbar, wenn sie einer ausdrücklichen Ausnahmeregelung unterliegen können, wie Artikel 56 EWG-Vertrag, der sich auf die Berücksichtigung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit bezieht [29]. Hemmnisse des freien Dienstleistungsverkehrs können auch daraus entstehen, daß innerstaatliche Rechtsvorschriften, die für alle im Inland ansässigen Personen gelten, auf Erbringer von Dienstleistungen angewandt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind und bereits den Anforderungen der Rechtsvorschriften dieses Staates genügen müssen. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes sind derartige Hemmnisse nur dann mit Artikel 59 vereinbar, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, denen nicht bereits durch die Vorschriften Genüge getan ist, die in dem Mitgliedstaat gelten, in dem die Erbringer von Dienstleistungen ansässig sind, und wenn sie für die Verwirklichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sind, was bedeutet, daß das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Regelungen erreichbar sein darf [30].

75. Die in Artikel 25 Absatz 1 Nummern 1 und 3 genannten Voraussetzungen, aus denen sich die Pflicht zur Vorlage von besonderen Urkunden als Voraussetzung für die Erteilung des öffentlichen Auftrags ergibt, stellen Beeinträchtigungen des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Meiner Ansicht nach ist der Kommission darin beizupflichten, daß das Allgemeininteresse, um welches es sich auch handeln mag, ausreichend durch die Möglichkeit gesichert ist, die Vorlage der in der Richtlinie 71/305 genannten Urkunden zu verlangen. Da die Vorschriften nicht als objektiv erforderlich zum Schutz der Interessen angesehen werden können, die sie

29 — Vgl. zuletzt das Urteil des Gerichtshofes vom 4. Mai 1993 in der Rechtssache C-17/92 (Federación de Distribuidores Cinematográficos, Slg. 1993, I-2235, Randnrn. 13 und 16).

30 — Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-288/89 (Collective Antennevoorziening Gouda, Slg. 1991, I-4035, Randnrn. 12 bis 15).

wahren sollen, sind sie mit Artikel 59 EWG-Vertrag nicht vereinbar.

76. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, festzustellen, daß Artikel 25 Absatz 1 Nummern 1 und 3 RGCE mit den Richtlinien 71/305 und 77/62 unvereinbar ist.

b. *Artikel 284 Absatz 5 RGCE*

77. Artikel 28 der Richtlinie 71/305 bezieht sich auf die offiziellen Listen der zugelassenen Unternehmer, die es in einigen Mitgliedstaaten gibt (sog. Klassifizierungssystem), und regelt, wie die Unternehmer die Klassifizierungsbescheinigungen als Nachweis dafür verwenden können, daß sie bestimmte Auswahlkriterien der Richtlinie erfüllen.

78. Artikel 284 Absatz 5 bestimmt:

„Nichtspanische Unternehmer aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft können sich nur auf Absatz 3 der Vorschrift berufen [d. h. auf das Recht, die Leistungsfähigkeit durch andere Mittel als durch die Klassifizierung nachzuweisen], wenn sie durch eine vom Beratenden Ausschuß des öffentlichen Vergabewesens ausgestellte Bescheinigung nachweisen, daß sie nicht klassifiziert wurden und daß sie auch nicht Gegenstand einer Klassifizierung waren, die ausgesetzt oder aufgehoben wurde."

Wenn ich die Informationen, über die ich verfüge, richtig verstanden habe, ist diese Vorschrift dahingehend zu verstehen, daß nach spanischem Recht die Unternehmer die Klassifizierungsbescheinigungen grundsätzlich verwenden müssen und daß sie ihre Eignung nur dadurch nachweisen können, wenn sie eine von einer spanischen Stelle ausgestellte Bescheinigung vorlegen, aus der sich ergibt, daß sie in der spanischen Liste nicht klassifiziert wurden [31] und daß sie auch nicht Gegenstand einer Klassifizierung waren, die ausgesetzt oder aufgehoben wurde.

79. Die Kommission macht geltend, der Richtlinie 71/305 [32] könne entnommen werden, daß der Unternehmer das Recht habe, zu entscheiden, ob er seine Eignung durch eine Klassifizierungsbescheinigung oder auf andere Weise nachweisen wolle. Das Erfordernis der besonderen Bescheinigung als Voraussetzung dafür, die Eignung anders als durch Vorlage einer Klassifizierungsbescheinigung nachweisen zu können, widerspricht daher nach Ansicht der Kommission dem System der Richtlinie. Die Kommission meint im übrigen, daß es sich um eine ungerechtfertigte und unverhältnismäßige Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs handele, die Artikel 59 EWG-Vertrag widerspreche.

80. Die spanische Regierung macht geltend, daß diese Vorschrift dazu diene, innerhalb des Klassifizierungssystems Umgehungen zu verhindern, die für die Unternehmen der anderen Mitgliedstaaten darin bestünden, daß sie die Folgen der Aussetzung oder der Aufhebung einer früheren Klassifizierung durch die Möglichkeit eines Eignungsnachweises mit anderen Beweismitteln vermieden. Es handele sich um eine einfache Formvor-

31 — Nach Meinung der Kommission steht fest, daß diese Vorschrift eine „Negativ"-Bescheinigung darüber verlangt, daß der Unternehmer nicht in der Liste der *in Spanien* zugelassenen Unternehmer klassifiziert wurde. Dieser Auffassung wurde von der spanischen Regierung nicht widersprochen.

32 — In ihrer Klageschrift hatte die Kommission ausgeführt, daß die strittige Vorschrift gemäß Artikel 109 LCE auch auf die öffentlichen Lieferaufträge Anwendung finde. Die spanische Regierung hat jedoch darauf hingewiesen, daß die Bestimmungen über die Klassifizierung tatsächlich nicht so weit gefaßt worden seien, daß sie auch die öffentlichen Lieferaufträge erfaßten. Nach dieser Erwiderung und als Antwort auf die zu diesem Punkt gestellte Frage des Gerichtshofes hat die Kommission klargestellt, daß sie nicht die Verletzung der Vorschriften der Richtlinie 77/62 durch die Vorschriften des Artikels 284 Absatz 5 RGCE geltend machte.

schrift, der nachzukommen nicht schwierig sei und die angesichts ihres klaren und eindeutigen Zweckes, zu verhindern, daß der Auftrag einem Unternehmen erteilt werde, das nicht die wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Voraussetzungen der Berufsklassifizierung erfülle, nicht als sachfremd oder als objektiv nicht gerechtfertigt angesehen werden könne.

81. Meiner Ansicht nach ist der Kommission darin beizupflichten, daß die Mitgliedstaaten das Recht der Unternehmer, sich für das Beweismittel entscheiden zu können, das sie zum Nachweis ihrer Eignung benutzen wollen, nicht beschneiden können. Die Richtlinie setzt diese Entscheidungsfreiheit voraus [33], und die Bestimmungen der Richtlinie über die Beweismittel (vgl. Artikel 23 bis 26) enthalten keine Ermächtigung, eine Förmlichkeit wie die hier umstrittene zu verlangen. Der Kommission ist darüber hinaus darin beizupflichten, daß es sich um eine Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs handelt, die nicht durch Erwägungen gerechtfertigt werden kann, auf die sich die spanische Regierung beruft. Da es mit der Richtlinie 71/305 unvereinbar ist zu verlangen, daß die Unternehmer in der offiziellen Liste der Unternehmer des Mitgliedstaates, in dem die Ausschreibung stattfindet, eingetragen sind [34], kann auch dem Umstand, daß eine solche Klassifizierung zu einem bestimmten Zeitpunkt aufgehoben oder ausgesetzt worden ist, keine Bedeutung beigemessen werden. Der einzig entscheidende Punkt ist, daß die Bieter bei der Angebotsabgabe die erforderliche Eignung nachweisen können. Es ist davon auszugehen, daß dieser Überlegung hinreichend Rechnung getragen wird durch die Tatsache, daß von den Bietern die Vorlage der in der Richtlinie 71/305 genannten Bescheinigungen und Urkunden verlangt werden kann.

82. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, festzustellen, daß Artikel 284 Absatz 5 RGCE mit der Richtlinie 71/305 und mit Artikel 59 EWG-Vertrag unvereinbar ist.

c. *Artikel 287 Absatz 2 RGCE*

83. Artikel 287 Absatz 2 RGCE über die Voraussetzungen der Klassifizierung der Unternehmer in Spanien bestimmt folgendes:

„Zu diesem Zweck werden vorrangig die personellen, materiellen und finanziellen Mittel bewertet, über die die Unternehmen im Inland ständig verfügen."

84. Die Kommission meint, daß diese Vorschrift der Richtlinie 71/305 [35] und Artikel 59 EWG-Vertrag widerspreche.

85. Die spanische Regierung meint, daß diese Vorschrift keine konkrete rechtliche Wirkung habe, da sie nicht klarstelle, was der Vorrang bedeute, auf den sie sich beziehe; im

33 — Vgl. Urteil Bellini (siehe oben, Fußnote 24, Randnrn. 24 und 25).

34 — Vgl. Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Transporoute, Randnrn. 12 und 13.

35 — In der Klageschrift hatte die Kommission ausgeführt, daß die strittige Vorschrift gemäß Artikel 320 und 330 RGCE auf die öffentlichen Lieferaufträge Anwendung finde. Wie soeben dargelegt, hat die spanische Regierung darauf hingewiesen, daß die Bestimmungen über die Klassifizierung nicht so weit gefaßt worden seien, daß sie auch die öffentlichen Lieferaufträge erfaßten. Nach dieser Erwiderung und als Antwort auf die zu diesem Punkt gestellte Frage des Gerichtshofes hat die Kommission klargestellt, daß sie nicht beantragen wird, festzustellen, daß Artikel 287 Absatz 2 RGCE den Vorschriften der Richtlinie 77/62 widerspricht.

übrigen sei deshalb beabsichtigt, die Vorschrift aufzuheben. Darüber hinaus trägt die spanische Regierung vor, daß diese Vorschrift, wenn sie eine rechtliche Wirkung hätte, durch Artikel 26 Buchstaben c und d der Richtlinie 71/305 gerechtfertigt wäre.

86. Artikel 28 Absatz 4 der Richtlinie 71/305 bestimmt: „Für die Aufnahme von Unternehmern der anderen Mitgliedstaaten in eine solche Liste können nur die für inländische Unternehmer vorgesehenen Nachweise und Erklärungen gefordert werden, in jedem Fall jedoch lediglich diejenigen, die in den Artikeln 23 bis 26 vorgesehen sind." Wie die Kommission zu Recht ausführt, erlauben diese Vorschriften nicht, von den Unternehmern der anderen Mitgliedstaaten Informationen über die in Artikel 287 Absatz 2 RGCE genannten Tatsachen zu fordern. Artikel 26 Buchstaben c und d der Richtlinie bestimmt, daß vom Unternehmer eine Erklärung gefordert werden kann, aus der u. a. hervorgeht, über welche technische Ausrüstung er bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird, sowie eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der von dem Unternehmen in den letzten drei Jahren Beschäftigten ersichtlich ist. Der entscheidende Punkt bei der Beurteilung der strittigen Bestimmung ist jedoch, daß in der Richtlinie keine Grundlage dafür gefunden werden kann, besondere Informationen über die Beschäftigten, die technische Ausrüstung und die wirtschaftlichen Mittel *im spanischen Hoheitsgebiet* zu fordern. Artikel 287 Absatz 2 RGCE ist daher mit der Richtlinie 71/305 unvereinbar.

87. Die Kommission hat auch recht, wenn sie ausführt, daß die strittige Vorschrift eine Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle. Diese Bestimmung ist dahin zu verstehen, daß der Umstand, daß ein Unternehmen nicht (oder nur in geringem Maße) über eine technische Ausrüstung usw. im spanischen Hoheitsgebiet verfügt, für die Klassifizierung in Spanien von Bedeutung sein kann, was sich wiederum auf die Möglichkeit des betreffenden Unternehmers auswirken kann, in Spanien Dienstleistungen zu erbringen. Obwohl diese Vorschrift formal sowohl auf die ausländischen als auch auf die inländischen Unternehmer Anwendung findet, scheint es sich um eine Vorschrift zu handeln, die in Wirklichkeit die spanischen Unternehmer begünstigt, die mit viel größerer Wahrscheinlichkeit im spanischen Hoheitsgebiet über Beschäftigte und technische Ausrüstung verfügen [36]. Es handelt sich mit anderen Worten also um eine versteckte, auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung, der eine Erwägung, die nach dem Vertrag eine derartige Bestimmung rechtfertigen könnte, nicht zugrunde liegt.

88. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, festzustellen, daß Artikel 287 Absatz 2 RGCE mit der Richtlinie 71/305 und mit Artikel 59 EWG-Vertrag unvereinbar ist.

d. *Artikel 312 Absatz 2 RGCE*

89. Diese Vorschrift, die die Beweiskraft von Bescheinigungen und anderen Urkunden regelt, die von den Behörden anderer Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine Reihe von spanischen Anforderungen an den Nachweis ausgestellt worden sind, widerspricht nach Meinung der Kommission in bestimmten Punkten Artikel 28 Absatz 3 der Richtlinie 71/305, der Bestimmungen über die Beweiskraft von in anderen Mitgliedstaaten ausgestellten Klassifizierungsbescheini-

36 — Vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 3. Juni 1992 in der Rechtssache C-360/89 (Kommission/Italien, Slg. 1992, I-3401, Randnrn. 10, 11 und 12).

gungen vorsieht. Diesem Punkt ist die spanische Regierung, die angekündigt hat, daß diese Vorschrift im Rahmen einer vorgesehenen Änderung der RGCE geändert wird, nicht entgegengetreten. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, den Anträgen der Kommission in diesem Punkt stattzugeben.

e. *Artikel 320 Absatz 3 Nummer 5 RGCE*

90. Diese Vorschrift sieht die Einzelheiten für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines Auftragnehmers vor und bestimmt u. a., daß dieser Nachweis durch Bescheinigungen über die betreffenden Erzeugnisse erbracht werden kann, die von einer mit der Qualitätsüberwachung betrauten spanischen Behörde oder amtlichen Stelle ausgestellt werden. Die Vorschrift widerspricht nach Auffassung der Kommission Artikel 23 Absatz 1 Buchstabe e der Richtlinie 77/62, wonach zwar die Vorlage von Qualitätsbescheinigungen verlangt werden kann, nicht aber, daß diese von einer Stelle des Mitgliedstaats ausgestellt wird, dem der öffentliche Auftragnehmer angehört. Die Kommission trägt gleichzeitig vor, daß diese Forderung eine Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle, die Artikel 30 EWG-Vertrag widerspreche. Diesem Punkt ist die spanische Regierung, die angekündigt hat, daß diese Vorschrift im Rahmen der vorgesehenen Änderung des LCE aufgehoben wird, nicht entgegengetreten. Die spanische Regierung meint nur, daß es sich um eine fehlerhafte Formulierung handele, die durch eine Auslegung der fraglichen Vorschrift, die nicht am Wortlaut haften bleibe, korrigiert werden könne. Dem ist nicht zu folgen. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, den Anträgen der Kommission in diesem Punkt stattzugeben.

f. *Artikel 341 RGCE*

91. Artikel 341 RGCE bestimmt:

„Wenn die Regierung es für zweckdienlich hält, kann sie in Übereinstimmung mit der vierten Schlußbestimmung der RGCE diejenigen Unternehmer bei der Ausschreibung von Bauaufträgen von einer vorläufigen Sicherheitsleistung befreien, die eine bestimmte Klassifizierung des Finanzministeriums erhalten haben."

92. Die Kommission weist darauf hin, daß diese Möglichkeit durch das Königliche Dekret 1883/79 vom 1. Juni 1979, das die öffentlichen Auftragnehmer ermächtigt, in die Angebotsunterlagen eine Befreiungsklausel aufzunehmen, sowie durch die Verordnung vom 23. Oktober 1979 eingeführt worden sei, nach der eine Befreiung in die Angebotsunterlagen des Ministeriums für öffentliche Arbeiten und Städtebau und seiner selbständigen Organe aufgenommen werden könne.

93. Die Kommission führt aus, daß Artikel 341 RGCE mit der Richtlinie 71/305 und mit Artikel 59 EWG-Vertrag unvereinbar sei. Die Kommission meint, daß die Möglichkeit, sich ohne Klassifizierung zu bewerben, ein dem Unternehmer zustehendes Recht sei und daß dessen Ausübung nicht aus den von den spanischen Behörden vorgebrachten Gründen beeinträchtigt werden könne. Die Befreiung der Unternehmen mit Klassifizierung von der vorläufigen Sicherheitsleistung stelle einen finanziellen Anreiz für die Klassifizierung dar und bewirke in der Praxis, daß das Recht des Unternehmers, sich ohne Klassifizierung zu bewerben, beschränkt werde.

Die Kommission weist darüber hinaus darauf hin, daß sie keine Schwierigkeiten darin sehe, die Vorteile einer Befreiung von der vorläufigen Sicherheitsleistung auf Bieter zu erstrecken, die den Nachweis für ihre Leistungsfähigkeit in anderer Weise als durch die Klassifizierung erbracht hätten. Nach Auffassung der Kommission haben die öffentlichen Auftraggeber ausreichend Möglichkeiten, eine Sanktion gegen „unzuverlässige Bieter" zu verhängen, z. B. über die Anwendung des Artikels 23 Absatz 1 Buchstaben d und g.

94. Die spanische Regierung meint, daß die spanischen Bestimmungen den ausländischen Unternehmern die Möglichkeit böten, unter denselben Voraussetzungen wie die spanischen Unternehmer zwei Arten von Sicherheit für die ordnungsgemäße Vertragserfüllung zu leisten. Die Unternehmen könnten zwischen einer vorläufigen Sicherheitsleistung und der Einholung der Klassifizierung beim spanischen Finanzministerium wählen. Hieraus ergebe sich, daß die ausländischen Unternehmer in derselben Weise wie die spanischen Unternehmen von der Verpflichtung zur vorläufigen Sicherheitsleistung befreit werden können. Bei Nichterfüllung des Vertrages hätten die öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, die Nichterfüllung dadurch zu ahnden, daß sie die vorläufige Sicherheit als verfallen behandelten oder daß sie die Klassifizierung aussetzten. Diese beiden Formen der Sicherheitsleistung fügten sich in Artikel 16 Buchstabe i der Richtlinie 71/305 ein, der den öffentlichen Auftraggebern die Verpflichtung auferlege, bei den offenen Verfahren „die Angabe der Kautionen und sonstigen Sicherheiten, die gegebenenfalls ... in irgendeiner Form gefordert werden", in die Bekanntmachung aufzunehmen.

Die öffentlichen Auftraggeber hätten keine Möglichkeit, bei Nichterfüllung des Vertrages wirksame Sanktionen zu verhängen, wenn die Befreiung von der vorläufigen Sicherheitsleistung auf ausländische Unternehmer erstreckt würde, die den Nachweis für ihre wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit auf andere Weise als durch die Klassifizierung erbracht hätten.

95. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die spanische Regierung die Notwendigkeit betont, die ordnungsgemäße Abwicklung der Verträge sicherzustellen. Dieses Ziel wird angemessen berücksichtigt durch das Erfordernis einer vorläufigen Sicherheit, die aufgrund von Artikel 16 Buchstabe i der Richtlinie 71/305 als zulässig anzusehen ist. Meiner Ansicht nach gibt die Klassifizierung beim spanischen Finanzministerium dagegen keine besondere Sicherheit für die ordnungsgemäße Abwicklung der geschlossenen Verträge. Nach Auffassung der spanischen Regierung besteht diese Sicherheit in der „Drohung", bei Nichterfüllung der Verträge die Klassifizierung auszusetzen, was eine spätere Auftragsvergabe erschwere. Eine solche „Drohung" mit dem Ausschluß von zukünftigen Ausschreibungen besteht jedoch unabhängig von der Frage der Klassifizierung in Spanien. Wie die Kommission ausgeführt hat, bestimmt Artikel 23 Buchstaben d und g der Richtlinie, daß die öffentlichen Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen können, „die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde" oder „die sich bei der Erteilung von Auskünften, die gemäß [dem Kapitel der Richtlinie über die Eignungskriterien] eingeholt werden können, in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht haben". Diese Vorschriften geben den öffentlichen Auftraggebern zumindest die Möglichkeit, die vorsätzliche Nichterfüllung eines Vertrages zu sanktionieren, einschließlich gegenüber ausländischen Unternehmern, die den Nachweis für ihre wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit auf andere Weise

als durch die Klassifizierung erbracht haben; das Bestehen dieser Möglichkeit bietet meines Erachtens dieselbe Form von Sicherheit für die Vertragserfüllung, d. h. eine „Drohung" mit dem Ausschluß von der Teilnahme an zukünftigen Vergabeverfahren, die die spanische Regierung mit dem Erfordernis der Klassifizierung erreichen will.

Unter diesen Umständen ist erkennbar, daß das spanische Erfordernis der Klassifizierung beim spanischen Finanzministerium als Voraussetzung für die Befreiung von der vorläufigen Sicherheitsleistung eigentlich darauf hinausläuft, den ausländischen Unternehmern, die in Spanien nicht klassifiziert sind, eine besondere wirtschaftliche Belastung aufzuerlegen [37]. Wie die Kommission ausführt, gewährt die Richtlinie 71/305 jedoch den Unternehmern das Recht, den Nachweis für die Leistungsfähigkeit durch die in den Artikeln 23 bis 26 der Richtlinie 71/305 genannten Beweismittel oder durch eine Bescheinigung über die Klassifizierung in einem anderen Mitgliedstaat zu erbringen. Es kann nicht gefordert werden, daß die Unternehmer in dem Mitgliedstaat klassifiziert worden sind, in dem das Vergabeverfahren stattfindet [38]. Es kann daher nicht mit der Richtlinie vereinbar sein, wenn mit einer fehlenden Klassifizierung in Spanien wirtschaftliche Belastungen verbunden werden.

96. Eine wirtschaftliche Belastung, die den in Spanien nicht klassifizierten Unternehmern auferlegt wird, stellt eine Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs gemäß Artikel 59 EWG-Vertrag dar. Das Argument der spanischen Regierung bezüglich der Notwendigkeit, die ordnungsgemäße Vertragsabwicklung sicherzustellen, kann, wie ich ausgeführt habe, nicht aufrechterhalten werden, und andere Gründe des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung einer derartigen Bestimmung sind nicht erkennbar.

97. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, festzustellen, daß Artikel 341 RGCE mit der Richtlinie 71/305 und mit Artikel 59 EWG-Vertrag unvereinbar ist.

Vorschriften im technischen Bereich

98. Die Kommission beantragt, festzustellen, daß Artikel 244 RGCE, der Bestimmungen über technische Anforderungen aufstellt, Artikel 7 der Richtlinie 77/62 widerspricht.

99. Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie bestimmt u. a., daß bei der Festlegung der technischen Merkmale im Rahmen der öffentlichen Lieferaufträge insbesondere auf geeignete Normen Bezug zu nehmen ist und daß bei der Bezugnahme in diesem Fall folgende Reihenfolge einzuhalten ist: Gemeinschaftsnormen, europäische Normen, internationale Normen, innerstaatliche Normen und schließlich andere Normen. Die Kommission meint, daß die Bestimmungen über die Reihenfolge der Normen durch die strittige Vorschrift der RGCE nicht umgesetzt worden seien.

100. Die spanische Regierung räumt ein, daß die in Artikel 7 Absatz 1 der

37 — Für die spanischen Unternehmer scheint die Voraussetzung der Klassifizierung zwingend zu sein. Die spanische Regierung hat darauf hingewiesen, daß die Voraussetzung der Klassifizierung für öffentliche Aufträge zwingend sei, die den Betrag von 20 Millionen Peseten übersteigen, und daß die Möglichkeit, den Nachweis für die technische und finanzielle Leistungsfähigkeit auf andere Weise als durch die Klassifizierung zu erbringen, nicht für die spanischen Unternehmer gelte. Ich verstehe diese Erklärungen so, daß bei Verträgen, die den genannten Betrag erreichen oder übersteigen, nur die ausländischen Unternehmer die Wahl haben, sich klassifizieren zu lassen oder eine vorläufige Sicherheit zu leisten.

38 — Vgl. Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Transporoute, Randnrn. 12 und 13.

Richtlinie 77/62 geregelte Reihenfolge nicht in das spanische Recht umgesetzt worden ist, das nur vorsieht, daß bei der Festlegung der technischen Merkmale auf inländische oder internationale Merkmale Bezug genommen werden kann. Sie trägt jedoch vor, daß Artikel 7 durch Artikel 8 der Richtlinie 88/295 wesentlich geändert worden sei und daß es unter diesen Umständen unangemessen und widersinnig sei, zu fordern, daß die spanischen Rechtsvorschriften den Vorschriften der Richtlinie 77/62 angepaßt sein müßten oder daß die Vorschriften der Richtlinie 88/295 vor Ablauf der Umsetzungsfrist umgesetzt würden. Spanien sei eine zusätzliche Frist für die Umsetzung der Richtlinie 88/295 gewährt worden. Die spanische Regierung meint, daß die Anträge der Kommission im vorliegenden Fall nicht mit der Pflicht vereinbar seien, die Erfüllung der sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen durch die Mitgliedstaaten im Rahmen des Möglichen zu erleichtern, und sie verweist insoweit auf Artikel 5 EWG-Vertrag und auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere auf das Urteil vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-303/88 (Italien/Kommission) [39].

101. Dem Vorbringen der spanischen Regierung ist nicht zu folgen. Die Verpflichtung, die Richtlinien innerhalb der hierfür vorgeschriebenen Fristen umzusetzen, wird nicht durch den Umstand berührt, daß diese Richtlinien später geändert worden sind; weder aus Artikel 5 EWG-Vertrag über die gegenseitige Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und den Einrichtungen der Gemeinschaft noch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann gefolgert werden, daß die Kommission befugt ist, Befreiungen bezüglich der für die Umsetzung festgelegten Fristen zu gewähren. Somit ist erwiesen, daß Spanien die sich aus Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 77/62 ergebenden Verpflichtungen nicht erfüllt hat, da es nicht innerhalb der für die Umsetzung der Richtlinie vorgesehenen Frist die von dieser Vorschrift geforderte Reihenfolge übernommen hat.

102. Die Kommission meint darüber hinaus, daß Artikel 244 Absatz 2 RGCE Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 77/62 widerspreche.

Artikel 244 Absatz 2 bestimmt u. a. folgendes:

„Erzeugnisse einer bestimmten Produktion oder Herkunft oder besondere Verfahren, die zur Folge haben, daß bestimmte Unternehmen bevorzugt oder ausgeschlossen werden, werden in den Beschreibungen technischer Merkmale nicht genannt, es sei denn, daß der Auftragsgegenstand dies erfordert. Wenn der öffentliche Auftraggeber den Auftragsgegenstand nicht durch hinreichend genaue und für die Beteiligten verständliche Bezeichnungen beschreiben kann, kann er auf Warenzeichen, Lizenzen oder Typen Bezug nehmen, sofern diese Angaben mit dem Zusatz ‚oder gleichwertiger Art' versehen sind."

Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 77/62 hat folgenden Wortlaut:

„Die Mitgliedstaaten verbieten die Aufnahme von Beschreibungen technischer Merkmale in die Vertragsklauseln für einen bestimmten Auftrag, die Erzeugnisse einer bestimmten Produktion oder Herkunft oder besondere Verfahren erwähnen und zur Wirkung haben, daß bestimmte Unternehmen oder bestimmte Erzeugnisse bevorzugt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, daß diese technischen Merkmale durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind. Verboten ist

39 — Slg. 1991, I-1433,

insbesondere die Angabe von Warenzeichen, Patenten oder Typen sowie die Angabe eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion; eine solche Angabe mit dem Zusatz ‚oder gleichwertiger Art' ist jedoch zulässig, wenn der Auftragsgegenstand durch hinreichend genaue, allgemeinverständliche Bezeichnungen nicht anders beschrieben werden kann."

103. Die Kommission meint, daß Artikel 244 Absatz 2 RGCE die Möglichkeit biete, „eine bestimmte Herkunft oder Produktion" ohne den Zusatz „oder gleichwertiger Art" anzugeben.

104. Die spanische Regierung meint, daß diese Vorschrift einerseits ein allgemeines Verbot, dessen Wortlaut mit Artikel 7 Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie 77/62 ungefähr identisch sei, und andererseits eine Ausnahme enthalte, die sich von der entsprechenden Vorschrift des Artikels 7 Absatz 2 darin unterscheide, daß sie restriktiver sei, da sie für die technischen Merkmale die Angabe einer bestimmten Herkunft oder Produktion auch dann nicht zulasse, wenn diese Angabe mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art" versehen sei.

105. Eindeutig verbietet Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie sowohl die Angabe einer *bestimmten Herkunft* oder *bestimmten Produktion* als auch die Angabe von *Warenzeichen, Lizenzen* oder *Typen*. Ebenso eindeutig können alle diese Angaben verwendet werden, wenn dies unter bestimmten, genauen Voraussetzungen notwendig ist und wenn die Worte „oder gleichwertiger Art" hinzugefügt werden. Artikel 244 Absatz 2 RGCE führt dagegen die beiden ersten Angaben in Satz 1 und die drei letzten Angaben im letzten Satz an. Die Vorschrift wird hierdurch unklar. Ihr Wortlaut vermittelt den Eindruck, daß es möglich ist, eine bestimmte Herkunft oder Produktion anzugeben, sofern dies durch den Gegenstand des Ausschreibungsverfahrens gerechtfertigt ist, ohne daß der Zusatz „oder gleichwertiger Art" verlangt wird, und daß es möglich ist, Warenzeichen, Lizenzen oder Typen anzugeben, sofern daß die öffentlichen Auftraggeber den Gegenstand des Ausschreibungsverfahrens nicht durch andere Merkmale beschreiben können und diese Angaben mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art" versehen werden. Wie erwähnt meint die spanische Regierung, daß diese Auslegung insoweit unzutreffend sei, als diese Vorschrift keineswegs zulasse, die Herkunft oder Produktion eines Erzeugnisses anzugeben. Die von der Regierung vertretene Auslegung, die möglicherweise dazu führt, daß die Vorschrift mit der Richtlinie vereinbar ist, ist jedoch angesichts des Wortlauts dieser Vorschrift nicht hinreichend gesichert, und die Rechtslage muß daher insoweit als unsicher gelten, so daß dies den Forderungen des Gemeinschaftsrechts bezüglich der richtigen Umsetzung der Richtlinien widerspricht.

106. Aus den genannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, festzustellen, daß Artikel 244 RGCE mit der Richtlinie 77/62 unvereinbar ist.

Vorschriften über Zuschlagskriterien

107. Die Kommission hat in ihrer Klageschrift beantragt, festzustellen, daß das Gesetz vom 24. November 1939 über die Organisation und den Schutz der inländi-

schen Industrie und Artikel 11 des Königlichen Dekrets 946/1978 vom 14. April 1978 über pharmazeutische Leistungen mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind. Im Verlauf der mündlichen Verhandlung hat die spanische Regierung mitgeteilt, daß diese Vorschriften aufgehoben worden seien. Unter diesen Umständen hat die Kommission ihre Anträge zurückgenommen.

Zu den Kosten

108. Im Vorstehenden bin ich zu dem Ergebnis gekommen, daß die Klage hinsichtlich des Artikels 2 Absatz 8 und des Artikels 29bis Absatz 1 Nummern 1 und 3 LCE sowie hinsichtlich des Artikels 2 Absatz 8, des Artikels 24 Absatz 1 Nummer 1 und des Artikels 93ter Nummern 1 und 3 RGCE abzuweisen ist.

Da jedoch meiner Ansicht nach den Anträgen der Kommission im wesentlichen stattzugeben ist, schlage ich dem Gerichtshof vor, Spanien die Kosten aufzuerlegen.

Aus den vorgenannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor,

festzustellen, daß das Königreich Spanien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus den Artikeln 30 und 59 EWG-Vertrag sowie aus den Richtlinien 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge und 77/62/EWG vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge verstoßen hat,

— daß es bestimmte Vorschriften, die eine Ausnahme von der Anwendung der Rechtsvorschriften über die öffentlichen Aufträge begründen, nämlich Artikel 2 Absatz 3 des Gesetzes über öffentliche Aufträge und Artikel 2 Absatz 3 der Allgemeinen Verordnung über öffentliche Aufträge beibehalten hat,

— daß es bestimmte Vorschriften, die eine freihändige Auftragsvergabe gestatten, nämlich Artikel 37 Absatz 1 Nummern 1, 2, 7 und 8 und Artikel 87 Absatz 4 Nummern 1, 2 und 5 des Gesetzes über öffentliche Aufträge, Artikel 117 Absatz 1 Nummern 1, 2, 7 und 8 und Artikel 247 Absatz 4 Nummern 1, 2 und 5 der Allgemeinen Verordnung über öffentliche Aufträge und Artikel 120 des Decreto Legislativo zur regionalen Regelung, beibehalten hat,

— daß es bestimmte Vorschriften über die Teilnahmebestimmungen und die Eignungskriterien, nämlich Artikel 25 Absatz 1 Nummern 1 und 3, Artikel 284 Absatz 5, Artikel 287 Absatz 2, Artikel 312 Absatz 2, Artikel 320 Absatz 3 Nummer 5 und Artikel 341 der Allgemeinen Verordnung über öffentliche Aufträge beibehalten hat und

— daß es bestimmte Vorschriften über technische Normen, nämlich Artikel 244 der Allgemeinen Verordnung über öffentliche Aufträge beibehalten hat;

die Klage im übrigen abzuweisen und

dem Königreich Spanien die Kosten aufzuerlegen.