# URTEIL DES GERICHTS (Fünfte Kammer)

20. Mai 2010 *

In der Rechtssache T-258/06

**Bundesrepublik Deutschland,** vertreten durch M. Lumma und C. Schulze-Bahr als Bevollmächtigte,

Klägerin,

unterstützt durch

**Französische Republik,** zunächst vertreten durch G. de Bergues, dann durch G. de Bergues und J.-C. Gracia und schließlich durch G. de Bergues und J.-S. Pilczer als Bevollmächtigte,

durch

**Republik Österreich,** vertreten durch M. Fruhmann, C. Pesendorfer und C. Mayr als Bevollmächtigte,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

durch

**Republik Polen,** zunächst vertreten durch E. Ośniecka-Tamecka, dann durch T. Nowakowski, dann durch M. Dowgielewicz, dann durch M. Dowgielewicz, K. Rokicka und K. Zawisza und schließlich durch M. Szpunar als Bevollmächtigte,

durch

**Königreich der Niederlande,** zunächst vertreten durch H. Sevenster, dann durch C. Wissels und M. de Grave und schließlich durch C. Wissels, M. de Grave und Y. de Vries als Bevollmächtigte,

durch

**Europäisches Parlament,** vertreten durch U. Rösslein und J. Rodrigues als Bevollmächtigte,

durch

**Hellenische Republik,** vertreten durch D. Tsagkaraki und M. Tassopoulou als Bevollmächtigte,

und durch

**Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland,** zunächst vertreten durch Z. Bryanston-Cross, dann durch L. Seeboruth als Bevollmächtigte,

Streithelfer,

gegen

**Europäische Kommission,** vertreten durch X. Lewis und B. Schima als Bevollmächtigte,

Beklagte,

wegen Nichtigerklärung der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (ABl. 2006, C 179, S. 2),

erlässt

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten M. Vilaras sowie der Richter M. Prek und V. M. Ciucă (Berichterstatter),

Kanzler: T. Weiler, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 2009

folgendes

## Urteil

### Sachverhalt

1 Am 23. Juni 2006 erließ die Kommission der Europäischen Gemeinschaften eine Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das „Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ (im Folgenden: Mitteilung). In Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge hatte die Europäische Gemeinschaft nämlich 2004 die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134, S. 1) und die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über

die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114) mit detaillierten Vorschriften für wettbewerbsorientierte Vergabeverfahren erlassen (im Folgenden zusammen: Vergaberichtlinien).

2 Bestimmte Aufträge fallen jedoch nicht oder nur teilweise unter diese Richtlinien. Nach dem Wortlaut der Mitteilung betrifft sie Aufträge unterhalb der Schwellenwerte für die Anwendung der Vergaberichtlinien und Aufträge gemäß Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18 und Anhang XVII Teil B der Richtlinie 2004/17, die die Schwellenwerte dieser Richtlinien überschreiten (im Folgenden: II-B-Aufträge).

3 Ferner wird in der Mitteilung darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Binnenmarktregeln auch für Aufträge gälten, die nicht unter die Vergaberichtlinien fielen. Die Kommission erläutert darin ihr Verständnis der Rechtsprechung des Gerichtshofs und stellt bewährte Verfahren vor, um die Mitgliedstaaten darin zu unterstützen, die Möglichkeiten des Binnenmarkts voll auszuschöpfen. In der Mitteilung heißt es jedoch, dass sie keine neuen rechtlichen Regeln einführe.

4 In der Mitteilung werden die bei der Auftragsvergabe zu beachtenden Grundanforderungen dargestellt, die sich direkt aus den Vorschriften des EG-Vertrags in ihrer Auslegung durch den Gerichtshof ergäben.

5 Die Mitteilung unterscheidet demnach zwischen öffentlichen Aufträgen, die für den Binnenmarkt nicht relevant sind und für die die aus dem EG-Vertrag abgeleiteten Anforderungen nicht gelten, und Aufträgen, die in hinreichendem Zusammenhang mit dem Funktionieren des Binnenmarkts stehen und diese Anforderungen erfüllen müssen. Die Binnenmarktrelevanz jedes öffentlichen Auftrags sei im Einzelfall von den Auftraggebern zu beurteilen. Wenn die Prüfung des öffentlichen Auftrags ergebe, dass er für den Binnenmarkt relevant sei, müsse die Vergabe unter Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Grundanforderungen erfolgen.

6 Punkt 2 der Mitteilung behandelt die Grundanforderungen für die Vergabe von Aufträgen mit Binnenmarktrelevanz. Hier leitet die Kommission aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Verpflichtung zur Transparenz ab, wonach der Auftraggeber einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen müsse, der den Markt dem Wettbewerb öffne. In Punkt 2.1.1 der Mitteilung folgert sie daraus, dass sich die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs festgelegten Erfordernisse nur erfüllen ließen, wenn vor der Auftragsvergabe eine hinreichend zugängliche Bekanntmachung veröffentlicht werde. Ferner werden in Punkt 2.1.2 der Mitteilung eine Reihe konkreter Wege der Bekanntmachung genannt, die angemessen und gängig seien. Hierzu gehörten das Internet, nationale Amtsblätter, Ausschreibungsblätter, regionale oder überregionale Zeitungen und Fachpublikationen, lokale Medien sowie das *Amtsblatt der Europäischen Union*/die TED-Datenbank (Tenders Electronic Daily, im Internet verfügbare Datenbank europäischer öffentlicher Aufträge).

7 Die Vergabe öffentlicher Aufträge muss nach Punkt 2.2 der Mitteilung im Einklang mit den Vorschriften und Grundsätzen des EG-Vertrags erfolgen, wobei insbesondere das Diskriminierungsverbot und der Transparenzgrundsatz zu beachten seien. Ein angemessener Grad von Öffentlichkeit, der den Markt dem Wettbewerb öffne und die Nachprüfung ermögliche, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden seien, lasse sich am besten durch eine diskriminierungsfreie Beschreibung des Auftragsgegenstands, gleichen Zugang für Wirtschaftsteilnehmer aus allen Mitgliedstaaten, gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise, angemessene Fristen sowie einen transparenten und objektiven Ansatz erreichen.

8 Schließlich wird unter Punkt 2.3 der Mitteilung hervorgehoben, wie wichtig es für den Rechtsschutz sei, dass nachgeprüft werden könne, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden seien.

## Verfahren

9 Die Bundesrepublik Deutschland hat mit Klageschrift, die am 12. September 2006 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, die vorliegende Klage erhoben.

10 Am 19. Dezember 2006 hat die Französische Republik beantragt, als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Bundesrepublik Deutschland zugelassen zu werden. Mit Beschluss vom 9. März 2007 hat der Präsident der Ersten Kammer des Gerichts diesem Antrag stattgegeben. Am 14. Juni 2007 hat die Französische Republik ihren Streithilfeschriftsatz eingereicht.

11 Am 5. Januar 2007 hat die Republik Österreich beantragt, als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Bundesrepublik Deutschland zugelassen zu werden. Mit Beschluss vom 9. März 2007 hat der Präsident der Ersten Kammer des Gerichts diesem Antrag stattgegeben. Am 14. Juni 2007 hat die Republik Österreich ihren Streithilfeschriftsatz eingereicht.

12 Am 10. Januar 2007 hat die Republik Polen beantragt, als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Bundesrepublik Deutschland zugelassen zu werden. Mit Beschluss vom 9. März 2007 hat der Präsident der Ersten Kammer des Gerichts diesem Antrag stattgegeben. Am 12. Juni 2007 hat die Republik Polen ihren Streithilfeschriftsatz eingereicht.

13 Am 18. Januar 2007 hat das Königreich der Niederlande beantragt, als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Bundesrepublik Deutschland zugelassen zu werden. Mit Beschluss vom 9. März 2007 hat der Präsident der Ersten Kammer des Gerichts diesem Antrag stattgegeben. Am 13. Juni 2007 hat das Königreich der Niederlande seinen Streithilfeschriftsatz eingereicht.

14 Am 22. Januar 2007 hat das Europäische Parlament beantragt, als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Bundesrepublik Deutschland zugelassen zu werden. Mit Beschluss vom 9. März 2007 hat der Präsident der Ersten Kammer des Gerichts

diesem Antrag stattgegeben. Am 13. Juni 2007 hat das Europäische Parlament seinen Streithilfeschriftsatz eingereicht.

15 Am 27. März 2007 hat die Hellenische Republik beantragt, als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Bundesrepublik Deutschland zugelassen zu werden. Mit Beschluss vom 14. Mai 2007 hat der Präsident der Ersten Kammer des Gerichts diesem Antrag stattgegeben und der Hellenischen Republik gemäß Art. 116 § 6 der Verfahrensordnung des Gerichts gestattet, in der mündlichen Verhandlung Stellung zu nehmen.

16 Am 13. August 2007 hat das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland beantragt, als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Bundesrepublik Deutschland zugelassen zu werden. Mit Beschluss vom 8. Oktober 2007 hat der Präsident der Ersten Kammer des Gerichts diesem Antrag stattgegeben und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland gemäß Art. 116 § 6 der Verfahrensordnung des Gerichts gestattet, in der mündlichen Verhandlung Stellung zu nehmen.

17 Die Kommission hat ihre Stellungnahme zu den Streithilfeschriftsätzen der Französischen Republik, der Republik Österreich, der Republik Polen, des Königreichs der Niederlande und des Parlaments am 18. September 2007 eingereicht. Die Bundesrepublik Deutschland hat keine Stellungnahme zu den Streithilfeschriftsätzen eingereicht.

18 Im Zuge der Änderung der Zusammensetzung der Kammern des Gerichts ab 25. September 2007 ist der Berichterstatter der Fünften Kammer zugeteilt worden, der die vorliegende Rechtssache deshalb zugewiesen worden ist.

19 Das Gericht (Fünfte Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen. Die Verfahrensbeteiligten haben in der Sitzung vom 29. April 2009 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet. Das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland hat nicht an der mündlichen Verhandlung teilgenommen.

**Anträge der Verfahrensbeteiligten**

20 Die Bundesrepublik Deutschland beantragt,

— die Mitteilung für nichtig zu erklären;

— der Europäischen Kommission die Kosten aufzuerlegen.

21 Die Französische Republik, die Republik Österreich und das Königreich der Niederlande beantragen,

— die Mitteilung für nichtig zu erklären;

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

22 Das Parlament und die Republik Polen beantragen, die Mitteilung für nichtig zu erklären.

23 Die Kommission beantragt,

— die Klage als unzulässig abzuweisen;

— der Bundesrepublik Deutschland die Kosten aufzuerlegen.

**Zur Zulässigkeit**

A — *Vorbemerkungen*

24 Die Kommission stellt, ohne eine förmliche Einrede der Unzulässigkeit zu erheben, die Zulässigkeit der Klage mit der Begründung in Abrede, die Mitteilung sei keine mit einer Nichtigkeitsklage anfechtbare Handlung. Da sie Auslegungsfragen betreffe, sei sie ihrer Form nach ein Akt, der zur Kategorie der Empfehlungen und Stellungnahmen gehöre, die nach dem EG-Vertrag nicht verbindlich seien. Die Wahl dieser Rechtsform lege deshalb bereits den Schluss nahe, dass der Akt keine verbindlichen Rechtswirkungen erzeugen solle. Eine Auslegungsmitteilung diene in der Regel zur Erläuterung der Rechte und Pflichten, die sich aus Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs, ergäben. Daraus folge, dass eine Auslegungsmitteilung ihrer Natur nach kein Akt sei, der verbindliche Rechtswirkungen für Dritte erzeugen und mit einer Nichtigkeitsklage angegriffen werden könne. Ferner ergebe sich aus dem Wortlaut der Mitteilung,

dass die Kommission nicht die Absicht gehabt habe, rechtlich verbindliche Regeln aufzustellen; er zeige vielmehr, dass die Mitteilung entweder die Rechtsprechung des Gerichtshofs wiedergebe oder durch unverbindliche Empfehlungen auf ihr Verständnis dieser Rechtsprechung hinweise.

25 Es ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die Nichtigkeitsklage gegen alle Handlungen der Organe gegeben ist, die dazu bestimmt sind, Rechtswirkungen zu erzeugen, unabhängig von Rechtsnatur oder Form dieser Handlungen (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 20. März 1997, Frankreich/Kommission, C-57/95, Slg. 1997, I-1627, Randnr. 7 und die dort angeführte Rechtsprechung).

26 Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine von der Kommission stammende Mitteilung, die in vollem Umfang in Teil C des Amtsblatts veröffentlicht wurde. Wie sich aus der Akte ergibt, dient die Mitteilung zur Kundmachung der allgemeinen Vorgehensweise der Kommission bei der Anwendung aller Grundanforderungen an die Vergabe öffentlicher Aufträge, die sich unmittelbar aus den Vorschriften und Grundsätzen des EG-Vertrags, insbesondere dem Diskriminierungsverbot und dem Grundsatz der Transparenz, ergeben, auf die Vergabe von Aufträgen, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen.

27 Um beurteilen zu können, ob die Mitteilung Rechtswirkungen erzeugen soll, die gegenüber denen, die sich aus der Anwendung der tragenden Grundsätze des EG-Vertrags ergeben, neu sind, ist daher ihr Inhalt zu prüfen (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 9. Oktober 1990, Frankreich/Kommission, C-366/88, Slg. 1990, I-3571, Randnr. 11, vom 13. November 1991, Frankreich/Kommission, C-303/90, Slg. 1991, I-5315, Randnr. 10, und vom 20. März 1997, Frankreich/Kommission, oben in Randnr. 25 angeführt, Randnr. 9).

28 Somit ist zu prüfen, ob die Mitteilung nur die Bestimmungen über den freien Warenverkehr, die Niederlassungsfreiheit, den freien Dienstleistungsverkehr, das Diskriminierungsverbot, die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit sowie die Regeln der Transparenz und der gegenseitigen Anerkennung erläutert, die für Aufträge gelten, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, oder ob sie gegenüber diesen Bestimmungen, Grundsätzen und Regeln spezifische oder neue Verpflichtungen festlegt (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 16. Juni 1993, Frankreich/Kommission, C-325/91, Slg. 1993, I-3283, Randnr. 14, und vom 20. März 1997, Frankreich/Kommission, oben in Randnr. 25 angeführt, Randnr. 13).

29 Daher lässt der von der Kommission geltend gemachte Umstand, dass sich eine Mitteilung zu Auslegungsfragen ihrer Form, ihrer Natur oder ihrem Wortlaut nach nicht als Akt darstellt, der Rechtswirkungen erzeugen soll, für sich genommen nicht den Schluss zu, dass sie keine verbindlichen Rechtswirkungen erzeugt.

30 Die Bundesrepublik Deutschland räumt zwar ein, dass es Mitteilungen der Kommission mit unverbindlichem Charakter gebe, die veröffentlicht würden. Im vorliegenden Fall sei die Veröffentlichung der Mitteilung jedoch ein Umstand, der bei der Beurteilung ihrer Rechtswirkungen nicht vernachlässigt werden dürfe. Die Veröffentlichung sei nämlich eine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Rechtssatzes, und die Mitteilung sei wie ein Rechtssatz auf Außenwirkung angelegt.

31 Hierzu geht aus den obigen Ausführungen hervor, dass die Klage, wenn die Prüfung des Inhalts der Mitteilung ergibt, dass sie spezifische oder neue Verpflichtungen festlegt, für zulässig zu erklären ist, ohne dass geprüft zu werden braucht, ob die Mitteilung veröffentlicht wurde. Fehlt es hingegen an solchen Verpflichtungen, kann allein aus der Veröffentlichung der Mitteilung nicht geschlossen werden, dass es sich bei ihr um einen Rechtsakt handelt, der mit einer Nichtigkeitsklage angefochten werden kann.

B — *Zum Inhalt der Mitteilung*

32 Die Bundesrepublik Deutschland, unterstützt durch die Streithelfer, beruft sich im Wesentlichen darauf, dass die Mitteilung ein verbindlicher Akt sei, da sie neue Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge enthalte, die über die sich aus dem bestehenden Gemeinschaftsrecht ergebenden Verpflichtungen hinausgingen und rechtliche Wirkungen für die Mitgliedstaaten erzeugten; daraus ergebe sich die mangelnde Zuständigkeit der Kommission für den Erlass solcher Regeln.

33 Die Bundesrepublik Deutschland und die Streithelfer tragen hierzu erstens vor, die Mitteilung schaffe, insbesondere in Punkt 2.1, für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien und für II-B-Aufträge eine Verpflichtung zur vorherigen *(ex ante)* Bekanntmachung, die in den Grundprinzipien des EG-Vertrags nach ihrer Auslegung durch den Gerichtshof nicht vorgesehen sei. Die Bundesrepublik Deutschland trägt zweitens vor, die sich aus Punkt 2.2 der Mitteilung ergebenden Verpflichtungen gingen deutlich über das hinaus, was sich der Auslegung der Grundprinzipien des EG-Vertrags durch den Gerichtshof entnehmen lasse. Drittens macht sie geltend, dass die Ausnahmebestimmungen, die die Vergaberichtlinien für eine freihändige Auftragsvergabe vorsähen, in Punkt 2.1.4 der Mitteilung ohne Weiteres auf Aufträge außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien übertragen würden. Schließlich leitet sie eine Rechtswirkung aus Punkt 1.3 der Mitteilung ab, der die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG bei Nichtbefolgung der Mitteilung vorsehe. Nach Ansicht der Bundesrepublik Deutschland und der Streithelfer ist aus alldem zu schließen, dass die Mitteilung Rechtswirkungen erzeugen solle.

1. *Zur ersten Rüge: Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung (Punkt 2.1.1 der Mitteilung)*

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

Bundesrepublik Deutschland

34 Die Bundesrepublik Deutschland trägt vor, die Mitteilung sehe insbesondere in Punkt 2.1.1 vor, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich verpflichtet seien, beabsichtigte Auftragsvergaben, also auch öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien und II-B-Aufträge, vorher bekannt zu geben. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, auf die sich die Mitteilung stütze, lasse sich aber keine Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung und damit zur Schaffung von *Ex-ante*-Transparenz ableiten. Eine solche Verpflichtung lasse sich somit den Grundprinzipien des EG-Vertrags oder ihrer Auslegung durch den Gerichtshof nicht entnehmen.

35 In ihren mündlichen Ausführungen hat die Bundesrepublik Deutschland hinzugefügt, auch wenn einige nach Erlass der Mitteilung ergangene Urteile des Gerichtshofs eine Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung beträfen, könne diese Entwicklung der Rechtsprechung eine solche Verpflichtung nicht rückwirkend begründen.

36 Die Rechtsprechung des Gerichtshofs, auf die sich die Mitteilung stütze, und insbesondere die Urteile vom 7. Dezember 2000, Telaustria und Telefonadress (C-324/98,

Slg. 2000, I-10745, im Folgenden: Urteil Telaustria), vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, Slg. 2005, I-7287), und vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Slg. 2005, I-8585), beträfen nur Dienstleistungskonzessionen, d. h. einen Bereich, auf den die Mitteilung nicht anwendbar sei.

37 Zudem unterschieden sich Dienstleistungskonzessionen von den unterhalb der genannten Schwellenwerte liegenden öffentlichen Aufträgen in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, da sie im Allgemeinen die europäischen Anwendungsschwellen überschritten und sich so den von den Vergaberichtlinien erfassten öffentlichen Aufträgen annäherten. Während ein umfassendes Transparenzerfordernis daher bei Dienstleistungskonzessionen angemessen sein möge, sei dies bei den Aufträgen, die Gegenstand der Mitteilung seien, gerade nicht der Fall. Daher sei eine unmittelbare Übertragung der Rechtsprechung zu Dienstleistungskonzessionen auf Aufträge unterhalb der Schwellenwerte nicht möglich.

38 Auch die beiden anderen in der Mitteilung genannten Entscheidungen, die unterhalb der Schwellenwerte liegende Aufträge beträfen (Beschluss des Gerichtshofs vom 3. Dezember 2001, Vestergaard, C-59/00, Slg. 2001, I-9505, und Urteil des Gerichtshofs vom 20. Oktober 2005, Kommission/Frankreich, C-264/03, Slg. 2005, I-8831), könnten keine Verpflichtung zu vorheriger Bekanntmachung begründen. Der Gerichtshof habe sich in keiner der Entscheidungen zu einem etwaigen Transparenzerfordernis geäußert, sondern lediglich für den ihm vorliegenden Fall das Diskriminierungsverbot für anwendbar erklärt (Beschluss Vestergaard, Randnrn. 20 und 24, und Urteil Kommission/Frankreich, Randnrn. 32 und 33). Die Verpflichtung zu *Ex-ante*-Transparenz werde somit nicht auf die von der Mitteilung erfassten Aufträge übertragen.

39 Jedenfalls seien die öffentlichen Aufträge unterhalb der Schwellenwerte in der Regel als wirtschaftlich geringwertig anzusehen und tangierten nicht die Grundfreiheiten, weil die Auswirkungen auf diese eher zufällig und mittelbar seien (Urteil Coname, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnr. 20). Diese Auffassung werde auch von Generalanwältin

Sharpston in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache Kommission/Finnland (Urteil des Gerichtshofs vom 26. April 2007, C-195/04, Slg. 2007, I-3351, I-3353, Nrn. 83 und 85) geteilt.

40 Zudem gehe die Mitteilung über das für II-B-Aufträge bestehende Recht hinaus, denn solche Aufträge hätten typischerweise einen besonderen lokalen Bezug und wiesen ein geringeres Potenzial für grenzüberschreitende Geschäfte auf; dies erkläre, warum der Gemeinschaftsgesetzgeber sie nur einer Verpflichtung zur Transparenz *ex post* unterwerfe und nicht *ex ante*, wie es die Mitteilung jetzt vorschreibe.

41 Außerdem könne die Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung der Auftragsvergabe nur dann sinnvoll und effektiv sein, wenn sie auf eine Weise erfolge, die auch dem Ziel der Marktöffnung zuträglich sei. Das sei aber nicht der Fall, wenn es gar keine oder nur wenige ausländische Bieter gebe, die überhaupt ein potenzielles Interesse an den entsprechenden von der Mitteilung erfassten Aufträgen haben könnten. Der Gerichtshof habe hierzu im Urteil Coname (oben in Randnr. 36 angeführt) ausgeführt, dass es Aufträge gebe, bei denen die Auswirkungen auf die einschlägigen Grundprinzipien des EG-Vertrags zu zufällig und mittelbar seien, um deren Verletzung annehmen zu können. Punkt 1.3 der Mitteilung offenbare, dass die Kommission sich bewusst sei, dass die geringe wirtschaftliche Bedeutung einiger Aufträge diese in den Augen ausländischer Unternehmen unattraktiv werden ließen; dies rechtfertige, dass es in solchen Fällen keine Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung gebe.

42 Mit der Festlegung von Schwellenwerten in den Vergaberichtlinien habe der Gemeinschaftsgesetzgeber ausdrücklich vorgesehen, dass unterhalb dieser Schwellen grundsätzlich davon auszugehen sei, dass eine Binnenmarktwirkung eher „zufällig oder mittelbar“ sei und somit ein Interesse ausländischer Bieter zu verneinen sein werde. Diese Wertung des Gesetzgebers sei von der Kommission zu respektieren. Diese Ansicht werde auch von Generalanwältin Sharpston in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache Kommission/Finnland (oben in Randnr. 39 angeführt, Nrn. 85 und 96) geteilt. Zudem sei es den öffentlichen Auftraggebern bei vernünftiger Betrachtung

nicht zuzumuten, wie in Punkt 1.3 der Mitteilung vorgesehen, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine Binnenmarktrelevanz gegeben sei; die Auftraggeber müssten vielmehr die ihnen obliegenden Transparenzpflichten rasch feststellen können. In der mündlichen Verhandlung hat die Bundesrepublik Deutschland hinzugefügt, dass der in Punkt 1.3 der Mitteilung verfolgte konkret-individuelle Ansatz insbesondere gegen das Urteil des Gerichtshofs vom 15. Mai 2008, SECAP und Santorso (C-147/06 und C-148/06, Slg. 2008, I-3565), verstoße, in dem der Gerichtshof eine abstrakt-generelle Bestimmung der Binnenmarktrelevanz eines öffentlichen Auftrags zugelassen habe.

43 Es sei den öffentlichen Auftraggebern auch nicht zuzumuten, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob ein II-B-Auftrag oder ein Auftrag unterhalb der Schwellenwerte für den Binnenmarkt relevant sei. Der Grundsatz der Rechtssicherheit mache es nämlich erforderlich, dass die nationalen Behörden die anwendbaren Bekanntmachungspflichten rasch feststellen könnten. Genau diesem Grundsatz entsprächen die festgelegten Schwellenwerte und die Liste von II-B-Aufträgen.

44 Die in der Mitteilung vorgesehene Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung gehe über das Verbot von Diskriminierungen im Vergabeverfahren (etwa Bevorzugungen deutscher Bieter gegenüber ausländischen Bietern) hinaus. Diese Verpflichtung führe zu einer Handlungspflicht der öffentlichen Auftraggeber zwecks Ermöglichung und Förderung grenzüberschreitender Angebote.

45 Die nach der Mitteilung erforderliche Bekanntmachung nähere sich den in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Anforderungen an und erweise sich als zeitintensiv und teuer. Nach den Schlussanträgen von Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache Kommission/Finnland (oben in Randnr. 39 angeführt) sei es Sache der Mitgliedstaaten, den Transparenzgrundsatz auszugestalten. Nr. 98 dieser Schlussanträge sei auch

zu entnehmen, dass die Festlegung des angemessenen Grades an Öffentlichkeit für geringwertige Aufträge Sache des nationalen Rechts sei.

46 In der mündlichen Verhandlung hat die Bundesrepublik Deutschland hierzu erläutert, sie beanstande insbesondere, dass die Wahl des für die Vergabebekanntmachung am besten geeigneten Mediums nach dem ersten Absatz von Punkt 2.1.2 der Mitteilung Sache des jeweiligen Auftraggebers sei. Indem die Kommission auf den jeweiligen Auftraggeber abstelle, verfolge sie einen konkret-individuellen Ansatz, der sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht ableiten lasse. Die Bundesrepublik Deutschland hat insoweit ergänzend ausgeführt, dass sie den Katalog mit Hinweisen auf Wege der angemessenen Bekanntmachung in Punkt 2.1.2 der Mitteilung nicht in Frage stelle.

47 Somit ist die Bundesrepublik Deutschland der Ansicht, dass es bei den von der Mitteilung erfassten Aufträgen gerade keine aus dem Gemeinschaftsrecht folgende Verpflichtung zu umfassender Transparenz gebe. Die sich aus der Mitteilung ergebende Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung gehe deshalb deutlich über das hinaus, was sich der Auslegung der Grundprinzipien des EG-Vertrags durch den Gerichtshof entnehmen lasse.

Streithelfer

48 Nach Ansicht der Französischen Republik ist zu prüfen, ob die Mitteilung lediglich die Vorschriften und Grundsätze des EG-Vertrags, die sich auf die Vergabe öffentlicher Aufträge bezögen, erläutere oder in Bezug auf diese Vorschriften und Grundsätze neue Verpflichtungen begründe. Nach ihrer Meinung fügt die Mitteilung dem bestehenden Recht etwas hinzu.

49 Insbesondere habe der Gerichtshof im Beschluss Vestergaard (oben in Randnr. 38 angeführt) keine allgemeine Verpflichtung zur Sicherstellung einer angemessenen Bekanntmachung in Bezug auf Aufträge unterhalb der Schwellenwerte aufgestellt; vielmehr betreffe dieser Beschluss die Anwendung des Diskriminierungsverbots und nicht die Transparenzpflicht. In Randnr. 20 des Beschlusses Vestergaard habe der Gerichtshof ausgeführt, dass bestimmte Verträge zwar vom Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge ausgenommen seien, die Auftraggeber, die sie schlössen, aber gleichwohl die Grundregeln des EG-Vertrags zu beachten hätten, und er habe daraus abgeleitet, dass Art. 28 EG es einem öffentlichen Auftraggeber untersage, in die Verdingungsunterlagen zu einem Auftrag eine Klausel aufzunehmen, die für die Durchführung des Auftrags die Verwendung von Material einer bestimmten Marke ohne den Zusatz „oder gleichwertiger Art" vorschreibe (Beschluss Vestergaard, Randnr. 24).

50 Eine solche allgemeine Verpflichtung zu angemessener Bekanntmachung in Bezug auf Aufträge unterhalb der Schwellenwerte ergebe sich auch nicht aus dem Urteil Kommission/Frankreich (oben in Randnr. 38 angeführt). In Randnr. 32 dieses Urteils habe der Gerichtshof nämlich festgestellt, dass manche Verträge zwar vom Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ausgenommen seien, die Auftraggeber, die sie schlössen, aber gleichwohl die Grundregeln des EG-Vertrags und insbesondere das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit beachten müssten. Für den Gerichtshof folge daraus aber nur, dass die streitige französische Bestimmung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 49 EG darstelle, weil sie im Ergebnis die Aufgabe der Baubetreuung den in einer abschließenden Liste aufgeführten juristischen Personen französischen Rechts vorbehalten habe (Urteil Kommission/Frankreich, Randnr. 68).

51 Ferner habe der Gerichtshof im Urteil Telaustria (oben in Randnr. 36 angeführt) auf eine Verpflichtung zu angemessener Bekanntmachung verwiesen, weil es sich um eine wirtschaftlich hochwertige Konzession gehandelt habe. Dieses Ergebnis werde im Wege des Umkehrschlusses durch das Urteil Coname (oben in Randnr. 36 angeführt) bestätigt, das Aufträge mit ganz geringer wirtschaftlicher Bedeutung betroffen habe.

52 Sollte der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Verpflichtung zu angemessener Bekanntmachung zu entnehmen sein, könne diese jedenfalls nicht in einer Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung bestehen, wie sie Punkt 2.1.1 der Mitteilung vorsehe.

53 Zudem ergebe sich aus den Schlussanträgen von Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache Kommission/Finnland (oben in Randnr. 39 angeführt) und von Generalanwalt Fennelly in der Rechtssache Telaustria (oben in Randnr. 36 angeführt, Slg. 2000, I-10747), dass die Transparenzpflicht keine Verpflichtung zur Bekanntmachung impliziere, wie sie Punkt 2.1.2 der Mitteilung vorsehe.

54 Zu den II-B-Aufträgen vertritt die Französische Republik die Ansicht, dass die Gründe, aus denen der Rat sie keiner Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung unterworfen habe, in den Erwägungsgründen 18 und 19 der Richtlinie 2004/18 erläutert würden. Daraus ergebe sich, dass die II-B-Aufträge nicht der vollen Anwendung der Richtlinie, d. h. insbesondere keiner Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung, unterlägen, sondern Gegenstand einer Beobachtung sein sollten, wobei das hierfür vorgesehene Instrument den Betroffenen die einschlägigen Informationen zugänglich machen solle.

55 In der Richtlinie 2004/18 habe der Rat die II-B-Aufträge hinsichtlich der Bekanntmachung eindeutig einer speziellen und vollständigen Regelung unterwerfen wollen, die ein erleichtertes Vergabeverfahren sei.

56 Die Republik Österreich ist ebenfalls der Ansicht, dass die Mitteilung eine Handlung sei, die Rechtswirkungen erzeuge, da eine generelle Verpflichtung zur *Ex-ante*-Bekanntmachung eingeführt worden sei, die sich weder aus dem EG-Vertrag noch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebe.

57 Die Republik Österreich ergänzt insoweit zum Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland, auch die Schlussanträge der Generalanwältinnen Stix-Hackl und Sharpston in den Rechtssachen Kommission/Irland (Urteil des Gerichtshofs vom 13. November 2007, C-507/03, Slg. 2007, I-9777, I-9780) und Kommission/Finnland

(oben in Randnr. 39 angeführt) zeigten, dass die Rechtslage hinsichtlich der Transparenzpflicht bei Auftragsvergaben, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fielen, unklar bzw. strittig sei. Während Generalanwältin Stix-Hackl zu dem Ergebnis komme, dass bei der Vergabe von Aufträgen für nicht prioritäre Dienstleistungen zumindest in der Regel eine Bekanntmachung erforderlich sei, verneine Generalanwältin Sharpston eine generelle Verpflichtung zur *Ex-ante*-Transparenz bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte. Zum Zeitpunkt des Erlasses der Mitteilung habe noch keine Entscheidung des Gerichtshofs in diesen beiden Rechtssachen vorgelegen. Wenn die Kommission in ihrer Mitteilung somit bei allen derartigen Auftragsvergaben (also für nicht prioritäre Dienstleistungen und für geringwertige Aufträge gleichermaßen) eine vorherige Veröffentlichungspflicht annehme, schaffe sie neue Rechtswirkungen.

58 Die den öffentlichen Auftraggebern in den Punkten 1.3 und 2.1.2 der Mitteilung auferlegten Verpflichtungen seien — so die Republik Österreich in der mündlichen Verhandlung — mit dem Urteil SECAP und Santorso (oben in Randnr. 42 angeführt) nicht zu vereinbaren, weil in der Mitteilung nicht — wie in Randnr. 32 dieses Urteils vorgesehen — die Möglichkeiten des Auftraggebers berücksichtigt würden.

59 Ein angemessener Grad von Öffentlichkeit, der im Sinne des Urteils Telaustria (oben in Randnr. 36 angeführt) den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffne und die Nachprüfung ermögliche, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden seien, setze keineswegs zwingend eine vorherige Bekanntmachung voraus. Denn wie sich aus der derzeit stattfindenden Überarbeitung der Richtlinien über Rechtsmittel in Vergabeverfahren ergebe (vgl. dazu das Dokument 2006/0066/COD sowie die darin vorgeschlagenen neuen Art. 2e bis 2g der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge [ABl. L 395, S. 33]), könne auch nachträglicher Rechtsschutz — ohne vorherige Bekanntmachung der Auftragsvergabe — eine effektive Überprüfung der unparteiischen Durchführung eines Vergabeverfahrens ermöglichen.

60 Auch wenn die rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im öffentlichen Auftragswesen und im Beihilfenrecht nicht völlig deckungsgleich seien, sei ferner auf die *De-minimis*-Regel im Beihilfenrecht hinzuweisen, nach der Beihilfen unterhalb bestimmter Schwellenwerte den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht spürbar beeinträchtigten und den Wettbewerb nicht verfälschten oder zu verfälschen drohten. Bei einer vergleichenden Betrachtung beider Sachverhalte erscheine es nicht unplausibel, davon auszugehen, dass eine Binnenmarktrelevanz, die zur Öffnung des Wettbewerbs eine *Ex-ante*-Bekanntmachung zwingend gebieten würde, bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht gegeben sei. Denn die Beihilfen kämen unmittelbar den Unternehmen zugute, während die vergaberechtlichen Schwellenwerte an den Auftragswert anknüpften, wobei der (insoweit mit einer Beihilfe vergleichbare) Gewinn des Unternehmens nur einen geringen Bruchteil des Auftragswerts ausmache.

61 Schließlich lasse sich dem neunzehnten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 implizit entnehmen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber es für Aufträge über nicht prioritäre Dienstleistungen (II-B-Aufträge) nicht als erforderlich angesehen habe, alle Möglichkeiten für eine Zunahme des grenzüberschreitenden Handels auszunutzen. Der Grund für diese Unterscheidung könne aber wohl nur darin liegen, dass den von der vollen Anwendung der Richtlinie ausgenommenen Auftragsvergaben keine hinreichende Binnenmarktrelevanz beigemessen werde, um eine volle Ausnutzung der Möglichkeiten für eine Zunahme des grenzüberschreitenden Handels — wozu eine generelle Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung von Auftragsvergaben zu zählen sei — zu rechtfertigen.

62 Das Königreich der Niederlande macht geltend, die Kommission gehe bei ihrer Auslegung des Gemeinschaftsrechts über die Rechtsprechung hinaus, indem sie eine umfassende Regelung schaffe, die den Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur *Ex-ante*-Transparenz für alle von der Mitteilung erfassten öffentlichen Aufträge auferlege, wohingegen der Gerichtshof bisher nicht über diese Frage entschieden habe.

63 Nach dem Grundsatz der Rechtssicherheit müsse die Frage, ob mit der Mitteilung neue Verpflichtungen geschaffen würden, auf der Grundlage der zum Zeitpunkt des Erlasses der Mitteilung bekannten Rechtsprechung entschieden werden. Der später ergangenen Rechtsprechung sei aber zu entnehmen, dass die Mitteilung deren Entwicklung offensichtlich vorgreife.

Kommission

64 In Bezug auf den konkreten Inhalt der Mitteilung und die von der Bundesrepublik Deutschland angeführten rechtsetzenden Elemente, bei denen es sich im Wesentlichen um die Umgehung der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien und die Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung handelt, bestreitet die Kommission, dass diese Elemente der Mitteilung neue Rechtsregeln aufstellten. Sie beschränkten sich im Einklang mit Art. 211 EG auf eine nähere Erläuterung der Vorschriften und Grundsätze des EG-Vertrags nach ihrer Auslegung in der Rechtsprechung des Gerichtshofs.

65 Die Kommission tritt dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland und der Streithelfer entgegen, dass die Mitteilung die Entscheidung des Gesetzgebers unterlaufe, Vorschriften über die Bekanntmachung nur für öffentliche Aufträge vorzusehen, die bestimmte Schwellenwerte erreichten. Sie trägt hierzu vor, der Gesetzgeber habe nur oberhalb der Schwellenwerte der Richtlinien detaillierte Regelungen für erforderlich gehalten, unterhalb dieser Schwellenwerte dagegen die Anwendung der Vorschriften und Grundsätze des EG-Vertrags für ausreichend gehalten. Jedoch habe er die Anwendung dieser Vorschriften und Grundsätze des EG-Vertrags für öffentliche Aufträge unterhalb des Schwellenwerts durch die Richtlinien weder ausschließen wollen noch ausschließen können.

66 Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere aus den Urteilen Telaustria (oben in Randnr. 36 angeführt) und Kommission/Frankreich (oben in Randnr. 38 angeführt). Der Gerichtshof habe im Urteil Telaustria ausgeführt, dass die öffentlichen Auftraggeber bei Verträgen, die von den Vergaberichtlinien ausgenommen seien, gleichwohl die Grundregeln des EG-Vertrags im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten hätten (Urteil Telaustria, Randnr. 60). Diese Erwägungen würden durch Randnr. 33 des Urteils Kommission/Frankreich untermauert. Ebenso habe der Gerichtshof im Urteil Coname (oben in Randnr. 36 angeführt) bestätigt, dass für Verträge außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie, etwa für Konzessionsverträge, weiterhin die allgemeinen Regeln des EG-Vertrags gälten. Der europäische Gesetzgeber habe diese Rechtsprechung beim Erlass der Vergaberichtlinien im neunten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/17 berücksichtigt.

67 Der Gerichtshof habe auch den Inhalt der Transparenzpflicht konkretisiert und festgestellt, dass in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über den jeweiligen Auftrag haben müssten, so dass sie gegebenenfalls ihr Interesse am Erhalt dieses Auftrags bekunden könnten (Urteil Coname, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnr. 21).

b) Würdigung durch das Gericht

68 Die Bundesrepublik Deutschland und die Streithelfer tragen vor, in Punkt 2.1.1 der Mitteilung werde eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten eingeführt, beabsichtigte Auftragsvergaben grundsätzlich vorher bekannt zu geben; dies stelle gegenüber den Grundsätzen des EG-Vertrags eine neue Verpflichtung dar.

69 Hinsichtlich der auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen mit Binnenmarktrelevanz anwendbaren Vorschriften und Grundsätze des EG-Vertrags (Punkt 1.1 der Mitteilung) sieht die Mitteilung in Punkt 2.1 die für die Bekanntmachung geltenden Grundanforderungen vor. Hierzu bestimmt Punkt 2.1.1 unter der Überschrift „Verpflichtung zur Sicherstellung einer angemessenen Bekanntmachung“:

„Gemäß dem [Gerichtshof] schließen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung eine Verpflichtung zur Transparenz ein, wonach der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen muss, der den Markt dem Wettbewerb öffnet.

Die Verpflichtung zur Transparenz bedeutet, dass in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über den jeweiligen Auftrag haben müssen, so dass sie gegebenenfalls ihr Interesse am Erhalt dieses Auftrags bekunden können.

Das Kontaktieren einer bestimmten Anzahl potenzieller Bieter ist nach Auffassung der Kommission nicht ausreichend, selbst wenn der Auftraggeber auch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten einbezieht oder versucht, alle potenziellen Anbieter zu erreichen. Bei einem solch selektiven Ansatz ist nämlich nicht auszuschließen, dass potenzielle Bieter aus anderen Mitgliedstaaten — insbesondere neue Marktteilnehmer — diskriminiert werden. Das Gleiche gilt für alle Formen ‚passiver‘ Information, bei denen der Auftraggeber Aufträge nicht aktiv bekannt macht, sondern nur auf Informationsgesuche von Bewerbern reagiert, die durch eigene Initiative von der beabsichtigten Auftragsvergabe erfahren haben. Auch ein einfacher Verweis auf als Informationsquellen zu nutzende Medienberichte, parlamentarische oder politische Debatten oder bestimmte Ereignisse wie beispielsweise Kongresse stellt keine angemessene Bekanntmachung dar.

Daher lassen sich die vom [Gerichtshof] festgelegten Erfordernisse nur erfüllen, wenn vor der Auftragsvergabe eine hinreichend zugängliche Bekanntmachung veröffentlicht wird. Diese Bekanntmachung sollte von dem öffentlichen Auftraggeber mit dem Ziel veröffentlicht werden, den Auftrag auf der Grundlage echten Wettbewerbs zu vergeben."

70 Die ersten beiden Absätze von Punkt 2.1.1 der Mitteilung geben die Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Urteilen Telaustria, Coname und Parking Brixen (oben in Randnr. 36 angeführt) wieder und werden weder von der Bundesrepublik Deutschland noch von einem der Streithelfer beanstandet. Im Übrigen wurde der dritte Absatz von Punkt 2.1.1 der Mitteilung im schriftlichen Verfahren nicht beanstandet. Der letzte Absatz von Punkt 2.1.1 der Mitteilung enthält das Ergebnis, dass die Verpflichtung, einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, erfüllt sei, wenn vor der Auftragsvergabe eine hinreichend zugängliche Bekanntmachung veröffentlicht werde.

71 Die Bundesrepublik Deutschland, unterstützt durch die Streithelfer, trägt im Wesentlichen vor, dass dieser Punkt der Mitteilung für die in ihren Anwendungsbereich fallenden öffentlichen Aufträge eine Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung begründe, die sich den Grundsätzen und der Rechtsprechung des Gerichtshofs, die in diesem Punkt angeführt seien, nicht entnehmen lasse. Damit werde eine neue Verpflichtung geschaffen, die der fraglichen Mitteilung den Charakter einer Handlung mit verbindlichen Rechtswirkungen verleihe und mit einer Nichtigkeitsklage angefochten werden könne.

72 Daher ist zu prüfen, ob die Mitteilung lediglich diese sich für die Mitgliedstaaten aus den tragenden Grundsätzen des EG-Vertrags ergebende Verpflichtung erläutert oder ob sie, wie die Bundesrepublik Deutschland und die Streithelfer geltend machen, neue Verpflichtungen begründet.

73 Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die in den Gemeinschaftsrichtlinien zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge vorgesehenen

besonderen, strengen Verfahren nur für Verträge gelten, deren Auftragswert den in der jeweiligen Richtlinie ausdrücklich festgelegten Schwellenwert überschreitet (Beschluss Vestergaard, oben in Randnr. 38 angeführt, Randnr. 19, und Urteil Kommission/Frankreich, oben in Randnr. 38 angeführt, Randnr. 33). Die Vorschriften dieser Richtlinien gelten daher nicht für Aufträge, deren Wert den dort festgelegten Schwellenwert nicht erreicht.

74 Das heißt jedoch nicht, dass solche Aufträge vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen sind (Beschluss Vestergaard, oben in Randnr. 38 angeführt, Randnr. 19). Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Vergabe von Aufträgen, die aufgrund des Auftragswerts nicht den in den Gemeinschaftsvorschriften vorgesehenen Verfahren unterliegen, sind die Auftraggeber nämlich gleichwohl verpflichtet, die Grundregeln des EG-Vertrags im Allgemeinen (Beschluss Vestergaard, Randnr. 20, und Urteil Kommission/Frankreich, oben in Randnr. 38 angeführt, Randnr. 32) und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 18. November 1999, Unitron Scandinavia und 3 S, C-275/98, Slg. 1999, I-8291, Randnr. 29, oben in Randnr. 36 angeführte Urteile Telaustria, Randnr. 62, Coname, Randnr. 16, und Parking Brixen, Randnr. 46, sowie Urteil vom 6. April 2006, ANAV, C-410/04, Slg. 2006, I-3303, Randnr. 18).

75 Bestätigt wird dies im Übrigen durch den neunten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/17, wonach für „Aufträge, deren Wert unter dem Schwellenwert für die Anwendung der Bestimmungen über die Gemeinschaftskoordinierung liegt, … auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs verwiesen [sei], der zufolge die genannten Vorschriften und Grundsätze der Verträge [der Grundsatz der Gleichbehandlung, von dem das Diskriminierungsverbot nur eine besondere Ausprägung ist, der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Transparenzpflicht] Anwendung finden“, sowie durch die Erwägungsgründe 1 und 2 der Richtlinie 2004/18, in denen von der Anwendung dieser Grundsätze auf die Vergabe aller in den Mitgliedstaaten geschlossenen Verträge, unterhalb oder oberhalb der Schwellenwerte, gesprochen wird.

76 Der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit schließen, wie der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, insbesondere eine Transparenzpflicht ein, damit die konzessionserteilende öffentliche Stelle feststellen kann, ob diese Grundsätze beachtet worden sind (Urteile des Gerichtshofs Unitron Scandinavia und 3-S, oben in Randnr. 74 angeführt, Randnr. 31, Telaustria, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnr. 61, vom 18. Juni 2002, HI, C-92/00, Slg. 2002, I-5553, Randnr. 45, Parking Brixen, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnr. 49, und ANAV, oben in Randnr. 74 angeführt, Randnr. 21), wobei diese Verpflichtung durch den neunten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/17 und den zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 bestätigt wird. Demnach haben die Mitgliedstaaten und ihre ausschreibenden Stellen diese Transparenzpflicht in deren Auslegung durch den Gerichtshof bei der Vergabe sämtlicher öffentlicher Aufträge zu beachten.

77 Weiter hat der Gerichtshof ausgeführt, dass der Auftraggeber kraft dieser Transparenzpflicht zugunsten aller potenziellen Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen muss, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden (Urteile Telaustria, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnr. 62, Parking Brixen, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnr. 49, und ANAV, oben in Randnr. 74 angeführt, Randnr. 21).

78 Die den öffentlichen Auftraggebern obliegende Transparenzpflicht umfasst nach Auffassung des Gerichtshofs insbesondere Erfordernisse, die geeignet sind, einem Unternehmen, das in einem anderen als dem in Rede stehenden Mitgliedstaat niedergelassen ist, vor der Vergabe des öffentlichen Auftrags Zugang zu angemessenen Informationen über ihn zu ermöglichen, so dass dieses Unternehmen gegebenenfalls sein Interesse am Erhalt des Auftrags hätte bekunden können (vgl. in diesem Sinne Urteil Coname, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnr. 21).

79 Dieser Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass die Transparenzpflicht im Sinne einer angemessenen Bekanntmachung eine Form der Bekanntmachung vor der Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags, mit anderen Worten eine vorherige Bekanntmachung, umfasst. Folglich hat die Mitteilung entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland und der Streithelfer mit der Forderung, dass „vor

der Auftragsvergabe eine hinreichend zugängliche Bekanntmachung veröffentlicht wird", keine neue Verpflichtung der Mitgliedstaaten geschaffen, sondern lediglich an eine bestehende Verpflichtung erinnert, wie sie sich nach der Auslegung durch den Gemeinschaftsrichter aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt, das für die von der fraglichen Mitteilung erfassten Aufträge gilt.

80 Dies wird im Übrigen, wie die Bundesrepublik Deutschland in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, durch die nach Veröffentlichung der Mitteilung ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs bestätigt. Nach dieser Rechtsprechung gelten nämlich zum einen die im Primärrecht gründenden Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz *ipso iure* für Aufträge, an denen, auch wenn sie vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien ausgenommen sind, ein bestimmtes grenzüberschreitendes Interesse besteht (vgl. in diesem Sinne in Bezug auf die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge [ABl. L 199, S. 1] und einen Auftrag mit einem Wert unterhalb des Schwellenwerts dieser Richtlinie Urteil des Gerichtshofs vom 14. Juni 2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, Slg. 2007, I-4557, Randnr. 33, in Bezug auf die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [ABl. L 209, S. 1] und einen II-B-Auftrag Urteil Kommission/Irland, oben in Randnr. 57 angeführt, Randnrn. 30, 31 und 32, und in Bezug auf die Richtlinien 92/50, 93/36, 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [ABl. L 199, S. 54] und 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor [ABl. L 199, S. 84] Urteil des Gerichtshofs vom 21. Februar 2008, Kommission/Italien, C-412/04, Slg. 2008, I-619, Randnrn. 66, 81 und 82). Zum anderen kann eine nachträgliche Bekanntgabe nach Auffassung des Gerichtshofs eine angemessene Bekanntmachung im Sinne der Urteile Telaustria und Coname (oben in Randnr. 36 angeführt) nicht gewährleisten, so dass der öffentliche Auftrag aufgrund der sich aus den Grundsätzen des EG-Vertrags ergebenden Transparenzpflicht vor der Vergabe bekannt gemacht werden muss (Urteil Kommission/Irland, oben in Randnr. 57 angeführt, Randnrn. 30 und 32).

81 Die Feststellung, dass die in Punkt 2.1.1 der Mitteilung vorgesehene Verpflichtung zu vorheriger Bekanntmachung nicht über das hinausgeht, was sich der Auslegung der Grundprinzipien des EG-Vertrags durch den Gerichtshof entnehmen lässt, wird

durch die verschiedenen Argumente der Bundesrepublik Deutschland und der Streithelfer nicht in Frage gestellt.

82 Die Bundesrepublik Deutschland macht erstens geltend, dass die Urteile Telaustria, Coname und Parking Brixen (oben in Randnr. 36 angeführt) öffentliche Aufträge über Dienstleistungskonzessionen beträfen, die zwar nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fielen, ihrem Wert nach aber mit den in den Anwendungsbereich dieser Richtlinien fallenden öffentlichen Aufträgen vergleichbar seien und dass daher die sich aus diesen Urteilen ergebende Rechtsprechung auf die von der Mitteilung erfassten öffentlichen Aufträge nicht anwendbar sei.

83 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof in den Urteilen, auf die sich die Bundesrepublik Deutschland stützt, um ihr Vorbringen zu untermauern, zu Konzessionsverträgen bereits entschieden hat, dass die Vergabe einer solchen Konzession zwar nicht durch eine der Vergaberichtlinien geregelt wird, für solche Verträge aber weiterhin die allgemeinen Regeln des EG-Vertrags gelten (vgl. in diesem Sinne Urteil Coname, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnr. 16, bestätigt durch das Urteil Kommission/Frankreich, oben in Randnr. 38 angeführt, Randnr. 33). Ferner ergibt sich nach dieser Rechtsprechung die Transparenzpflicht unmittelbar aus den allgemeinen Regeln des EG-Vertrags, insbesondere aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Diskriminierungsverbot (oben in Randnr. 36 angeführte Urteile Telaustria, Randnr. 61, und Parking Brixen, Randnr. 49), wobei diese Transparenzpflicht ihrerseits eine Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung umfasst (vgl. in diesem Sinne Urteil Coname, Randnr. 21). Hingegen wird der Umstand, dass die Aufträge, um die es in diesen Urteilen ging, in ihrem Umfang mit den öffentlichen Aufträgen vergleichbar sind, für die die Vergaberichtlinien gelten, in diesen Urteilen nicht erwähnt, um die Verpflichtung zur angemessenen und insbesondere vorherigen Bekanntmachung zu begründen. Folglich lässt sich diese Rechtsprechung entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland auf die von der Mitteilung betroffenen öffentlichen Aufträge übertragen, für die auch, wie bereits ausgeführt, der Grundsatz der Gleichbehandlung und die sich aus ihm ergebende Transparenzpflicht gelten.

84 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass dies im Übrigen durch die nach Veröffentlichung der Mitteilung ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs bestätigt wird. In Randnr. 33 des Urteils Medipac-Kazantzidis (oben in Randnr. 80 angeführt) hat der Gerichtshof in Bezug auf einen öffentlichen Bauauftrag auf eine ständige Rechtsprechung verwiesen, wonach öffentliche Auftraggeber bei der Auftragsvergabe, auch wenn der Wert eines ausgeschriebenen Auftrags den Schwellenwert für die Anwendung der Vergaberichtlinien, mit denen der Gemeinschaftsgesetzgeber den Bereich des öffentlichen Auftragswesens geregelt hat, nicht erreicht und der betreffende Auftrag folglich nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinien fällt, doch die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts wie den Grundsatz der Gleichbehandlung und die daraus folgende Transparenzpflicht zu beachten haben, und er hat in derselben Randnummer die Urteile Telaustria, Coname und Parking Brixen (oben in Randnr. 36 angeführt) als ständige Rechtsprechung angeführt. Damit hat der Gerichtshof die Lösungen, die er hinsichtlich der Modalitäten für den Abschluss von Verträgen über öffentliche Dienstleistungskonzessionen entwickelt hat, auf die Vorschriften für die Vergabe von Aufträgen ausgedehnt, deren finanzielles Volumen unterhalb der Schwellenwerte für die Anwendung der Richtlinien bleibt (Urteil Medipac-Kazantzidis, Randnr. 33).

85 Zweitens genügt zu dem oben in Randnr. 38 zusammengefassten Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland, wonach der Beschluss Vestergaard (oben in Randnr. 38 angeführt) und das Urteil Kommission/Frankreich (oben in Randnr. 38 angeführt) nur das Diskriminierungsverbot beträfen und daher keine Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung rechtfertigen könnten, der Hinweis, dass die Verpflichtung zur Transparenz, insbesondere im Wege einer angemessenen Bekanntmachung, nach der oben in Randnr. 76 angeführten Rechtsprechung gerade dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit entstammt. Da diesen Entscheidungen zu entnehmen ist, dass die Grundregeln des EG-Vertrags auf alle öffentlichen Aufträge Anwendung finden, auch wenn diese nicht von den Vergaberichtlinien erfasst werden (Beschluss Vestergaard, Randnr. 19, und Urteil Kommission/Frankreich, Randnrn. 32 und 33), hat die Kommission diesen Beschluss und dieses Urteil in der Mitteilung zu Recht angeführt.

86 Drittens kann auch das Vorbringen keinen Erfolg haben, mit der Festlegung von Schwellenwerten in den Vergaberichtlinien habe der Gemeinschaftsgesetzgeber

ausdrücklich vorgesehen, dass unterhalb dieser Schwellen grundsätzlich davon auszugehen sei, dass eine Binnenmarktwirkung eher „zufällig oder mittelbar" sei und somit ein Interesse ausländischer Bieter zu verneinen sein werde.

87 Hierzu ist festzustellen, dass nicht allein deshalb, weil ein öffentlicher Auftrag die Schwellenwerte für die Anwendung der Vergaberichtlinien unterschreitet, davon ausgegangen werden kann, dass seine Auswirkungen auf den Binnenmarkt nahezu unbedeutend wären. Dieser Auffassung steht die oben in den Randnrn. 73 und 74 angeführte Rechtsprechung entgegen, wonach solche Aufträge nicht vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgeschlossen sind. Könnte jede Auswirkung dieser Aufträge auf den Binnenmarkt von vornherein ausgeschlossen werden, fände das Gemeinschaftsrecht keine Anwendung.

88 Zwar ist es, wie der Gerichtshof anerkennt, durchaus vorstellbar, dass wegen besonderer Umstände, etwa einer sehr geringen wirtschaftlichen Bedeutung, vernünftigerweise angenommen werden könnte, dass ein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, dem die einen bestimmten öffentlichen Auftrag ausschreibende Stelle angehört, kein Interesse an dem in Rede stehenden Auftrag hätte und dass die Auswirkungen auf die betreffenden Grundfreiheiten daher zu zufällig und zu mittelbar wären, als dass auf ihre Verletzung geschlossen werden könnte (vgl. in diesem Sinne Urteil Coname, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnr. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die Schlussfolgerung, dass keine Verletzung der Grundfreiheiten vorliegt, kann sich jedoch nur aus einer Prüfung der Umstände des jeweiligen Falls ergeben, und sie kann nicht allein darauf gestützt werden, dass der Wert des fraglichen Auftrags eine bestimmte Schwelle nicht überschreitet.

89 So sieht Punkt 1.3 der Mitteilung Folgendes vor:

„Die Entscheidung, inwieweit ein Auftrag möglicherweise für Wirtschaftsteilnehmer eines anderen Mitgliedstaats von Interesse sein könnte, obliegt den einzelnen

Auftraggebern. Nach Auffassung der Kommission muss dieser Entscheidung eine Prüfung der Umstände des jeweiligen Falls vorausgehen, wobei Sachverhalte wie der Auftragsgegenstand, der geschätzte Auftragswert, die Besonderheiten des betreffenden Sektors (Größe und Struktur des Marktes, wirtschaftliche Gepflogenheiten usw.) sowie die geografische Lage des Orts der Leistungserbringung zu berücksichtigen sind. Kommt der Auftraggeber zu dem Schluss, dass der fragliche Auftrag für den Binnenmarkt relevant ist, muss die Vergabe unter Einhaltung der aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleiteten Grundanforderungen erfolgen."

90 Viertens trägt die Bundesrepublik Deutschland jedoch vor, die Mitteilung begründe dadurch, dass sie von den öffentlichen Auftraggebern verlange, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine Binnenmarktrelevanz gegeben sei, um insbesondere festzustellen, ob die in Punkt 2.1.1 der Mitteilung vorgesehene Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung gelte, eine neue Verpflichtung und erzeuge somit verbindliche Rechtswirkungen.

91 In Bezug auf einen nicht vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien erfassten öffentlichen Auftrag hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung aber bereits eine Verpflichtung des Auftraggebers in Betracht gezogen, unter der Kontrolle der zuständigen Gerichte zu beurteilen, ob die Modalitäten der Ausschreibung den Besonderheiten des betreffenden Auftrags angemessen sind (vgl. in diesem Sinne Urteil Parking Brixen, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnrn. 49 und 50). Es lässt sich also nicht geltend machen, dass Punkt 1.3 der Mitteilung in Verbindung mit deren Punkt 2.1.1 eine neue Verpflichtung der Mitgliedstaaten begründe.

92 Die Bundesrepublik Deutschland und die Republik Österreich haben hierzu in der mündlichen Verhandlung ergänzend vorgetragen, dass eine spezifische Beurteilung, wie sie Punkt 1.3 der Mitteilung vorsehe, im Widerspruch zum Urteil SECAP und Santorso (oben in Randnr. 42 angeführt, Randnrn. 30 bis 32) stehe, in dem eine abstrakt-generelle Feststellung der Binnenmarktrelevanz eines öffentlichen Auftrags angestrebt werde.

93 Hierzu ist festzustellen, dass Randnr. 30 des Urteils SECAP und Santorso (oben in Randnr. 42 angeführt) die oben in Randnr. 91 gezogene Schlussfolgerung bestätigt, dass es grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers ist, vor der Festlegung der Bedingungen der Bekanntmachung ein etwaiges grenzüberschreitendes Interesse an einem Auftrag zu prüfen, dessen geschätzter Wert unter dem in den Gemeinschaftsvorschriften vorgesehenen Schwellenwert liegt, wobei diese Prüfung der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

94 Überdies besteht kein Widerspruch zwischen der Mitteilung, insbesondere ihrem Punkt 1.3, und dem Urteil SECAP und Santorso (oben in Randnr. 42 angeführt). Die Mitteilung schließt nämlich nicht aus, dass durch eine Regelung auf nationaler oder lokaler Ebene objektive Kriterien aufgestellt werden können, die für ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse sprechen, was nach Randnr. 31 des Urteils SECAP und Santorso möglich ist. Die öffentlichen Auftraggeber, die eine solche nationale Regelung anwenden, sind gleichwohl verpflichtet, die Grundregeln des EG-Vertrags und insbesondere das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu beachten (Urteil SECAP und Santorso, Randnr. 29).

95 Auch Randnr. 32 des Urteils SECAP und Santorso (oben in Randnr. 42 angeführt) steht nicht im Widerspruch zu den Punkten 1.3 und 2.1.2 der Mitteilung. Diese Randnummer betrifft nämlich den automatischen Ausschluss bestimmter Angebote wegen ihres ungewöhnlich niedrigen Preises, selbst wenn ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, und gilt somit für ein anderes Stadium der Vergabe eines öffentlichen Auftrags als das in Punkt 1.3 der Mitteilung behandelte Stadium der Entscheidung darüber, inwieweit ein öffentlicher Auftrag möglicherweise für Wirtschaftsteilnehmer eines anderen Mitgliedstaats von Interesse sein könnte, oder das in Punkt 2.1.2 der Mitteilung behandelte Stadium der Wahl des für die Bekanntmachung am besten geeigneten Mediums. Jedenfalls schließen diese Punkte der Mitteilung eine Berücksichtigung der administrativen Möglichkeiten der ausschreibenden Stelle nicht aus und können daher keine neue Verpflichtung der Mitgliedstaaten oder ihrer ausschreibenden Stellen begründen.

96 Fünftens ist entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland (siehe oben, Randnr. 46) Punkt 2.1.2 der Mitteilung, wonach „[d]ie Wahl des für die

Vergabebekanntmachung am besten geeigneten Mediums … Sache des jeweiligen Auftraggebers [ist]", nicht unvereinbar damit, dass in einer nationalen Regelung allgemeine Kriterien für diese Wahl festgelegt werden, wobei die Anwendung solcher Kriterien die Einhaltung der Grundregeln des EG-Vertrags, zu denen insbesondere das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gehört, nicht in Frage stellen darf. Wie bereits oben in Randnr. 91 ausgeführt, ist es nämlich Sache der konzessionserteilenden öffentlichen Stelle, unter der Kontrolle der zuständigen Gerichte zu beurteilen, ob die Modalitäten der Ausschreibung den Besonderheiten des betreffenden öffentlichen Auftrags angemessen sind. Im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs überlässt die Mitteilung also den öffentlichen Auftraggebern die Entscheidung über Umfang und Wege einer angemessenen Bekanntmachung (vgl. in diesem Sinne Urteil Parking Brixen, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnrn. 49 und 50). Somit heißt es in Punkt 2.1.2 der Mitteilung zu Recht, dass „[d]ie Wahl des für die Vergabebekanntmachung am besten geeigneten Mediums … Sache des jeweiligen Auftraggebers [ist]". Daher begründet sie für die öffentlichen Auftraggeber keine neue rechtliche Verpflichtung.

97 Zum Vorbringen der Republik Österreich, das auf einen Vergleich der Schwellenwerte für die Anwendung der Vergaberichtlinien mit der für staatliche Beihilfen geltenden *De-minimis*-Regel gestützt ist, genügt im Übrigen der Hinweis, dass diesen Richtlinien nicht zu entnehmen ist, dass die fraglichen Schwellenwerte auf Erwägungen beruhen, die denen entsprechen, die die *De-minimis*-Regel im Bereich staatlicher Beihilfen rechtfertigen.

98 Sechstens ist festzustellen, dass das Vorbringen der Französischen Republik, wonach die Mitteilung in Punkt 2.1.2 eine Bekanntmachungspflicht einführe, nach der die betreffenden Aufträge in schriftlicher Form bekannt gemacht werden müssten, auf einer irrigen Annahme beruht. In der Mitteilung ist nämlich an keiner Stelle von einer Bekanntmachungspflicht die Rede, nach der die von der Mitteilung erfassten Aufträge in schriftlicher Form bekannt gemacht werden müssten. Zum einen wird in Punkt 2.1.3 Abs. 1 der Mitteilung auf die Rechtsprechung hingewiesen, wonach das Transparenzerfordernis nicht notwendigerweise eine Verpflichtung zu einer

förmlichen Ausschreibung umfasst (Urteil Coname, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnr. 21). Zum anderen heißt es in Punkt 2.1.2 Abs. 3:

„Angemessene und gängige Veröffentlichungsmedien sind u. a.:

— das Internet …“

Wie die Bundesrepublik Deutschland und die Streithelfer im Übrigen einräumen, handelt es sich dabei um eine Aufzählung mit Beispielcharakter, die andere Wege der angemessenen Bekanntmachung keineswegs ausschließt.

99 Siebtens betrifft das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik, wonach der Ausschluss der Praxis, eine bestimmte Zahl potenzieller Bieter zu kontaktieren, selbst wenn die ausschreibende Stelle auch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten einbeziehe oder versuche, alle potenziellen Anbieter zu erreichen, durch die mit der Mitteilung eingeführte Transparenzpflicht (Punkt 2.1.1 Abs. 3 der Mitteilung) ein Element sei, mit dem gegenüber den Grundsätzen des EG-Vertrags spezielle Verpflichtungen begründet würden, einen Teil der Mitteilung, der weder in der Klageschrift noch im Streithilfeschriftsatz in Frage gestellt worden ist. Hierzu ist festzustellen, dass Art. 48 § 2 der Verfahrensordnung es zwar unter bestimmten Umständen zulässt, dass im Lauf des Verfahrens neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden; er darf aber auf keinen Fall so ausgelegt werden, dass er dem Kläger gestattet, das Gericht mit neuen Anträgen zu befassen und damit den Streitgegenstand zu ändern (vgl. Urteil des Gerichts vom 12. Juli 2001, Banatrading/Rat, T-3/99, Slg. 2001, II-2123, Randnr. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung). Folglich ist das fragliche Vorbringen unzulässig, da es darauf abzielt, durch Einbeziehung eines in der Klageschrift nicht angesprochenen Teils der Mitteilung den Streitgegenstand zu erweitern.

100 Jedenfalls ist festzustellen, dass die Mitteilung diese Praxis nicht absolut und definitiv ausschließt. Wie die Punkte 2.2.2 und 2.1.3 der Mitteilung vorsehen, haben die ausschreibenden Stellen die Möglichkeit, die Zahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, auf ein angemessenes Maß zu beschränken. Dabei sind nach der Mitteilung jedoch das Diskriminierungsverbot und die Transparenzpflicht zu beachten (Punkt 2.2.2 der Mitteilung), damit ein angemessener Wettbewerb gewährleistet ist. Um die Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden, ergibt sich nach Auffassung des Gerichts aus der Transparenzpflicht überdies, dass eine von den Auftraggebern ausgehende aktive Offenlegung erforderlich ist, da ihnen die angemessene Gestaltung der Modalitäten der vorherigen Ausschreibung obliegt (Urteil Parking Brixen, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnr. 50). Daher begründet der von der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik beanstandete Inhalt von Punkt 2.1.1 Abs. 3 der Mitteilung keine speziellen Verpflichtungen.

2. *Zur zweiten Rüge: Konkretisierung der Bekanntmachungspflichten (Punkt 2.2 der Mitteilung)*

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

Bundesrepublik Deutschland

101 Die Bundesrepublik Deutschland macht geltend, die sich aus Punkt 2.2 der Mitteilung ergebenden Verpflichtungen gingen deutlich über das hinaus, was sich der Auslegung der Grundprinzipien des EG-Vertrags durch den Gerichtshof entnehmen lasse. Die Kommission habe zunächst in Punkt 2.2 der Mitteilung festgelegt, dass die

Grundprinzipien des EG-Vertrags bei der Auftragsvergabe in der Weise zu beachten seien, dass zwischen allen interessierten Bietern faire Wettbewerbsbedingungen gälten, und dann aus dieser allgemeinen Verpflichtung verschiedene konkrete Pflichten in Bezug auf die Bekanntmachung der Vergabeabsicht abgeleitet.

102 Insbesondere müssten die Mitgliedstaaten nach Punkt 2.2 der Mitteilung darauf achten, dass der Auftragsgegenstand für alle potenziellen Bieter gleich verständlich umschrieben werde und dass Wirtschaftsteilnehmern aus allen Mitgliedstaaten gleiche Zugangschancen eröffnet würden. Weiterhin müssten die Behörden, sofern schriftliche Nachweise von den Bietern angefordert würden, auch in anderen Mitgliedstaaten ausgestellte Unterlagen akzeptieren. Die den Bietern gewährten Fristen müssten so bemessen sein, dass auch Bieter aus anderen Mitgliedstaaten sie einhalten könnten. Schließlich müsse das Verfahren für alle Teilnehmer transparent sein. Dieser Regelkatalog werde abgerundet durch Verfahrensvorschriften für Mitgliedstaaten, die bei der Vergabe eine Vorauswahl potenzieller Bieter treffen wollten (Punkt 2.2.2 der Mitteilung), sowie durch Anforderungen an die Vergabeentscheidung (Punkt 2.2.3 der Mitteilung).

103 Während sich die im ersten Gedankenstrich des Katalogs von Punkt 2.2.1 der Mitteilung aufgeführte Pflicht zur diskriminierungsfreien Beschreibung des Auftragsgegenstands möglicherweise noch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Beschluss Vestergaard (oben in Randnr. 38 angeführt, Randnr. 24) ergebe, enthielten die übrigen Pflichten in Punkt 2.2.1 der Mitteilung konkrete Handlungsanweisungen, die ihren Ursprung nicht im bestehenden Gemeinschaftsrecht hätten. Dies werde durch die Angabe der Kommission bestätigt, wonach die genannten Prinzipien in der Praxis geeignet seien, die Einhaltung der Grundprinzipien des EG-Vertrags abzusichern (Punkt 1.2 der Mitteilung). Es handele sich also nicht um eine Beschreibung der Rechtsprechung des Gerichtshofs, sondern um neue Vergaberegeln. Die Bundesrepublik Deutschland beanstandet somit im Wesentlichen die verschiedenen in

Punkt 2.2.1 der Mitteilung aufgeführten Erfordernisse, mit denen ihrer Ansicht nach neue Verpflichtungen eingeführt werden.

Streithelfer

104 In Bezug auf die Konkretisierung der Bekanntmachungspflichten in Punkt 2.2 der Mitteilung trägt die Republik Österreich vor, dass einige der dort angesprochenen Aspekte, wie das Erfordernis ausreichend langer Fristen und die Zahl der nach der Vorauswahl verbleibenden Bewerber, bei Auftragsvergaben, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fielen, ebenfalls neue verbindliche Rechtswirkungen erzeugen sollten. Diese Pflichten ließen sich der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht entnehmen.

105 Das Europäische Parlament schließt sich dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland zu Punkt 2.2 der Mitteilung an, hebt aber einige zusätzliche Aspekte hervor, die die Argumentation der Bundesrepublik Deutschland untermauerten. Seines Erachtens legt die Kommission in diesem Punkt detaillierte Standards zu Inhalt und Fristen der Ausschreibungen, zu einem eventuellen Vorauswahlverfahren sowie zum Rechtsschutz fest.

106 Die Republik Polen macht geltend, soweit die Kommission Modalitäten und Inhalt der Bekanntmachung festlege und sogar Regeln für die Verfahrensfristen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aufstelle, nenne sie zur Untermauerung ihres Standpunkts keine Urteile des Gerichtshofs. Nach Ansicht der Kommission diene die Mitteilung zur Auslegung der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs. Dies erkläre, weshalb die Angabe der Kommission, dass in der Mitteilung die Rechtsprechung zusammengefasst werde, durch ihren Inhalt nicht gestützt werde.

Kommission

107 Die Kommission weist das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland und der Streithelfer, das sich gegen die in Punkt 2.2.1 der Mitteilung vorgesehenen Kriterien richtet, zurück. Die Grundsätze des gleichen Zugangs für Wirtschaftsteilnehmer aus allen Mitgliedstaaten und der gegenseitigen Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen sowie das Erfordernis angemessener Fristen und einer transparenten und objektiven Vorgehensweise ergäben sich aus dem EG-Vertrag. Es handele sich dabei keineswegs um neue Vergaberegeln, sondern um die Übertragung der allgemeinen Regeln des Gemeinschaftsrechts auf den Bereich der öffentlichen Aufträge.

b) Würdigung durch das Gericht

108 Punkt 2.2 der Mitteilung betrifft die „Auftragsvergabe".

109 Hierzu bestimmt Punkt 2.2.1 der Mitteilung:

„Grundsätze

In seinem Urteil in der Rechtssache Telaustria hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Auftraggeber kraft der Verpflichtung zur Transparenz zugunsten potenzieller

Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen muss, der den Markt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Die Verpflichtung zur Sicherstellung einer transparenten Bekanntmachung geht mithin automatisch mit der Pflicht zur Gewährleistung eines fairen und unparteiischen Verfahrens einher.

Die Auftragsvergabe muss somit im Einklang mit den Vorschriften und Grundsätzen des EG-Vertrags erfolgen, damit für alle an dem Auftrag interessierten Wirtschaftsteilnehmer faire Wettbewerbsbedingungen gelten. Dies lässt sich in der Praxis am besten wie folgt erreichen:

— Diskriminierungsfreie Beschreibung des Auftragsgegenstands

In der Beschreibung der verlangten Produkt- oder Dienstleistungsmerkmale darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, soweit dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist und der Verweis nicht mit dem Zusatz ‚oder gleichwertig' versehen ist. Allgemeinere Beschreibungen der Leistung oder der Funktionen sind in jedem Fall vorzuziehen.

— Gleicher Zugang für Wirtschaftsteilnehmer aus allen Mitgliedstaaten

Die Auftraggeber dürfen keine Bedingungen stellen, die potenzielle Bieter in anderen Mitgliedstaaten direkt oder indirekt benachteiligen, wie beispielsweise das Erfordernis, dass Unternehmen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen

möchten, im selben Mitgliedstaat oder in derselben Region wie der Auftraggeber niedergelassen sein müssen.

— Gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise

Müssen Bewerber oder Bieter Bescheinigungen, Diplome oder andere schriftliche Nachweise vorlegen, die ein entsprechendes Gewährleistungsniveau aufweisen, so sind gemäß dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auch Dokumente aus anderen Mitgliedstaaten zu akzeptieren.

— Angemessene Fristen

Die Fristen für Interessensbekundungen und für die Angebotsabgabe müssen so lang sein, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten eine fundierte Einschätzung vornehmen und ein Angebot erstellen können.

— Transparenter und objektiver Ansatz

Alle Teilnehmer müssen in der Lage sein, sich im Voraus über die geltenden Verfahrensregeln zu informieren, und müssen die Gewissheit haben, dass diese Regeln für jeden gleichermaßen gelten."

Vorbemerkungen

110 Zunächst ist festzustellen, dass das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland auf der Annahme beruht, dass es bei den von der Mitteilung erfassten Aufträgen keine sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebende allgemeine Transparenzpflicht gebe. Wie oben ausgeführt (vgl. Randnrn. 68 bis 100), ist diese Annahme jedoch falsch.

111 Sodann weist das Gericht darauf hin, dass Punkt 2.2.1 der Mitteilung darauf abzielt, zum einen die in Punkt 2.1 der Mitteilung genannte Bekanntmachungspflicht und zum anderen die Auftragsvergabe im Einklang mit den Vorschriften und Grundsätzen des EG-Vertrags sicherzustellen. Zu diesem Zweck stützt sich die Mitteilung auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach im Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags in jedem Stadium und insbesondere bei der Auswahl der Bewerber im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens sowohl der Grundsatz der Gleichbehandlung potenzieller Bieter als auch die Transparenzpflicht gewahrt sein müssen, damit alle Betroffenen bei der Abfassung ihrer Teilnahmeanträge oder Angebote über die gleichen Chancen verfügen (vgl. in diesem Sinne — in Bezug auf das Stadium des Vergleichs der Angebote — Urteile des Gerichtshofs vom 25. April 1996, Kommission/Belgien, C-87/94, Slg. 1996, I-2043, Randnr. 54, und vom 12. Dezember 2002, Universale-Bau u. a., C-470/99, Slg. 2002, I-11617, Randnr. 93).

112 Außerdem verbietet nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gleichbehandlungsgrundsatz, von dem die Art. 43 EG und 49 EG eine besondere Ausprägung sind, nicht nur augenfällige Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zum gleichen Ergebnis führen (Urteile des Gerichtshofs vom 29. Oktober 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Slg. 1980, 3427, Randnr. 7, und vom 5. Dezember 1989, Kommission/Italien, C-3/88, Slg. 1989, 4035, Randnr. 8), damit die öffentlichen Aufträge in den verschiedenen Mitgliedstaaten für alle Unternehmen der Gemeinschaft zugänglich sind. Schließlich hat der Gerichtshof den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter aufgestellt

(Urteile des Gerichtshofs vom 22. Juni 1993, Kommission/Dänemark, C-243/89, Slg. 1993, I-3353, Randnr. 23, und Kommission/Belgien, oben in Randnr. 111 angeführt, Randnr. 51). Daher sind die verschiedenen in Punkt 2.2.1 der Mitteilung genannten Erfordernisse im Licht der vorstehenden Erwägungen zu prüfen.

Zu Punkt 2.2.1 der Mitteilung

— Zu Punkt 2.2.1 erster Gedankenstrich der Mitteilung

113 Punkt 2.2.1 erster Gedankenstrich der Mitteilung sieht eine diskriminierungsfreie Beschreibung des Auftragsgegenstands vor. Wie die Bundesrepublik Deutschland selbst einräumt, geht dieses Erfordernis bereits aus dem Beschluss Vestergaard (oben in Randnr. 38 angeführt) hervor. Für die Auftragsvergabe ergibt sich dieses Ziel nämlich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dessen besondere Ausprägung die Grundfreiheiten sind. So hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung festgestellt, dass die Rechtmäßigkeit einer Klausel in den Verdingungsunterlagen eines Auftrags, der nicht den Schwellenwert der Richtlinie 93/37 erreicht und somit nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt, anhand der Grundregeln des EG-Vertrags zu beurteilen ist, zu denen der in Art. 28 EG genannte freie Warenverkehr gehört (Beschluss Vestergaard, Randnr. 21).

114 In Bezug auf die in Punkt 2.2.1 erster Gedankenstrich der Mitteilung gegebene Erläuterung weist das Gericht darauf hin, dass nach der Rechtsprechung auf dem Gebiet der öffentlichen Lieferaufträge das Weglassen des Zusatzes „oder gleichwertiger Art“

nach der Benennung eines bestimmten Produkts in den Verdingungsunterlagen nicht nur die Wirtschaftsteilnehmer, die ihm entsprechende Produkte verwenden, davon abhalten kann, an der Ausschreibung teilzunehmen, sondern auch entgegen Art. 28 EG die Einfuhrströme im innergemeinschaftlichen Handel behindern kann, indem der Markt den Bietern vorbehalten bleibt, die beabsichtigen, das speziell genannte Produkt zu verwenden (Urteile des Gerichtshofs vom 22. September 1988, Kommission/Irland, 45/87, Slg. 1988, 4929, Randnr. 22, und vom 24. Januar 1995, Kommission/Niederlande, C-359/93, Slg. 1995, I-157, Randnr. 27, und Beschluss Vestergaard, oben in Randnr. 38 angeführt, Randnr. 24).

115 Daher entspricht der Inhalt von Punkt 2.2.1 erster Gedankenstrich der Mitteilung der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung der Grundprinzipien des EG-Vertrags.

— Zu Punkt 2.2.1 zweiter Gedankenstrich der Mitteilung

116 Zu Punkt 2.2.1 zweiter Gedankenstrich der Mitteilung, dem gleichen Zugang für Wirtschaftsteilnehmer aus allen Mitgliedstaaten, vertritt das Gericht die Auffassung, dass sich dieses Ziel, den Wirtschaftsteilnehmern unabhängig von ihrer Herkunft gleichen Zugang zu den ausgeschriebenen Aufträgen zu sichern, aus der Beachtung der Grundsätze der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs sowie des freien Wettbewerbs (vgl. hierzu Schlussanträge von Generalanwalt Léger in der Rechtssache Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., Urteil des Gerichtshofs vom 15. Januar 1998, C-44/96, Slg. 1998, I-73, I-77, Nr. 47, aufgegriffen in den Schlussanträgen von Generalanwalt Mischo in der Rechtssache Kommission/Frankreich, Urteil des Gerichtshofs vom 1. Februar 2001, C-237/99, Slg. 2001, I-939, I-941, Nr. 49), und insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes (siehe oben, Randnr. 112) in seiner Ausprägung durch das in Art. 12 EG aufgestellte Verbot von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit ergibt.

117 Es versteht sich von selbst, dass das Diskriminierungsverbot — wie in Punkt 2.2.1 zweiter Gedankenstrich der Mitteilung vorgesehen — einem Auftraggeber verbietet, Bedingungen zu stellen, die eine direkte oder indirekte Benachteiligung nach sich ziehen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs müssen die allgemeinen Bedingungen in den Verdingungsunterlagen alle einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und insbesondere die Verbote, die aus den im EG-Vertrag verankerten Grundsätzen auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs folgen, sowie das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit beachten (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 9. Juli 1987, CEI und Bellini, 27/86 bis 29/86, Slg. 1987, 3347, Randnr. 15, und vom 20. September 1988, Beentjes, 31/87, Slg. 1988, 4635, Randnrn. 29 und 30).

118 Dementsprechend ist der Inhalt von Punkt 2.2.1 erster und zweiter Gedankenstrich der Mitteilung durch den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter gedeckt.

— Zu Punkt 2.2.1 dritter Gedankenstrich der Mitteilung

119 In Punkt 2.2.1 dritter Gedankenstrich der Mitteilung wird der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung eingeführt, der es ermöglicht, den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr zu gewährleisten, ohne dass eine Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten erforderlich wäre (Urteil des Gerichtshofs vom 20. Februar 1979, Rewe-Zentral, 120/78, Slg. 1979, 649). Danach müssen die Behörden eines Mitgliedstaats sämtliche Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise sowie die einschlägige Erfahrung des Betroffenen in der Weise berücksichtigen, dass sie die durch diese Nachweise belegten Fachkenntnisse und diese Erfahrung mit den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten vergleichen (vgl. entsprechend, insbesondere für den Zugang zum Beruf, Urteile des Gerichtshofs vom 7. Mai 1991, Vlassopoulou, C-340/89, Slg. 1991, I-2357, Randnrn. 16, 19 und 20, vom 9. Februar 1994, Haim, C-319/92, Slg. 1994, I-425, Randnrn. 27 und 28, vom 14. September 2000, Hocsman, C-238/98, Slg. 2000,

I-6623, Randnr. 23, und vom 22. Januar 2002, Dreessen, C-31/00, Slg. 2002, I-663, Randnr. 24).

120 Der Gerichtshof hat betont, dass diese Rechtsprechung nur einen den Grundfreiheiten des EG-Vertrags innewohnenden Grundsatz zum Ausdruck bringt, wobei diesem Grundsatz nicht dadurch ein Teil seiner rechtlichen Bedeutung genommen wird, dass Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung von Diplomen erlassen werden (oben in Randnr. 119 angeführte Urteile Hocsman, Randnrn. 24 und 31, und Dreessen, Randnr. 25), und dass die Mitgliedstaaten folglich ihre sich aus der Auslegung der Art. 43 EG und 47 EG durch den Gerichtshof ergebenden Verpflichtungen in Bezug auf die gegenseitige Anerkennung beachten müssen (vgl. entsprechend, insbesondere für den Zugang zum Beruf, Urteil Dreessen, oben in Randnr. 119 angeführt, Randnr. 27 und die dort angeführte Rechtsprechung). Hierzu hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass die gegenseitige Anerkennung es den innerstaatlichen Behörden ermöglichen muss, objektiv festzustellen, ob ein ausländisches Diplom seinem Inhaber die gleichen oder zumindest gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten wie das innerstaatliche Diplom bescheinigt (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 15. Oktober 1987, Heylens u. a., 222/86, Slg. 1987, 4097, Randnr. 13).

121 Folglich begründet der mit Punkt 2.2.1 dritter Gedankenstrich der Mitteilung verfolgte Zweck keine neuen Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten.

— Zu Punkt 2.2.1 vierter Gedankenstrich der Mitteilung

122 Was das Erfordernis angemessener Fristen betrifft, die es Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ermöglichen sollen, eine fundierte Einschätzung vorzunehmen und ein Angebot zu erstellen, ist darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeber den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs und das Diskriminierungsverbot beachten müssen, die die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen

Wirtschaftsteilnehmer schützen sollen, die den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten (Urteile des Gerichtshofs vom 3. Oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Slg. 2000, I-8035, Randnr. 16, vom 1. Februar 2001, Kommission/Frankreich, oben in Randnr. 116 angeführt, Randnr. 41, HI, oben in Randnr. 76 angeführt, Randnr. 43, und Universale-Bau u. a., oben in Randnr. 111 angeführt, Randnr. 51). Ihr Zweck besteht darin, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber auszuschalten (vgl. in diesem Sinne Urteil Universale-Bau u. a., Randnr. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung).

123 Demnach ergibt sich der Zweck von Punkt 2.2.1 vierter Gedankenstrich der Mitteilung, der darin besteht, zu verhindern, dass ein Auftraggeber durch die den Bietern eingeräumten Fristen einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme ausschließen kann, aus den Grundsätzen des EG-Vertrags, so dass auch dieser Teil der Mitteilung keine neue Verpflichtung einführt.

— Zu Punkt 2.2.1 fünfter Gedankenstrich der Mitteilung

124 In Bezug auf den Inhalt von Punkt 2.2.1 fünfter Gedankenstrich der Mitteilung vertritt das Gericht die Auffassung, dass, wie der Gerichtshof bereits ausgeführt hat, die Gewährleistung einer Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bieter und der Transparenz gerade bezweckt, allen potenziellen Bietern vor der Vorbereitung ihrer Angebote Kenntnis von den Zuschlagskriterien, denen diese Angebote entsprechen müssen, und der relativen Bedeutung dieser Kriterien zu verschaffen (zu dem mit Art. 30 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 im Wesentlichen wortgleichen Art. 27 Abs. 2 der Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor [ABl. L 297, S. 1] vgl. die oben

in Randnr. 111 angeführten Urteile Kommission/Belgien, Randnrn. 88 und 89, und Universale-Bau u. a., Randnr. 99). Somit soll Punkt 2.2.1 fünfter Gedankenstrich der Mitteilung sicherstellen, dass im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs alle potenziellen Bieter bei der Abfassung ihrer Teilnahmeanträge oder Angebote über die gleichen Chancen verfügen.

125 Demnach dienen die Mittel zur Erreichung der in den verschiedenen Gedankenstrichen von Punkt 2.2.1 der Mitteilung genannten gleichen Wettbewerbsbedingungen nach Auffassung des Gerichts dazu, dass bei der Auftragsvergabe im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs (oben in Randnr. 111 angeführte Urteile Kommission/Belgien, Randnr. 54, und Universale-Bau u. a., Randnr. 93) sowohl der Grundsatz der Gleichbehandlung potenzieller Bieter als auch die Transparenzpflicht sowie der freie Dienstleistungsverkehr gewahrt werden, und führen daher keine neuen Verpflichtungen ein.

Zu Punkt 2.2.2 der Mitteilung

126 Punkt 2.2.2 der Mitteilung sieht Folgendes vor:

„Begrenzung der Zahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden

Auftraggebern steht es frei, durch bestimmte Maßnahmen die Zahl der Bewerber auf ein angemessenes Maß zu beschränken, sofern dies auf transparente und diskriminierungsfreie Weise geschieht. Dazu können sie beispielsweise objektive Kriterien wie die einschlägige Erfahrung der Bewerber, die Unternehmensgröße und

die betriebliche Infrastruktur, die technische und berufliche Leistungsfähigkeit oder andere Kriterien heranziehen. Sie können sich sogar für eine Auslosung entscheiden, und zwar entweder als alleiniges Auswahlkriterium oder gekoppelt mit anderen Kriterien. In jedem Fall müssen nach der Vorauswahl so viele Bewerber übrig bleiben, dass ein angemessener Wettbewerb gewährleistet ist.

Alternativ dazu können Auftraggeber auch Prüfungssysteme in Betracht ziehen, bei denen im Rahmen eines hinreichend bekannt gemachten, transparenten und offenen Verfahrens ein Verzeichnis der geprüften Wirtschaftsteilnehmer erstellt wird. Wenn später im Rahmen des Systems einzelne Aufträge vergeben werden, kann der öffentliche Auftraggeber aus dem Verzeichnis der geprüften Wirtschaftsteilnehmer auf nicht diskriminierende Weise (z. B. im Rotationsverfahren) Akteure auswählen, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden."

127 Punkt 2.2.2 der Mitteilung betrifft die Begrenzung der Zahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, auf ein angemessenes Maß und enthält Beispiele für bestimmte Modalitäten und Möglichkeiten, die die Auftraggeber nutzen können, sofern dies auf transparente und diskriminierungsfreie Weise und mit dem Ziel geschieht, einen angemessenen Wettbewerb zu gewährleisten. Dieser Punkt der Mitteilung verlangt u. a. die Anwendung objektiver Kriterien und eines hinreichend bekannt gemachten, transparenten und offenen Verfahrens.

128 Hierzu ist festzustellen, dass diese Erfordernisse voll und ganz im Einklang mit den Grundsätzen des EG-Vertrags und der Rechtsprechung des Gerichtshofs stehen. Sie sind insbesondere der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu entnehmen, wonach das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags in jedem Stadium und insbesondere bei der Auswahl der Bewerber in einem nicht offenen Verfahren sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung potenzieller Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren muss, damit alle Betroffenen bei der Abfassung ihrer Teilnahmeanträge oder Angebote über die gleichen Chancen verfügen (vgl. in diesem Sinne

— in Bezug auf das Stadium des Vergleichs der Angebote — die oben in Randnr. 111 angeführten Urteile Kommission/Belgien, Randnr. 54, und Universale-Bau u. a., Randnr. 93).

Zu Punkt 2.2.3 der Mitteilung

129 Punkt 2.2.3 der Mitteilung lautet:

„Entscheidung über die Auftragsvergabe

Wichtig ist, dass die letztendliche Entscheidung über die Vergabe des Auftrags den zu Anfang festgelegten Verfahrensregeln entspricht und dass den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung voll und ganz Rechnung getragen wird. Von besonderer Bedeutung ist dies bei Verfahren, in denen Verhandlungen mit ausgewählten Bietern vorgesehen sind. Solche Verhandlungen sind so zu organisieren, dass keiner der Bieter Zugang zu mehr Informationen als andere hat und dass jegliche ungerechtfertigte Bevorteilung einzelner Bieter ausgeschlossen ist."

130 Punkt 2.2.3 der Mitteilung sieht vor, dass bei der abschließenden Entscheidung über die Vergabe des Auftrags das Diskriminierungsverbot und der Grundsatz der Gleichbehandlung beachtet werden müssen. Dieser Zweck und seine inhaltliche Ausgestaltung gehen nicht weiter als die Grundsätze, auf die sich Punkt 2.2.3 stützt.

131 Nach alledem soll der in Punkt 2.2 der Mitteilung in Bezug auf die Auftragsvergabe aufgeführte Mittelkatalog im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs gewährleisten, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung potenzieller Bieter, die Transparenzpflicht sowie die Grundsätze des freien Dienstleistungsverkehrs (oben in Randnr. 111 angeführte Urteile Kommission/Belgien, Randnr. 54, und Universale-Bau u. a., Randnr. 93) und des freien Wettbewerbs (Urteil vom 1. Februar 2001, Kommission/Frankreich, oben in Randnr. 116 angeführt, Randnr. 49) gewahrt werden; er führt daher keine neuen Verpflichtungen ein, die mit einer Nichtigkeitsklage angefochten werden können.

3. *Zur dritten Rüge: Ausnahmen von der vorherigen Bekanntmachung (Punkt 2.1.4 der Mitteilung)*

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

132 Die Bundesrepublik Deutschland trägt vor, die Kommission habe in Punkt 2.1.4 der Mitteilung neue rechtliche Verpflichtungen festgelegt, indem sie die in den Vergaberichtlinien für eine freihändige Vergabe vorgesehenen Ausnahmebestimmungen auf Vergaben unterhalb der Schwellenwerte übertragen habe, obwohl die Anwendung der in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Ausnahmen an die Erreichung der genannten Schwellenwerte geknüpft sei.

133 Weiter widerspricht die Bundesrepublik Deutschland dem Vorbringen der Kommission, dass es sich bei der Erstreckung der in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Ausnahmen von der Bekanntmachungspflicht auf die Vergabe außerhalb des

Anwendungsbereichs dieser Richtlinien um eine zulässige Analogie handele, die aufgrund einer Auslegung der Grundprinzipien des EG-Vertrags gerechtfertigt sei. Eine solche Analogie wäre nämlich nur dann zulässig, wenn eine Regelungslücke vorläge, was hier nicht der Fall sei, da sich der Gesetzgeber durch die Festlegung der Schwellenwerte ausdrücklich gegen solche Bekanntmachungsanforderungen bei bestimmten Vergaben entschieden habe.

134 In der mündlichen Verhandlung hat die Bundesrepublik Deutschland hinzugefügt, dass die in Punkt 2.1.4 der Mitteilung vorgesehenen Ausnahmen abschließend und daher keine weiteren Ausnahmen möglich seien. Die Mitteilung enthalte somit ein sehr strenges und abschließendes Konzept der möglichen Ausnahmen, das im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Grundfreiheiten stehe, etwa der möglichen Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung mit objektiven Umständen. In Verbindung mit ihrem Punkt 2.1.1 führe die Mitteilung daher eine unbedingte Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung ein und schließe jede andere Form der Transparenz aus.

135 Im Wortlaut von Punkt 2.1.4 der Mitteilung, insbesondere in dessen letztem Satz, werde eindeutig eine Verbindung zu den Ausnahmeregelungen der Vergaberichtlinien hergestellt; er beschränke somit die Ausnahmen von der Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung auf diese Ausnahmeregelungen. Daher würden weitere, sich aus dem Primärrecht ergebende Ausnahmen durch die Mitteilung ausgeschlossen. Dieses abschließende Konzept der Ausnahmen verstoße gegen das Urteil SECAP und Santorso (oben in Randnr. 42 angeführt), wonach weitere Ausnahmen Berücksichtigung finden könnten.

136 Das Parlament macht zu den in Punkt 2.1.4 der Mitteilung vorgesehenen Ausnahmen vom Grundsatz der vorherigen Bekanntmachung geltend, die Kommission übertrage die Ausnahmeregelungen der Vergaberichtlinien zu freihändigen Verfahren auf Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der Richtlinien. An diesem Beispiel werde besonders deutlich, dass die Kommission in ihrer Mitteilung eigenständige Vergaberegeln geschaffen habe, ganz abgesehen davon, dass die Voraussetzungen für eine solche Analogie, nämlich eine planwidrig vom Gemeinschaftsgesetzgeber gelassene Lücke

außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien, gerade nicht gegeben seien.

137 Die Kommission ist der Ansicht, dass die in der Mitteilung vorgeschlagene Analogie, die darin bestehe, die in den Vergaberichtlinien enthaltenen Ausnahmen von der Bekanntmachungspflicht auf die Vergabe außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien zu übertragen, nur die von ihr vorgeschlagene Auslegung der Grundprinzipien des EG-Vertrags wiedergebe und keine Rechtsetzung darstelle. Zudem sei Punkt 2.1.4 der Mitteilung nicht restriktiv, sondern nenne lediglich die wichtigsten Ausnahmen in nicht abschließender Weise. Mit ihrer Stellungnahme zu dem speziellen Punkt der Anwendung der in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Ausnahmen von der Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung auf die von der Mitteilung erfassten Aufträge habe die Kommission nicht zum Ausdruck bringen wollen, dass keine andere, mit den erwähnten Grundsätzen vereinbare Ausnahme von der Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung zulässig sei.

b) Würdigung durch das Gericht

138 Punkt 2.1.4 der Mitteilung gilt nach seiner Überschrift für „Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung“. Er bestimmt:

„Die Vergaberichtlinien enthalten Ausnahmeregelungen, nach denen unter bestimmten Bedingungen Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zulässig sind. Die wichtigsten Ausnahmen betreffen hierbei Situationen, in denen aufgrund nicht voraussehbarer Ereignisse dringendes Handeln geboten ist, sowie Aufträge, die aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden können.

Nach Auffassung der Kommission können die entsprechenden Ausnahmeregelungen auch bei der Vergabe von nicht unter die Richtlinien fallenden Aufträgen zur Anwendung kommen. Daher können Auftraggeber solche Aufträge ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben, sofern die in den Richtlinien festgelegten Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmeregelungen erfüllt sind."

139 Das Gericht ist zunächst der Ansicht, dass Punkt 2.1.4 der Mitteilung entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland keineswegs ausschließt, dass es weitere Ausnahmen von der Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung geben kann. Wie nämlich im Übrigen in den Punkten 1.1 und 1.2 der Mitteilung ausgeführt wird, sind die Mitgliedstaaten und ihre ausschreibenden Stellen an die Vorschriften und Grundsätze des EG-Vertrags gebunden. Soweit sich demnach aus diesen Vorschriften und Grundsätzen Ausnahmen von der Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung ergeben, können sich die Mitgliedstaaten oder die ausschreibenden Stellen, die einen von der Mitteilung erfassten öffentlichen Auftrag vergeben, *ipso iure* auf diese Ausnahmen berufen.

140 Hierzu ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Grundsätze des EG-Vertrags dann nicht berührt sind, wenn der Mitgliedstaat oder die ausschreibende Stelle sich auf eine Vorschrift des EG-Vertrags berufen kann, die — wie Art. 86 Abs. 2 EG oder die Art. 296 EG oder 297 EG — die Anwendung des Primärrechts generell ausschließt, wenn einer der ausdrücklich in diesem Vertrag vorgesehenen Rechtfertigungsgründe greift (wie z. B. die öffentliche Ordnung und die Gesundheit nach den Art. 46 EG und 55 EG sowie die öffentliche Gewalt nach den Art. 45 EG und 55 EG) oder wenn die Voraussetzungen eines von der Rechtsprechung anerkannten Rechtfertigungsgrundes gegeben sind (vgl. für einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses das Urteil des Gerichtshofs vom 27. Oktober 2005, Kommission/Spanien, C-158/03, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung). In solchen Fällen findet daher die aus den Grundsätzen des EG-Vertrags resultierende Bekanntmachungspflicht auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags keine Anwendung.

141 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass Punkt 2.1.4 der Mitteilung den ausschreibenden Stellen lediglich gestatten soll, sich auf die in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Ausnahmen von der Bekanntmachungspflicht zu berufen, wobei die dafür in diesen Richtlinien festgelegten Voraussetzungen zu beachten sind, und zwar auch dann, wenn die Richtlinien auf die von der Mitteilung erfassten öffentlichen Aufträge

keine Anwendung finden. Wie Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Kommission/Italien (Urteil des Gerichtshofs vom 27. Oktober 2005, C-525/03, Slg. 2005, I-9405, I-9407, Nrn. 46 bis 49) ausgeführt hat, kann keine Bekanntmachungspflicht bestehen, wenn in den Vergaberichtlinien eine Ausnahme ausdrücklich zugelassen ist, die Voraussetzungen für diese Ausnahme vorliegen und ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Aufforderung zur Einreichung eines Angebots möglich ist. Die sich aus dem EG-Vertrag ergebenden Grundsätze können demnach kein Öffentlichkeitserfordernis aufstellen, wenn die Richtlinien ausdrücklich eine Befreiung vorsehen, denn sonst wäre diese Befreiung wirkungslos (vgl. in diesem Sinne auch die Schlussanträge von Generalanwältin Stix-Hackl in der Rechtssache Coname, oben in Randnr. 36 angeführt, Slg. 2005, I-7289, Nr. 93).

142 Folglich begründet Punkt 2.1.4 der Mitteilung keineswegs neue Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, sondern ist für sie insofern eher günstig, als er ihnen, falls die Voraussetzungen für seine Anwendung vorliegen, gestattet, die Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung nicht zu beachten.

143 Zu dem auf das Urteil SECAP und Santorso (oben in Randnr. 42 angeführt) gestützten Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland (siehe oben, Randnr. 135) ist festzustellen, dass es auf einer irrigen Annahme beruht, da Punkt 2.1.4 der Mitteilung weitere Ausnahmen nicht ausschließt.

4. *Zur vierten Rüge: Vertragsverletzungsverfahren (Punkt 1.3 der Mitteilung)*

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

144 Die Bundesrepublik Deutschland, unterstützt durch die Streithelfer, trägt schließlich vor, die Ankündigung der Kommission in Punkt 1.3 der Mitteilung, im Fall der

Nichtbefolgung des vorgesehenen Verfahrens ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, mache deutlich, dass den Mitgliedstaaten mit ihr Verpflichtungen auferlegt werden sollten. Dies werde durch das Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2005/4043 gegen die Bundesrepublik Deutschland, das die Vergabe eines II-B-Auftrags ohne vorherige Bekanntmachung betreffe, bestätigt; die Mitteilung werde dort gleichsam wie eine ergänzende Rechtsgrundlage zitiert. Zudem betreibe die Kommission bereits Vertragsverletzungsverfahren gegen einige Mitgliedstaaten, um die nunmehr in der Mitteilung formulierten Grundsätze für Auftragsvergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien durchzusetzen. Zu nennen seien dabei die Rechtssachen, in denen die Urteile Kommission/Finnland (oben in Randnr. 39 angeführt) und vom 13. November 2007, Kommission/Irland (oben in Randnr. 57 angeführt), ergangen seien. Die von der Mitteilung erzeugten Rechtswirkungen ergäben sich daher aus ihrem Punkt 1.3 und aus ihrer Verknüpfung mit dem Vertragsverletzungsverfahren.

145 Außerdem ergäben sich aus Punkt 1.3 der Mitteilung keine bloß informatorischen, sondern darüber hinaus verhaltenssteuernde, also rechtsetzende Wirkungen. Dies werde von der Kommission eingeräumt, die der Mitteilung verhaltenssteuernde Wirkung beimesse. Eine verbindliche Wirkung der Mitteilung ergebe sich auch aus der angekündigten Absicht der Kommission, die Mitteilung ihrer eigenen Praxis in Vertragsverletzungsverfahren zugrunde zu legen.

146 Das Parlament trägt zu Punkt 1.3 der Mitteilung vor, die Kommission als Verfasserin der Mitteilung habe zugleich die Stellung als zentrales Exekutivorgan der Gemeinschaft und als Hüterin der Verträge inne. Deshalb müssten die öffentlichen Auftraggeber der Mitgliedstaaten dem Inhalt der Mitteilung Folge leisten, um Vertragsverletzungsverfahren zu vermeiden, bei deren Einleitung die Kommission die in ihrer eigenen Mitteilung gesetzten Standards als Maßstab heranziehe.

147 Die Republik Polen fügt hinzu, es sei zu erwarten, dass die in der Mitteilung enthaltenen Leitlinien von den Prüfern der Kommission als Bezugsgröße herangezogen würden, wenn sie Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge überprüften, die aus

dem Haushalt der Europäischen Union, u. a. aus Strukturmitteln, kofinanziert worden seien. Bei etwaigen Abweichungen der durchgeführten Verfahren von den in der Mitteilung enthaltenen Leitlinien würden die Prüfer dazu neigen, den Ausgaben die Erstattungsfähigkeit aus Unionsmitteln abzusprechen. Entgegen der Behauptung in der Einleitung der Mitteilung würden die in ihr enthaltenen Leitlinien auf diese Weise „als Recht" angewandt. Wenn man aber die Bedeutung der finanziellen Unterstützung aus dem Haushalt der Europäischen Union in Polen berücksichtige, dürfte eine solche Haltung der Prüfer ausreichen, um die Leitlinien als unmittelbar verbindlich anzusehen.

148 Die Kommission macht geltend, entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland, wonach sich aus Punkt 1.3 der Mitteilung rechtliche Wirkungen ergäben, führe der mögliche Einfluss der Mitteilung auf die Politik der Kommission bei Vertragsverletzungsverfahren nicht zu Rechtswirkungen für Dritte, sondern löse lediglich Wirkungen für die Kommission selbst aus. Die Kommission könne nämlich durch ihre Politik in Vertragsverletzungsverfahren nicht die Pflichten der Mitgliedstaaten festlegen. Der Umfang der Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten werde im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens erst durch den Gerichtshof in rechtlich verbindlicher Weise festgestellt.

b) Würdigung durch das Gericht

149 Punkt 1.3 letzter Absatz der Mitteilung bestimmt:

„Erhält die Kommission Kenntnis von einer möglichen Verletzung der Grundanforderungen an die Vergabe öffentlicher Aufträge, die nicht unter die Vergaberichtlinien fallen, prüft sie die Binnenmarktrelevanz des fraglichen Auftrags vor dem

Hintergrund der fallspezifischen Umstände. Sie wird nur dann ein Verfahren nach Artikel 226 [EG] einleiten, wenn dies angesichts der Schwere der Vertragsverletzung und ihrer Auswirkungen auf den Binnenmarkt angemessen erscheint."

150 Hierzu ist festzustellen, dass die Kommission ohne Weiteres ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG gegen einen Mitgliedstaat einleiten kann, wenn dieser Staat die Verpflichtungen, die sich für die ausschreibenden Stellen der Mitgliedstaaten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus den im EG-Vertrag festgelegten Vorschriften und Grundsätzen ergeben, nicht einhält. Folglich beweist der bloße Umstand, dass Punkt 1.3 der Mitteilung auf die Möglichkeit der Einleitung eines solchen Verfahrens hinweist, entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland keineswegs, dass diese Mitteilung neue Verpflichtungen der Mitgliedstaaten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge begründet und somit eine Handlung mit verbindlichen Rechtswirkungen ist.

151 Ein Mitgliedstaat kann zwar durch diesen Punkt der Mitteilung auf die Gefahr aufmerksam gemacht werden, dass ihm im Fall der Nichtbeachtung seiner sich aus dem primären Gemeinschaftsrecht ergebenden und in der Mitteilung wiedergegebenen Verpflichtungen ein Vertragsverletzungsverfahren droht, doch ist dies lediglich eine tatsächliche Folge, nicht aber eine verbindliche Rechtswirkung (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 11. November 1981, IBM/Kommission, 60/81, Slg. 1981, 2639, Randnr. 19, und vom 1. Dezember 2005, Italien/Kommission, C-301/03, Slg. 2005, I-10217, Randnr. 30).

152 Das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland geht vor allem deshalb ins Leere, weil die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG keine Handlung darstellt, die eine Bindungs- oder Zwangswirkung entfaltet. Im Rahmen dieses Verfahrens, dessen der Anrufung des Gerichtshofs vorausgehender Teil dazu dient, den Mitgliedstaat aufzufordern, seinen Verpflichtungen nachzukommen, gibt die Kommission dem Mitgliedstaat Gelegenheit zur Äußerung und bringt erst danach ihre Auffassung in Form einer Stellungnahme zum Ausdruck. In diesem Verfahrensabschnitt kommt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs keiner Maßnahme der

Kommission bindende Kraft zu (Urteil des Gerichtshofs vom 1. März 1966, Lütticke u. a./Kommission, 48/65, Slg. 1966, 28, 39).

153 Außerdem kann sich nach dem System der Art. 226 EG bis 228 EG nur aus einem Urteil des Gerichtshofs ergeben, welche Rechte und Pflichten die Mitgliedstaaten haben und wie ihr Verhalten zu beurteilen ist (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 27. Mai 1981, Essevi und Salengo, 142/80 und 143/80, Slg. 1981, 1413, Randnrn. 15 und 16, und vom 29. September 1998, Kommission/Deutschland, C-191/95, Slg. 1998, I-5449, Randnr. 45). Folglich kann entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland nur ein Urteil des Gerichtshofs in diesem Bereich eine verbindliche Wirkung entfalten.

154 Daher ist das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland und der Streithelfer zurückzuweisen, dass sich aus der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens im Fall der Nichtbeachtung des in der Mitteilung vorgesehenen Verfahrens eine verbindliche Wirkung ergebe.

155 Dieses Ergebnis wird nicht durch das Argument der Bundesrepublik Deutschland in Frage gestellt, wonach sich Generalanwalt Tesauro in Nr. 6 seiner Schlussanträge in der Rechtssache Frankreich/Kommission (Urteil des Gerichtshofs vom 16. Juni 1993, oben in Randnr. 28 angeführt, Slg. 1993, I-3292) ausdrücklich dafür ausgesprochen habe, der Androhung eines Vertragsverletzungsverfahrens verbindliche Rechtswirkungen beizumessen.

156 Anders als im vorliegenden Fall hatte die Kommission während des gesamten Verfahrens, das dem Urteil vom 16. Juni 1993, Frankreich/Kommission (oben in Randnr. 28 angeführt), zugrunde lag, die verbindliche Kraft der in Rede stehenden Handlung nie in Zweifel gezogen. Auf dieser Grundlage wertete Generalanwalt Tesauro die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens als weiteres Indiz dafür, dem Gerichtshof vorzuschlagen, die Klage nicht von Amts wegen für unzulässig zu erklären, sondern inhaltlich zu prüfen (Schlussanträge von Generalanwalt Tesauro in der Rechtssache

Frankreich/Kommission, Nr. 6). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass sich der Gerichtshof in dem genannten Urteil diese Argumentation, auf die sich das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland stützt, nicht zu Eigen gemacht hat.

157 In Anbetracht der oben in den Randnrn. 150 bis 153 getroffenen Feststellungen ist auch das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland, des Königreichs der Niederlande und der Republik Polen, wonach durch die Mitteilung eine Selbstbindung der Kommission eingetreten sei, als zumindest ins Leere gehend zurückzuweisen. Überdies geht aus dem Wortlaut von Punkt 1.3 der Mitteilung hervor, dass die Kommission nicht beabsichtigt, in allen ihr zur Kenntnis gelangenden Fällen einer Vertragsverletzung ein Verfahren einzuleiten, sondern dass sie dies nur vor dem Hintergrund der fallspezifischen Umstände tun und sich dabei von zwei Hauptkriterien leiten lassen wird, nämlich der Schwere der Vertragsverletzung und ihrer Auswirkungen auf den Binnenmarkt.

158 Schließlich kann dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland, die Kommission nehme auf die Mitteilung wie auf einen Rechtsakt Bezug und habe bereits mehrere Vertragsverletzungsverfahren durchgeführt, um deren Grundsätze durchzusetzen, nicht gefolgt werden.

159 Zu dem von der Bundesrepublik Deutschland angeführten Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2005/4043 ist festzustellen, dass die Kommission in Randnr. 7 der mit Gründen versehenen Stellungnahme tatsächlich auf die Mitteilung Bezug nimmt. Entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland wird die Mitteilung dort jedoch nicht als Rechtsgrundlage herangezogen, sondern es wird lediglich am Ende dieser Randnummer in Klammern auf sie verwiesen. Der verfügende Teil der mit Gründen versehenen Stellungnahme ist auf die Art. 43 EG und 49 EG sowie auf den Grundsatz der Gleichbehandlung, das Diskriminierungsverbot und den Grundsatz der Transparenz gestützt.

160 Das Gleiche gilt für die beiden von der Bundesrepublik Deutschland angeführten Rechtssachen, in denen die Urteile Kommission/Finnland (oben in Randnr. 39 angeführt) und vom 13. November 2007, Kommission/Irland (oben in Randnr. 57 angeführt), ergangen sind. In der Rechtssache Kommission/Finnland hat der Gerichtshof die Klage der Kommission für unzulässig erklärt, da sie in ihrer auf bestimmte Grundregeln des EG-Vertrags und insbesondere auf das Diskriminierungsverbot, das die Transparenzpflicht einschließt, gestützten Klage keine ausreichenden Anhaltspunkte vorgetragen hatte, um es dem Gerichtshof zu ermöglichen, die Tragweite des dem Mitgliedstaat vorgeworfenen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht genau zu erfassen (Urteil Kommission/Finnland, Randnr. 32). Dem Urteil in der Rechtssache Kommission/Irland ist zu entnehmen, dass eine nachträgliche Bekanntmachung keine angemessene Bekanntmachung sicherstellen kann, und es bestätigt, dass eine Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung besteht, wie die Bundesrepublik Deutschland in der mündlichen Verhandlung anerkannt hat.

161 Zum Vorbringen der Republik Polen, die Mitgliedstaaten könnten durch die Mitteilung auf die Gefahr aufmerksam gemacht werden, dass bestimmte Ausgaben im Rahmen der gemeinschaftlichen Finanzierung nicht anerkannt würden, ist festzustellen, dass es sich dabei wiederum um eine bloße tatsächliche Folge und nicht um eine verbindliche Rechtswirkung der Mitteilung handelt (siehe oben, Randnr. 151).

162 Nach alledem enthält die Mitteilung keine neuen Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die über die Verpflichtungen hinausgehen, die sich aus dem bestehenden Gemeinschaftsrecht ergeben. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Mitteilung verbindliche Rechtswirkungen erzeugt, die geeignet sind, die Rechtsstellung der Bundesrepublik Deutschland und der Streithelfer zu berühren; daher ist die Klage als unzulässig abzuweisen.

**Kosten**

163 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Bundesrepublik Deutschland unterlegen ist, sind ihr entsprechend dem Antrag der Kommission deren Kosten aufzuerlegen.

164 Nach Art. 87 § 4 Abs. 1 der Verfahrensordnung tragen die Mitgliedstaaten, die dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetreten sind, ihre eigenen Kosten. Im vorliegenden Fall tragen die zur Unterstützung der Bundesrepublik Deutschland beigetretenen Streithelfer ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

**1. Die Klage wird als unzulässig abgewiesen.**

**2. Die Bundesrepublik Deutschland trägt ihre eigenen Kosten und die Kosten der Europäischen Kommission.**

**3. Die Französische Republik, die Republik Österreich, die Republik Polen, das Königreich der Niederlande, das Europäische Parlament, die Hellenische Republik und das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland tragen ihre eigenen Kosten.**

Vilaras Prek Ciucă

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 20. Mai 2010.

Unterschriften

# Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt ..... II - 2036

Verfahren ..... II - 2039

Anträge der Verfahrensbeteiligten ..... II - 2041

Zur Zulässigkeit ..... II - 2042

A — Vorbemerkungen ..... II - 2042

B — Zum Inhalt der Mitteilung ..... II - 2045

1. Zur ersten Rüge: Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung (Punkt 2.1.1 der Mitteilung) ..... II - 2046

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 2046

Bundesrepublik Deutschland ..... II - 2046

Streithelfer ..... II - 2050

Kommission ..... II - 2055

b) Würdigung durch das Gericht ..... II - 2056

2. Zur zweiten Rüge: Konkretisierung der Bekanntmachungspflichten (Punkt 2.2 der Mitteilung) ..... II - 2069

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... II - 2069

Bundesrepublik Deutschland ..... II - 2069

Streithelfer ..... II - 2071

Kommission ..... II - 2072

b) Würdigung durch das Gericht ..... II - 2072

Vorbemerkungen ..... II - 2075

Zu Punkt 2.2.1 der Mitteilung ..... II - 2076

— Zu Punkt 2.2.1 erster Gedankenstrich der Mitteilung ..... II - 2076

— Zu Punkt 2.2.1 zweiter Gedankenstrich der Mitteilung ... II - 2077

— Zu Punkt 2.2.1 dritter Gedankenstrich der Mitteilung .... II - 2078

— Zu Punkt 2.2.1 vierter Gedankenstrich der Mitteilung .... II - 2079

— Zu Punkt 2.2.1 fünfter Gedankenstrich der Mitteilung.... II - 2080

Zu Punkt 2.2.2 der Mitteilung ..... II - 2081

Zu Punkt 2.2.3 der Mitteilung ..... II - 2083

3. Zur dritten Rüge: Ausnahmen von der vorherigen Bekanntmachung (Punkt 2.1.4 der Mitteilung)..... II - 2084

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten..... II - 2084

b) Würdigung durch das Gericht ..... II - 2086

4. Zur vierten Rüge: Vertragsverletzungsverfahren (Punkt 1.3 der Mitteilung)..... II - 2088

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten..... II - 2088

b) Würdigung durch das Gericht ..... II - 2090

Kosten..... II - 2095