SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PHILIPPE LÉGER

vom 13. Juni 2002 [1]

1. Aufgrund der vorliegenden Klage der Kommission der Europäischen Gemeinschaften soll festgestellt werden, dass das Königreich Spanien seinen Verpflichtungen aus den Artikeln 1 und 2 der Richtlinie 89/665/EWG [2] nicht nachgekommen ist. Die Kommission macht im Wesentlichen geltend, diese Artikel seien nicht ordnungsgemäß und vollständig in die spanische Rechtsordnung umgesetzt worden, da die nationalen Umsetzungsmaßnahmen folgende Mängel aufwiesen:

— Von ihrem Geltungsbereich seien von vornherein privatrechtliche öffentliche Einrichtungen ausgenommen;

— Nachprüfungsanträge gegen bestimmte von den öffentlichen Auftraggebern während des Vergabeverfahrens getroffene Entscheidungen seien ausgeschlossen;

— es sei nicht möglich, geeignete Sicherungsmaßnahmen jeder Art gegenüber Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber zu ergreifen, da sie von der vorherigen Ergebung einer Klage gegen die rechtswidrige Handlung abhingen.

I — Rechtlicher Rahmen

Das Gemeinschaftsrecht

2. Die Richtlinie 89/665 dient der wirksamen Anwendung der Richtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [3], insbesondere der Richtlinie 71/305/EWG [4] — aufgehoben und ersetzt durch die Richtlinie 93/37/EWG [5] —, der Richtlinie 77/62/EWG [6] — aufgehoben und ersetzt durch die Richtlinie 93/36/EWG [7] — und der Richtlinie

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Richtlinie 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, im Folgenden auch: Nachprüfungsrichtlinie).

3 — Siehe die erste, die dritte und die vierte Begründungserwägung.

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

5 — Richtlinie des Rates vom 14. Juni 1993 (ABl. L 199, S. 54).

6 — Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1977, L 13, S. 1).

7 — Richtlinie des Rates vom 14. Juni 1993 (ABl. L 199, S. 1).

92/50/EWG [8]. Die Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 bezwecken die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Mitgliedstaaten.

3. Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 in der geänderten Fassung des Artikels 41 der Richtlinie 92/50 lautet:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 71/305/EWG, 77/62/EWG und 92/50/EWG fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere von Artikel 2 Absatz 7 [9], auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können."

4. Artikel 2 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden,

a) damit so schnell wie möglich im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern; dazu gehören Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen oder Maßnahmen der Durchführung jeder sonstigen Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber;

b) damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann;

c) damit denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann."

8 — Richtlinie des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1). Die Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 werden im Folgenden als „Verfahrensrichtlinien" oder „Verfahrensrichtlinien im so genannten ‚herkömmlichen' Bereich" zitiert (bezüglich der Bedeutung des Begriffes „herkömmlich" siehe unten, Nr. 48).

9 — Darin heißt es: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Entscheidungen der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen wirksam durchgesetzt werden können."

5. In Artikel 2 Absatz 8 der Richtlinie 89/665 heißt es: „Eine für Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz, die kein Gericht ist, muss ihre Entscheidung stets schriftlich begründen. Ferner ist in diesem Falle sicherzustellen, dass eine behauptete rechtswidrige Maßnahme der zuständigen Grundinstanz oder ein behaupteter Verstoß bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse zum Gegenstand einer Klage ... gemacht werden können."

6. Der Begriff „öffentlicher Auftraggeber" wird in den Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 definiert.

7. Nach Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37, der inhaltlich im Wesentlichen Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinien 92/50 und 93/36 gleicht, gelten als „öffentliche Auftraggeber":

„der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

Als Einrichtung des öffentlichen Rechts gilt jede Einrichtung,

— die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind,

und

— die Rechtspersönlichkeit besitzt

und

— die überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind."

Das nationale Recht

8. Der persönliche Geltungsbereich der spanischen Rechtsvorschriften des öffentlichen Auftragswesens geht aus Artikel 1 der Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas [10] hervor, worin alle Territorialverwaltungen sowohl des Staates als auch der autonomen Gemeinschaften und örtlichen Körperschaften erfasst werden. Absatz 3 dieses Artikels bestimmt:

„Ebenfalls nach diesem Gesetz richten sich bei der Auftragsvergabe die autonomen Einrichtungen in allen Fällen sowie die übrigen mit einer öffentlichen Verwaltung verbundenen oder von dieser abhängigen Stellen des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit unter folgenden Voraussetzungen:

a) Sie wurden zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind;

b) es handelt sich um Stellen, die überwiegend von der öffentlichen Verwaltung oder anderen Organen des öffentlichen Rechts finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch diese unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von der öffentlichen Verwaltung oder anderen Organen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind."

9. Der sechste Nachtrag zum Gesetz 13/1995 mit dem Titel „Grundsätze der öffentlich-rechtlichen Auftragsvergabe" lautet:

„Kommerzielle Unternehmen, an deren Kapital die öffentliche Verwaltung, deren autonome Einrichtungen oder öffentlich-rechtliche Stellen unmittelbar oder mittelbar mehrheitlich beteiligt sind, beachten bei ihrer Tätigkeit im Rahmen der Auftragsvergabe die Veröffentlichungs- und Wettbewerbsgrundsätze, es sei denn, die Art des durchzuführenden Vorgangs wäre mit diesen Grundsätzen unvereinbar."

10. Nach Erhebung der vorliegenden Klage führte das Königreich Spanien eine neue kodifizierte Fassung des vorgenannten Gesetzes ein [11], die indessen die früheren Bestimmungen nur zusammenstellt und ordnet, ohne sie inhaltlich zu ändern.

10 — BOE Nr. 119 vom 19. Mai 1995, S. 14601, im Folgenden: Gesetz 13/1995.

11 — Es handelt sich um den Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE Nr. 148 vom 21. Juni 2000, S. 21775).

11. Auf Verwaltungsebene können nach Artikel 107 der Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común in der durch die Ley 4/1999 [12] geänderten Fassung unmittelbar angefochten werden:

„... Verfahrenshandlungen, sofern sie die Sache unmittelbar oder mittelbar materiell-rechtlich entscheiden, bewirken, dass das Verfahren nicht weitergeführt werden kann, oder bewirken, dass die Verteidigung unmöglich gemacht wird, oder eine nicht wieder gutzumachende Beeinträchtigung von Ansprüchen oder berechtigten Interessen mit sich bringen ...“

12. Hinsichtlich der Gerichtsverfahren in Verwaltungssachen bestimmt Artikel 25 Absatz 1 der Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo [13] (Verwaltungsgerichtsgesetz) ähnlich wie das Gesetz 30/1992:

„Verwaltungsgerichtliche Klagen sind zulässig gegen Anordnungen allgemeiner Art und ausdrückliche oder stillschweigende Rechtsakte der öffentlichen Verwaltung, die den Verwaltungsweg beenden, unabhängig davon, ob es sich dabei um endgültige oder verfahrensmäßige Rechtsakte handelt, sofern diese die Sache unmittelbar oder mittelbar materiell-rechtlich entscheiden, bewirken, dass das Verfahren nicht weitergeführt werden kann, oder bewirken, dass die Verteidigung unmöglich gemacht wird, oder eine nicht wieder gutzumachende Beeinträchtigung von Ansprüchen oder berechtigten Interessen mit sich bringen.“

13. Artikel 111 des Gesetzes 30/1992 schreibt unter der Überschrift „Aussetzung des Vollzugs“ vor:

„1. Die Anfechtung setzt den Vollzug des streitigen Rechtsakts nicht aus, sofern nichts anderes bestimmt ist.

2. Ungeachtet der Vorschrift des Absatzes 1 kann die Stelle, die über die Anfechtung zu entscheiden hat, nach hinreichend begründeter Abwägung der Schädigung, die eine Aussetzung für das Allgemeininteresse oder für Dritte mit sich brächte, und der Schädigung, die für den Betroffenen mit der sofortigen Wirkung des angefochtenen Rechtsakts verbunden ist, von Amts wegen oder auf Antrag des Betroffenen den Vollzug des streitigen Rechtsakts unter einer der folgenden Voraussetzungen aussetzen:

a) Der Vollzug kann einen nicht oder kaum wieder gutzumachenden Schaden verursachen;

b) die Anfechtung beruht auf einem von Rechts wegen bestehenden Nichtigkeitsgrund ...

12 — BOE Nr. 12 vom 14. Januar 1999, S. 1739, im Folgenden: Gesetz 30/1992.

13 — BOE Nr. 167 vom 14. Juli 1998, S. 23516, im Folgenden: Gesetz 29/1998.

3. Hat die zuständige Stelle nicht binnen 30 Tagen nach Registrierung des Aussetzungsantrags eine ausdrückliche Entscheidung über diesen Antrag auf Aussetzung des Vollzugs des angefochtenen Rechtsakts erlassen, so gilt die Aussetzung als genehmigt."

14. Die Artikel 129 ff. des Gesetzes 29/1998 enthalten eine Regelung für den raschen Erlass von Sicherungsmaßnahmen. Artikel 129 Absatz 1 sieht vor:

„Betroffene können in jedem Verfahrensstadium alle Maßnahmen beantragen, die geeignet sind, die Vollstreckung des Urteils zu gewährleisten."

15. Artikel 136 dieses Gesetzes bestimmt:

„1. In den Fällen der Artikel 29 und 30 wird die Sicherungsmaßnahme getroffen, außer wenn die darin vorgesehenen Umstände offensichtlich nicht gegeben sind oder die Maßnahme die Interessen der Allgemeinheit oder Dritter erheblich beeinträchtigt, was das Gericht eingehend zu prüfen hat.

2. In den Fällen des Absatzes 1 können die Maßnahmen auch vor Klageerhebung beantragt werden, wobei der Antrag nach Maßgabe des Artikels 135 zu prüfen ist. In diesem Fall muss der Betroffene eine Bestätigung seines Antrags bei Klageerhebung beantragen, die zwingend binnen zehn Tagen nach Bekanntgabe des Erlasses der Sicherungsmaßnahmen stattfinden muss ...

Wird die Klage nicht erhoben, so sind die gewährten Maßnahmen automatisch unwirksam, und der Antragsteller hat für die Schäden und Beeinträchtigungen aufzukommen, die durch die Sicherungsmaßnahme verursacht worden sind."

16. Die Artikel 29 und 30 des Gesetzes 29/1998 betreffen Fälle in denen a) die Verwaltung aufgrund einer Vorschrift, eines Vertrages oder eines Rechtsakts zu einer konkreten Leistung zugunsten einer bestimmten Person oder mehrerer bestimmter Personen verpflichtet ist, b) die Verwaltung ihre endgültigen Rechtsakte nicht vollzieht oder c) Widerrechtlichkeit eines Verwaltungsakts gegeben ist.

II — Das Verfahren

A — *Das vorprozessuale Verfahren*

17. Die spanische Regierung teilte der Kommission mit Schreiben vom 18. Dezember 1991 die Texte der geltenden Gesetze mit, die ihres Erachtens die Um-

setzung der Richtlinie 89/665 in innerstaatliches Recht gewährleisten; es handelt sich dabei um die Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (Verwaltungsgerichtsgesetz) vom 27. Dezember 1956, die Ley de Procedimiento Administrativo (Verfahrensordnung in Verwaltungssachen) vom 18. Juli 1958, die Ley de Contratos del Estado (Gesetz über das öffentliche Vergabewesen) und die spanische Verfassung.

18. Nach einem mehrfachen Meinungsaustausch zwischen den Dienststellen der Kommission und den spanischen Behörden im Jahr 1994 bezüglich der Übereinstimmung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit den Gemeinschaftsbestimmungen gelangte die Kommission zu der Auffassung, dass die Antworten dieser Behörden nicht zufrieden stellend seien, und richtete daher am 29. Mai 1996 ein Mahnschreiben an die spanische Regierung.

19. Darin machte die Kommission in Bezug auf die spanischen Umsetzungsmaßnahmen Folgendes geltend:

— Ihr persönlicher Geltungsbereich stimme nicht mit der Nachprüfungsrichtlinie überein;

— die so genannten „Verfahrens"-Handlungen könnten nur in Ausnahmefällen Gegenstand eines unmittelbaren Nachprüfungsantrags sein und

— die Aussetzung einer rechtswidrigen Verwaltungshandlung werde davon abhängig gemacht, dass eine Klage gegen sie erhoben werde.

20. Auf das Mahnschreiben entgegnete die spanische Regierung am 9. Oktober 1996 bezüglich des erstgenannten Punktes, dass das Gesetz 13/1995 eine wörtliche Übernahme des Begriffes „Einrichtung des öffentlichen Rechts" der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 enthalte. Hinsichtlich der beiden übrigen Punkte machte sie auf die Fälle aufmerksam, in denen eine Verfahrenshandlung Gegenstand eines unmittelbaren Nachprüfungsantrags sein könne, und hob das gesetzliche Erfordernis hervor, dass zunächst eine Klage gegen eine rechtswidrige Entscheidung erhoben werde, um diese dann aussetzen zu können.

21. Trotz eines mehrfachen Meinungsaustauschs im Jahr 1998 erhielten die spanischen Behörden und die Kommission ihren Standpunkt bezüglich des ersten und dritten Punktes — Geltungsbereich und vorläufige Maßnahmen — aufrecht. Zum zweiten Punkt — unzureichende Umsetzung des Begriffes „anfechtbare Handlungen" — teilten die Behörden der Kommission am 14. Januar 1999 mit, dass das neue Verwaltungsgerichtsgesetz die Regelung für die Verfahrenshandlungen teilweise ändere.

22. Am 2. Februar 1999 teilten die spanischen Behörden der Kommission offiziell die Gesetze 29/1998 und 4/1999 mit.

23. Auch diese neuen Gesetze konnten die Kommission nicht davon überzeugen, dass das Königreich Spanien die Verstöße ausgeräumt hatte, die im Mahnschreiben geltend gemacht worden waren; sie richtete daher am 25. August 1999 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an diesen Mitgliedstaat. Darin kam sie auf den Inhalt ihres Mahnschreibens zurück und ersuchte die spanische Regierung, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um der Stellungnahme binnen zwei Monaten nach Zustellung nachzukommen.

24. In ihrer Antwort vom 8. November 1999 bestritt die spanische Regierung die geltend gemachten Verstöße und wies die Untersuchungsergebnisse der Kommission zurück.

25. Da die Kommission aufgrund dieser Antwort nicht davon ausgehen konnte, dass das Königreich Spanien seinen Verpflichtungen aus den Bestimmungen der Nachprüfungsrichtlinie nachgekommen war, hat sie die vorliegende Klage erhoben.

B — *Anträge der Parteien*

26. Die Klageschrift der Kommission ist am 30. Mai 2000 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen.

27. Die Kommission beantragt,

1. festzustellen, dass das Königreich Spanien gegen seine Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, indem es nicht die erforderlichen Maßnahmen getroffen hat, um den Bestimmungen der Artikel 1 und 2 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 nachzukommen, insbesondere indem es unterlassen hat,

   — das System der in dieser Richtlinie gewährleisteten Nachprüfung auf die Entscheidungen aller öffentlichen Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG zu erstrecken, einschließlich der privatrechtlichen Gesellschaften, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, die Rechtspersönlichkeit besitzen und die überwiegend von der öffentlichen Verwaltung oder anderen Organen des öffentlichen Rechts finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch diese unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von der öffentlichen Verwaltung oder anderen Organen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind,

— Nachprüfungsanträge gegen alle während des öffentlichen Auftragsverfahrens von den öffentlichen Auftraggebern getroffene Entscheidungen einschließlich aller Verfahrenshandlungen zuzulassen,

— die Möglichkeit geeigneter Sicherungsmaßnahmen jeder Art gegenüber Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber einschließlich der Maßnahmen zur Aussetzung einer Verwaltungsentscheidung vorzusehen, wobei die Schwierigkeiten und Hemmnisse aller Art beseitigt werden, insbesondere das Erfordernis, zuvor eine Klage gegen die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu erheben;

2. dem Königreich Spanien die Kosten aufzuerlegen.

28. Das Königreich Spanien beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

III — Zum ersten Klagegrund: nicht ordnungsgemäße Umsetzung des persönlichen Geltungsbereichs der Nachprüfungsrichtlinie (Verstoß gegen Artikel 1 Absatz 1 dieser Richtlinie)

A — *Vorbringen der Parteien*

1. Vorbringen der Kommission

29. Die Kommission macht geltend, das Königreich Spanien gehe zu Unrecht davon aus, dass privatrechtliche Stellen a priori vom persönlichen Geltungsbereich der Nachprüfungsrichtlinie ausgenommen seien.

30. Die Mitgliedstaaten müssten bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien in innerstaatliches Recht den Sinn des Wortlauts und der Begriffe dieser Richtlinien beachten, um eine einheitliche Auslegung und Anwendung der Texte in den verschiedenen Ländern zu gewährleisten.

31. So müssten die spanischen Behörden dem Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts" in den Verfahrensrichtlinien die Bedeutung verleihen, die ihm im Gemeinschaftsrecht zukomme. Die Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 erwähnten in keiner Weise den — öffentlichen oder privaten — Status, mit dem Einrichtungen des öffentlichen Rechts eingesetzt worden seien, und auch nicht die dafür vorgesehene Rechtsform, sondern sie legten Gewicht auf andere Gesichtspunkte wie den Zweck, für den die betreffende Einrichtung gegründet worden sei. Dies gehe auch aus dem Urteil Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. vom 15. Januar 1998 [14] hervor. Der Gerichtshof habe darin nämlich entschieden, dass dieser Begriff funktionell auszulegen sei. Demnach sei die Rechtsform einer Einrichtung unerheblich.

32. Artikel 1 des Gesetzes 13/1995 greife zwar wörtlich den Text der entsprechenden Bestimmungen der Verfahrensrichtlinien auf; er enthalte jedoch einen wesentlichen Unterschied. Nach dieser Vorschrift seien die privatrechtlichen Stellen nämlich vom Anwendungsbereich dieses Artikels ausgeschlossen. Hierbei sei zu bemerken, dass der Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts" nach spanischem Recht von der Art der Rechtsstruktur solcher Stellen abhänge. Somit komme nach dem Gesetz 13/1995 in Verbindung mit seinem sechsten Nachtrag eine Voraussetzung hinzu, die im Gemeinschaftsrecht nicht vorgesehen sei, nämlich die, dass die betreffende Stelle öffentlich-rechtlichen Charakter haben müsse. Folglich seien privatrechtliche Stellen ihrem Wesen nach stets vom Geltungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen, selbst wenn sie sonst in allen Punkten den Bestimmungen des Artikels 1 Absatz 3 des Gesetzes 13/1995 entsprächen.

33. Da die öffentlichen Einrichtungen mit privatrechtlichem Status vom Geltungsbereich des genannten spanischen Gesetzes ausgenommen seien, würden sie auch nicht von den Verfahrensvorschriften für die Auftragsvergabe und somit von dem Nachprüfungssystem des öffentlichen Auftragswesens erfasst, und zwar unabhängig davon, ob sie für die Bedürfnisse des Allgemeininteresses gegründet worden seien oder rein gewerblichen Zwecken dienen sollten. Dieser Ausschluss verstoße also gegen die Bestimmungen der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37, die den betreffenden Geltungsbereich definierten, ebenso wie gegen die Bestimmungen der Richtlinie 89/665, da er verhindere, dass die darin vorgesehenen Verfahrensgarantien zur Anwendung kämen.

34. Zu der von der spanischen Regierung vertretenen Auffassung, dass für die Überwindung der Auslegungsschwierigkeiten bezüglich der Wendung „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind", eine im Einzelfall vorzunehmende eingehende Prüfung erforderlich sei, um festzustellen, ob eine Einrichtung oder eine Stelle die Voraussetzungen für die Erfassung durch die Richtlinien erfülle, bemerkt die Kommission, diese Schwierigkeiten könnten keine Rechtfertigung dafür sein, dass man — wie die spanische Regierung — von vornherein eine ganze Kategorie von Einrich-

14 — Rechtssache C-44/96 (Slg. 1998, I-73, Randnrn. 17 bis 35).

tungen — nämlich die privatrechtlichen Stellen, die die drei in den Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 genannten Voraussetzungen erfüllten — vom Anwendungsbereich der Richtlinie 89/665 ausnehme, selbst wenn dieser Ausschluss einer Einzelfallprüfung unterliege.

2. Vorbringen des Königreichs Spanien

35. Die spanische Regierung macht in der Hauptsache geltend, die Klage der Kommission sei nicht begründet, und diese behaupte daher zu Unrecht, dass der in Artikel 1 der Nachprüfungsrichtlinie enthaltene Begriff „Vergabebehörde" oder „öffentlicher Auftraggeber" nicht ordnungsgemäß in die spanische Rechtsordnung umgesetzt worden sei.

36. Wenn ihr die Kommission förmlich zur Last lege, gegen die Bestimmungen des Artikels 1 der Nachprüfungsrichtlinie verstoßen zu haben, beklage sie sich in Wirklichkeit über eine unzureichende Umsetzung des Artikels 1 der Verfahrensrichtlinien. Indem sie jedoch versäumt habe, einen Verstoß gegen die letztgenannten Bestimmungen geltend zu machen, habe sich die Kommission der Möglichkeit beraubt, eine Entscheidung des Gerichtshofes hierzu herbeizuführen. Die Kommission müsse also wirksamer vorgehen und ein anderes Verfahren anstrengen, um eine Verletzung der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 feststellen zu lassen, wenn sie das Königreich Spanien wegen einer unzureichenden Umsetzung des persönlichen Geltungsbereichs dieser Richtlinien verklagen wolle.

37. Jedenfalls sei Artikel 1 der Verfahrensrichtlinien für die Auslegung des in Artikel 1 der Nachprüfungsrichtlinie enthaltenen Begriffes „öffentlicher Auftraggeber" aus zwei Gründen ohne Bedeutung. Zum einen verfolgten die Nachprüfungsrichtlinie und die Verfahrensrichtlinien unterschiedliche Zwecke. Zum anderen kämen sie in unterschiedlichen Stadien des Vergabeverfahrens zum Zuge. Die Richtlinie 89/665 bestimme ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten wirksame und rasche Nachprüfungsverfahren für Verstöße gegen die Vorschriften der Richtlinien über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge vorsehen müssten. Die Richtlinie 89/665 sei somit erst nach den Verfahrensrichtlinien anwendbar. Der Begriff „öffentlicher Auftraggeber" in der Richtlinie 89/665 lasse sich daher nicht nach dem zuvor in den Verfahrensrichtlinien definierten Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts" interpretieren.

38. Hilfsweise macht die spanische Regierung geltend, dass der persönliche Geltungsbereich der Verfahrensrichtlinien ordnungsgemäß umgesetzt worden sei.

39. Zunächst führt die Regierung zur Auslegung der anzuwendenden Bestimmungen aus, dass sich der in den Verfahrensrichtlinien verwendete Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts" auf eine Stelle des öffentlichen Rechts beziehe und in Spanien die Begriffe „Stelle des öffentlichen Rechts" und „Einrichtung des öffentlichen Rechts" unterschiedslos verwendet würden.

40. Der Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts" lasse sich nicht selbständig und allgemeingültig definieren.

41. So erfasse dieser Begriff in den Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 nicht die unter öffentlicher Kontrolle stehenden kommerziellen Unternehmen. Die Tatsache, dass die Richtlinie 93/38/EWG [15] über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sonderbereichen zwischen dem Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts", der in den vier Richtlinien gleich sei, und dem Begriff „öffentliches Unternehmen", dessen Definition dem „öffentlichen kommerziellen Unternehmen" entspreche, unterscheide, zeige, dass es sich um zwei unterschiedliche Konzepte handele. Kommerzielle Unternehmen mit mehrheitlich öffentlichem Kapital fielen unter den Begriff „öffentliches Unternehmen", auf den nur die Richtlinie 93/38 Anwendung finde. Diese Unternehmen könnten nie in den Anwendungsbereich der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 fallen, da der Begriff „öffentliches Unternehmen" nur in der Richtlinie 93/38 verwendet werde, obgleich er auch in die beiden anderen am selben Tag erlassenen Richtlinien (nämlich 93/36 und 93/37) hätte aufgenommen werden können, wenn der Gesetzgeber es gewollt hätte.

42. Um den Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts" zu umreißen, müsse im Übrigen insbesondere der gewerbliche Charakter der „im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben" präzisiert werden. In der spanischen Rechtsordnung hätten die öffentlichen kommerziellen Unternehmen grundsätzlich im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, so dass sie unter öffentlicher Kontrolle stünden. Diese Aufgaben hätten jedoch gewerblichen Charakter, da sie andernfalls nicht Gegenstand eines kommerziellen Unternehmens seien. In Spanien sei also die Rechtsform der betreffenden Stelle von vorrangiger Bedeutung, um das für ihre Tätigkeit geltende Rechtssystem zu bestimmen. So unterliege in Spanien eine Stelle des öffentlichen Rechts, die in öffentlich-rechtlicher Form gegründet worden sei, dem öffentlichen Recht. Hingegen unterliege eine Einheit des Privatrechts, die in privatrechtlicher Form gegründet worden sei, dem Privatrecht. Sie könne nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts angesehen werden und werde grundsätzlich nicht von den Regeln des öffentlichen Auftragswesens erfasst.

43. Da der Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts" in den Mitgliedstaaten nicht einheitlich ausgelegt werde, sei letztlich eine Lösung allgemeiner Art zur Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs der Verfahrensrichtlinien und der Nachprüfungsrichtlinie nicht möglich. Es sei vielmehr eine Prüfung je nach konkretem Einzelfall erforderlich, wobei insbesondere der betreffende Zusammenhang zu berücksichtigen sei. Nach Ansicht der spanischen Regierung bedarf es somit einer detaillierten Einzelfallprüfung, um festzustellen, ob eine Einrichtung oder Stelle die Voraussetzungen erfüllt, um vom persönlichen Geltungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien erfasst zu werden.

15 — Richtlinie 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).

B — *Beurteilung*

44. Aus Artikel 1 des Gesetzes 30/1992 in Verbindung mit dem sechsten Nachtrag zu diesem Gesetz geht hervor, dass öffentliche Einrichtungen mit privatem Status grundsätzlich von den Regeln der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sind.

45. Der Wortlaut des Artikels 1 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie und der damit verfolgte Zweck lassen indessen nicht zu, dass eine Einrichtung aufgrund ihrer privaten Rechtsform und ihres privatrechtlichen Status vom persönlichen Geltungsbereich der Nachprüfungsrichtlinie ausgenommen wird.

46. In Artikel 1 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie ist ausdrücklich vorgesehen, dass sich der Begriff „Vergabebehörde" (er entspricht dem „öffentlichen Auftraggeber") nach dem Anwendungsbereich der Verfahrensrichtlinien bestimmt, wie er in Artikel 1 Buchstabe b dieser Richtlinien dargelegt ist.

47. Artikel 1 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie bestimmt nämlich:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien [92/50, 93/36 und 93/37] fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel ... auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können."

48. Dieser Artikel schreibt somit im Wesentlichen vor, dass die *Entscheidungen der Vergabebehörden* wirksam und rasch nachprüfbar sein müssen. Er definiert nicht *unmittelbar* den Begriff „Vergabebehörden", sondern verweist *speziell* auf die Bestimmungen über den Anwendungsbereich der Richtlinien über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in den so genannten „herkömmlichen" Bereichen im Gegensatz zu den so genannten „Sonderbereichen" [16]. Die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in den Sonderbereichen sind in der Richtlinie 90/531/EWG [17] enthalten, die durch die Richtlinie 93/38 aufgehoben und ersetzt wurde. Die Richtlinie 92/13/EWG [18] wurde eigens [19] erlassen, um die Nachprüfungs-

16 — Unter „Sonderbereichen" sind öffentlichen Zwecken dienende Bereiche wie die Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikationssektor zu verstehen.

17 — Richtlinie 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).

18 — Richtlinie des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 76, S. 14).

19 — In der vierten Begründungserwägung der Richtlinie 92/13 wird nämlich ausgeführt, dass sich die Richtlinie 89/665 auf die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in den so genannten „herkömmlichen" Bereichen beschränkt.

verfahren gegenüber Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber im Rahmen der Richtlinie 93/38 zu erstellen. Sie passt die in der Richtlinie 89/665 für die herkömmlichen Bereiche vorgesehenen Nachprüfungsmittel den öffentlichen Zwecken dienenden Bereichen an und sieht zudem spezielle Behelfe vor [20].

49. Der Anwendungsbereich der Nachprüfungsrichtlinie beschränkt sich demnach eindeutig auf den Anwendungsbereich der Verfahrensrichtlinien, die für die „herkömmlichen" Bereiche gelten. Somit betreffen die Vorschriften der Richtlinie 89/665 nicht die Nachprüfungsverfahren gegen Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Richtlinie 93/38. Das Argument der spanischen Regierung, dass die in der Richtlinie 93/38 getroffene Unterscheidung zwischen den Begriffen „öffentliche Auftraggeber" und „öffentliches Unternehmen" nahe legen solle, dass es nicht möglich sei, eine selbständige Definition des in Artikel 1 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie enthaltenen Begriffes „Vergabebehörde" („öffentlicher Auftraggeber") zu finden, ist folglich nicht stichhaltig.

50. Demgemäß ist der Begriff „Vergabebehörde" (öffentlicher Auftraggeber) in Artikel 1 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie nach Maßgabe des Artikels 1 Buchstabe b der Verfahrensrichtlinien zu beurteilen, in dem der persönliche Geltungsbereich dieser Richtlinien definiert wird.

20 — Bescheinigungsverfahren (Artikel 3 bis 7 der Richtlinie 92/13), Korrekturmechanismus (Artikel 8 dieser Richtlinie) und Schlichtungsverfahren (Artikel 9 bis 11 dieser Richtlinie).

51. Der Zweck der Nachprüfungsrichtlinie findet seinen Niederschlag im Wortlaut des Artikels 1 Absatz 1 dieser Richtlinie, nämlich im engen Zusammenhang, der zwischen ihr und den Verfahrensrichtlinien besteht.

52. Aus der ersten, der dritten und der vierten Begründungserwägung der Nachprüfungsrichtlinie geht hervor, dass der Zweck der Richtlinie 89/665 darin besteht, wirksame und rasche Behelfe gegen Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Richtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge zu schaffen, um eine effektive Anwendung dieser Verfahrensrichtlinien zu gewährleisten.

53. Die Gleichheit des Anwendungsbereichs der Nachprüfungsrichtlinie und der zuvor erlassenen Verfahrensrichtlinien rechtfertigt im Übrigen den Rückgriff auf eine Gesetzgebungstechnik, durch die sich unnötiger Ballast in einem Rechtstext vermeiden lässt und die Lektüre dieses Textes somit erleichtert wird. Ein gemeinsamer Begriff einer einheitlichen Materie, wie etwa der öffentlichen Bauaufträge, der bereits in früheren Richtlinien definiert worden ist, kann nämlich dadurch erläutert werden, dass ausdrücklich auf die einschlägigen Bestimmungen der zuvor erlassenen Richtlinien verwiesen wird, ohne dass dem Gesetzgeber zur Last gelegt werden könnte, die Erfordernisse der Klarheit und Rechtssicherheit außer Acht zu lassen.

54. Demgemäß wird der Begriff „öffentlicher Auftraggeber" in Artikel 1 der Nachprüfungsrichtlinie in Artikel 1 Buch-

stabe b der Verfahrensrichtlinien definiert. Es ist nun noch festzustellen, was unter diesem Begriff zu verstehen ist.

55. Nach Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 gelten als „öffentliche Auftraggeber"

„der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

Als Einrichtung des öffentlichen Rechts gilt jede Einrichtung,

— die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind,

und

— die Rechtspersönlichkeit besitzt

und

— die überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind."

56. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes [21] zu dieser Definition „ist der Begriff des öffentlichen Auftraggebers einschließlich des Begriffes der Einrichtung des öffentlichen Rechts funktionell zu verstehen" [22].

57. Zudem hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass unter „Einrichtung des öffentlichen Rechts" eine Einrichtung zu verstehen ist, die die drei in Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Verfahrensrichtlinien genannten Voraussetzungen gleichzeitig erfüllt [23].

58. Wie der Gerichtshof ferner festgestellt hat, nennt die dritte Voraussetzung in

21 — Seit dem vorgenannten Urteil Mannesman Anlagenbau Austria u. a. (Randnrn. 20 bis 29).

22 — Siehe Urteil vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache C-237/99 (Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-939, Randnr. 43).

23 — Ebenda (Randnrn. 39 und 40).

Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 dritter Gedankenstrich der Verfahrensrichtlinien alternative Tatbestandsmerkmale, von denen jedes die enge Verbindung einer Einrichtung mit dem Staat, Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts widerspiegelt [24].

59. Im Licht dieser Rechtsprechung beurteilt der Gerichtshof, ob eine Einrichtung als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Verfahrensrichtlinien zu qualifizieren ist.

60. In der vorgenannten Rechtssache Kommission/Frankreich bestritt die Französische Republik, dass die unter die Artikel L. 411-1 ff. des französischen Code de la construction et de l'habitation (Bau- und Wohnungsgesetzbuch) fallenden Sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré [25] als Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinne der Richtlinie 93/37 angesehen werden könnten. Sie erklärte, die ersten beiden Voraussetzungen seien zwar erfüllt, das dritte in Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 dritter Gedankenstrich dieser Richtlinie erwähnte Tatbestandsmerkmal liege jedoch nicht vor, da die in Rede stehende Einrichtung keine so enge Verbindung mit der öffentlichen Hand aufweise, dass deren Entscheidungen im öffentlichen Auftragswesen beeinflusst würden. Die französische Regierung folgerte daraus, dass die SA HLM nicht als öffentliche Auftraggeber zu betrachten seien und die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge demnach auf sie keine Anwendung fänden.

61. Der Gerichtshof ist nicht näher auf die Rechtsform und den rechtlichen Status dieser Einrichtungen eingegangen, die unter das Privatrecht fallen, sondern hat vielmehr geprüft, ob die drei gleichzeitigen Voraussetzungen vorliegen, die in Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 genannt sind. Er hat in dieser Hinsicht im Gegensatz zur französischen Regierung festgestellt, dass das dritte Tatbestandselement ebenfalls gegeben ist, da die Leitung der SA HLM einer Aufsicht durch die öffentliche Hand untersteht, die es dieser ermöglicht, die Entscheidungen der Gesellschaften in Bezug auf öffentliche Aufträge zu beeinflussen [26].

62. Im vorgenannten Urteil Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. hat der Gerichtshof ebenfalls entschieden, dass eine Einrichtung wie die Österreichische Staatsdruckerei (ÖS) als Einrichtung des öffentlichen Rechts und somit als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 zu betrachten ist. Er hat gleichwohl festgestellt, dass diese Einrichtung nach dem Gesetz, durch das sie gegründet worden ist, als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs gilt, im Handelsregister beim Handelsgericht Wien eingetragen ist und ihre Geschäfte nach kaufmännischen Grundsätzen führt.

24 — Ebenda (Randnr. 44).

25 — Im Folgenden: SA HLM.

26 — Vorgenanntes Urteil Kommission/Frankreich (Randnr. 60).

63. Auch im Urteil BFI Holding vom 10. November 1998 [27] hat der Gerichtshof entschieden, dass die Aktiengesellschaft ARA, ein privatrechtliches kommerzielles Unternehmen, das die Gemeinden Arnhem und Rheden (Niederlande) mit Aufgaben der Abfallbeseitigung und Stadtreinigung betraut hatten, unter den Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts" fallen kann und somit als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50 angesehen werden kann, wenn es die darin genannten Voraussetzungen erfüllt. In diesem Urteil hat der Gerichtshof ausgeführt: „Der Wortlaut des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 92/50 bezieht sich nämlich nicht auf die Rechtsgrundlage der Aufgaben der betreffenden Stelle" [28], und ferner festgestellt: „Außerdem ist der Begriff ‚öffentliche Auftraggeber' im funktionellen Sinne zu verstehen, um dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs seine volle Wirksamkeit zu sichern ... Das verbietet es, nach der Rechtsform der Bestimmungen zu unterscheiden, durch die die Stelle geschaffen wird und in denen die von ihr zu erfüllenden Aufgaben genannt sind." [29]

64. Demgemäß sind die Einrichtungen, Stellen und Unternehmen [30], die in den Anwendungsbereich der Verfahrensrichtlinien fallen, von der Nachprüfungsrichtlinie betroffen. Diese Instanzen sind also als öffentliche Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie zu betrachten, wenn sie die drei in Artikel 1 Buchstabe b der Verfahrensrichtlinien genannten gleichzeitigen Voraussetzungen erfüllen. Hierbei ist hervorzuheben, dass nach Artikel 1 Buchstabe b der Verfahrensrichtlinien die Rechtsform und der rechtliche Status einer Einrichtung kein Kriterium darstellen, das es ermöglicht, die Einrichtung als solche des öffentlichen Rechts oder als öffentlichen Auftraggeber zu qualifizieren.

65. Die spanischen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Nachprüfungsrichtlinie werden somit meines Erachtens dem Begriff „öffentlicher Auftraggeber" („Vergabebehörde") in Artikel 1 der Nachprüfungsrichtlinie, der in den Richtlinien über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge und insbesondere in den Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 definiert wird, nicht gerecht, da sie die Stellen, deren Rechtsform und rechtlicher Status privatrechtlicher Natur sind, von vornherein vom persönlichen Geltungsbereich der Nachprüfungsrichtlinie ausnehmen.

66. Aus all diesen Erwägungen ergibt sich, dass das Königreich Spanien den Verpflichtungen aus den Artikeln 1 und 2 der Richtlinie 89/665 nicht nachgekommen ist, indem es unterlassen hat, das System der in dieser Richtlinie gewährleisteten Nachprüfung auf die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 zu erstrecken, die als privatrechtliche Gesellschaften gegründet wurden und die in diesem Artikel genannten Voraussetzungen erfüllen.

27 — In der Rechtssache C-360/96 (Slg. 1998, I-6821).
28 — Ebenda (Randnr. 61).
29 — Ebenda (Randnr. 62).
30 — Die Wortwahl ist nicht von Bedeutung.

IV — Zum zweiten Klagegrund: nicht ordnungsgemäße Umsetzung des Begriffs „anfechtbare Handlungen" (Verstoß gegen Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 2 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie)

A — *Vorbringen der Parteien*

1. Vorbringen der Kommission

67. Die Kommission macht geltend, das Königreich Spanien schränke die Möglichkeit ein, bestimmte Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber, insbesondere bestimmte Verfahrenshandlungen, anzufechten.

68. Sie weist darauf hin, dass die Richtlinie 89/665 keine Ausnahme von der Möglichkeit vorsehe, eine rechtswidrige Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber anzufechten. Soweit die spanischen Nachprüfungsvorschriften die Möglichkeit ausschlössen, bestimmte rechtswidrige Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber anzufechten, sei folglich der Anwendungsbereich der Richtlinie 89/665 in ungerechtfertigter Weise eingeschränkt. Wie der Gerichtshof im Übrigen im Urteil Alcatel Austria u. a. vom 28. Oktober 1999 [31] ausgeführt habe, würden nach Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 in den darin vorgesehenen Nachprüfungsverfahren die Entscheidungen der Vergabebehörde auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzten, nachgeprüft, ohne dass die genannte Bestimmung eine Beschränkung in Bezug auf Art und Inhalt dieser Entscheidungen vorsehe.

69. Die einschlägigen spanischen Rechtsvorschriften (nämlich die Artikel 107 des Gesetzes 30/1992 und 25 Absatz 1 des Gesetzes 29/1998) beschränkten indessen die Möglichkeiten, eine Nachprüfung zu beantragen, wenn es darum gehe, Verfahrenshandlungen, nämlich Verwaltungshandlungen, anzufechten, die keine Beendigung eines Verwaltungsverfahrens darstellten.

70. Die Kommission nennt hierfür zweierlei Verfahrenshandlungen, die entgegen den Bestimmungen der Richtlinie 89/665 nicht Gegenstand einer Nachprüfung sein könnten.

71. Das erste Beispiel beruht auf einer Entscheidung des spanischen Tribunal Supremo und betrifft die Anforderung zusätzlicher Unterlagen. Die Kommission bemerkt, dass das Verlangen nach zusätzlichen Unterlagen eines an einer Ausschreibung beteiligten Unternehmens nur angefochten werden könne, wenn das betroffene Unternehmen wegen Nichtvorlegung der angeforderten zusätzlichen Unterlagen vom Verfahren ausgeschlossen werde. Dieses Unternehmen könnte jedoch auch ohne Ausschluss vom Aus-

31 — In der Rechtssache C-81/98 (Slg. 1999, I-7671, Randnr. 35).

schreibungsverfahren in eine unterlegene Position im Vergleich zu den beteiligten Konkurrenten geraten. Daher müsse auch die Anforderung zusätzlicher Unterlagen als solche Gegenstand einer Nachprüfung sein können.

72. Das zweite Beispiel bezieht sich auf die Zuschlagsvorschläge der Ausschüsse, die öffentlichen Auftraggebern unterstehen. Die Kommission bemerkt, dass die Vorschläge dieser Ausschüsse, die von den öffentlichen Auftraggebern mit der Vorbereitung des Zuschlags beauftragt seien, unter Verletzung der Nachprüfungsrichtlinie nicht angefochten werden könnten.

73. Demnach nähmen die spanischen Umsetzungsvorschriften bestimmte Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber aufgrund ihrer Art und ihres Inhalts von jedem Rechtsbehelf aus. Dadurch verstießen diese Vorschriften gegen die Bestimmungen des Artikels 1 der Nachprüfungsrichtlinie.

2. Vorbringen des Königreichs Spanien

74. Das Königreich Spanien tritt dem Klagegrund entgegen, da die Kommission keinen Verstoß nachgewiesen habe. Die von der Kommission herangezogenen Beispiele könnten nämlich nicht als anfechtbar angesehen werden, da sie keine Beschwer mit sich brächten und nur Vorbereitungshandlungen darstellten. In den Artikeln 1 und 2 der Nachprüfungsrichtlinie sei ausdrücklich vorgesehen, dass nur beschwerende Entscheidungen einer Nachprüfung unterzogen werden könnten. Die Rechtsprechung, auf die sich die Kommission berufe, stehe dem nicht entgegen. Das vorgenannte Urteil Alcatel Austria u. a. sei hier demnach nicht entscheidungserheblich.

75. Der Standpunkt der Kommission beruhe auf einer Verkennung des Begriffes „Verfahrenshandlung" im spanischen Recht.

76. Eine Verfahrenshandlung bringe nach spanischem Recht schon begrifflich keine Beeinträchtigung des Betroffenen mit sich, sondern bereite höchstens eine Endentscheidung vor, die für den Einzelnen günstig oder ungünstig sein könne. Somit enthalte die Verfahrenshandlung keine Stellungnahme, sondern gehöre zu einem Prozess, der der Erarbeitung einer Entscheidung diene. Wenn eine Handlung, die als Verfahrenshandlung in Erscheinung trete, als solche eine Stellungnahme implizierte, wäre sie nicht mehr als eigentliche Verfahrenshandlung zu betrachten und unterläge der Anfechtungsmöglichkeit. Andernfalls wäre nämlich das grundlegende Recht auf effektiven Rechtsschutz in Frage gestellt.

77. Die im spanischen Recht getroffene Unterscheidung zwischen Verfahrens- oder Vorbereitungshandlungen [32] und Ent-

32 — Die Wortwahl ist hier nicht von Bedeutung.

scheidungen sei im Übrigen nicht ungewöhnlich. Nach der Beschwerderegelung der verschiedenen Mitgliedstaaten könnten Verfahrenshandlungen zur Erleichterung einer Entscheidung ebenfalls nicht getrennt, sondern nur anlässlich eines Nichtigkeitsbegehrens gegenüber dieser Entscheidung behandelt werden, sofern der Betroffene nicht dartue, dass es sich nicht einfach um eine Verfahrenshandlung handele, sondern um einen Rechtsakt, der ihn endgültig belaste. Die spanische Regelung unterscheide sich also nicht von den anderen Beschwerdeverfahren in den verschiedenen Mitgliedstaaten.

78. Es frage sich überhaupt, welchen Nutzen jemand von der Anfechtung einer Verfahrenshandlung habe, die ihn als solche nicht belaste. Außerdem könne der Zweck der Nachprüfungsrichtlinie nicht darin bestehen, dass das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gelähmt werde, indem aufschiebende und unzeitige Verfahren gegen alle Vorbereitungsmaßnahmen für eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zugelassen würden.

79. Zur Behauptung der Kommission, die spanische Regelung gefährde eine einheitliche Umsetzung der Richtlinie 89/665, bemerkt die spanische Regierung, die Kommission habe nicht dargetan, inwiefern diese Regelung den Zielen der Nachprüfungsrichtlinie zuwiderlaufe. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes obliege es nämlich der Kommission, den angeblichen Verstoß zu beweisen. Im vorliegenden Fall habe die Kommission jedoch kein konkretes Beispiel für den Nachweis angeführt, dass Betroffenen nach den spanischen Rechtsvorschriften kein tatsächlicher und wirksamer Rechtsschutz gegen beschwerende Verfahrenshandlungen zuteil werde.

80. In ihrem ersten Beispiel habe die Kommission ebenfalls nicht dargelegt, weshalb die im Urteil des Tribunal Supremo verwendeten Kriterien dem Ziel der Richtlinie 89/665 zuwiderliefen. In diesem Urteil habe das Tribunal Supremo Folgendes ausgeführt:

— Die angefochtene Handlung sei sowohl die im Zuschlag liegende Endentscheidung als auch die den drei Bietern durch die Verwaltung auferlegte Verpflichtung, ihr verschiedene zusätzliche Unterlagen vorzulegen (erster Entscheidungsgrund).

— Diese Verpflichtung sei eine Verfahrenshandlung, da damit die Ausschreibung nicht beendet, sondern nur eine Etappe auf dem Weg zum Zuschlag zurückgelegt werde. Es handele sich dabei nicht um eine selbständig anfechtbare Maßnahme, sondern nur um eine Vorstufe der Entscheidung. Die Ordnungsmäßigkeit dieser An-

forderung zusätzlicher Unterlagen könne nur im Rahmen eines Verfahrens zur Nachprüfung der endgültigen Handlung bestritten werden (zweiter Entscheidungsgrund).

— Durch die Rüge bezüglich des Informationsverlangens werde die Zuschlagsentscheidung nicht ungültig (fünfter Entscheidungsgrund).

— Der endgültige Zuschlag sei angefochten worden, weil das bietende Unternehmen nicht die von der Verwaltung angeforderten Unterlagen vorgelegt habe. Nach den Angaben der Verwaltung seien die fehlenden Unterlagen nicht unerlässlich gewesen, und ihr Fehlen sei als Mangel zu betrachten, der durchaus habe geheilt werden können (vierter Entscheidungsgrund).

81. Was das zweite Beispiel betreffe, so habe das Tribunal Supremo festgestellt, dass die betreffenden Ausschüsse nicht als öffentliche Auftraggeber angesehen werden könnten und dass sie keine Entscheidungen erließen, sondern nur am Prozess der Entscheidungsfindung teilnähmen.

82. Demgemäß sei der zweite Klagegrund zurückzuweisen, da die Kommission nicht dargetan habe, inwiefern die Richtlinie 89/665 nicht ordnungsgemäß in das spanische Recht umgesetzt worden sei und weshalb diese Richtlinie darin nicht alle ihre Wirkungen entfalte, solange die allgemeine Regel — wonach eine Verfahrenshandlung im Sinne des spanischen Rechts nicht Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein könne — nicht geändert werde.

B — *Beurteilung*

83. Nach Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 werden die Entscheidungen der Vergabebehörden *wirksam* und möglichst *rasch* auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, *nachgeprüft*. Nach Artikel 1 Absatz 3 dieser Richtlinie muss das Nachprüfungsverfahren zumindest *jedem zur Verfügung stehen*, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag hat oder hatte und *dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden* entstanden ist oder *zu entstehen droht*.

84. Artikel 2 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie zählt die im Nachprüfungsverfahren zu treffenden Maßnahmen auf, die die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht sicherstellen müssen. In Buchstabe a der genannten Bestimmung ist vorgesehen, dass vorläufige Maßnahmen im Wege der einstweiligen Verfügung ergriffen werden, Buchstabe b betrifft die Möglichkeit, rechtswidrige Entscheidungen aufzuheben oder deren Aufhebung zu veranlassen, und Buchstabe c regelt die Zuerkennung von Schadensersatz.

85. Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Nachprüfungsrichtlinie legt nicht fest, welche *rechtswidrigen Entscheidungen* auf Antrag aufgehoben werden können. Darin ist nämlich nur vorgesehen, dass zu den *rechtswidrigen Entscheidungen* insbesondere solche gehören, die diskriminierende technische, wirtschaftliche oder finanzielle Spezifikationen in den sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Ausschreibungsdokumenten betreffen [33].

86. Wie ferner aus den Artikeln 1 und 2 der Richtlinie 89/665 in Verbindung mit den Zielen dieser Richtlinie [34] hervorgeht, soll durch die Nachprüfungsverfahren gegen Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber während des gesamten Vergabeverfahrens eine effektive Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien im öffentlichen Auftragswesen sichergestellt werden, und zwar vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können [35]. Würden sich die Verfahren auf einen etwaigen finanziellen Ersatz des Schadens beschränken, der durch Nichteinhaltung der Gemeinschaftsrichtlinien des öffentlichen Vergabewesens entsteht, so würde dies also nicht genügen, um die volle Wirksamkeit dieser Regeln zu gewährleisten.

87. Der Gerichtshof hat daraus geschlossen, dass alle Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber ungeachtet ihrer Art und ihres Inhalts angefochten werden können [36]. Die Nachprüfungsrichtlinie ist folglich dahin ausgelegt worden, dass die nationalen Rechtsvorschriften es einem geschädigten Beschwerdeführer ermöglichen müssen, die Aufhebung einer dem Vertragsschluss vorangehenden Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers darüber zu beantragen, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt. Ferner ist festgestellt worden, dass die Bestimmungen der Verfahrensrichtlinien nicht wirksam umgesetzt würden, wenn sich das Verfahren gegen diese Entscheidung auf Schadensersatzansprüche beschränken würde [37].

88. Der Gerichtshof hat somit aufgrund der Ziele der Nachprüfungsrichtlinie und des Wortlauts ihrer Artikel 1 und 2 dem Begriff „Entscheidung" im Sinne dieser Bestimmungen eine weitreichende Bedeutung verliehen. Demnach fallen unter den Begriff „Entscheidung" alle nach Maßgabe der Bestimmungen der Verfahrensrichtlinien als rechtswidrig beanstandeten Handlungen oder Maßnahmen im Rahmen des betreffenden Vergabeverfahrens, sofern sie Wirkungen oder Ergebnisse zeitigen, die der öffentliche Auftraggeber bei der endgültigen Zuschlagsentscheidung berücksichtigen kann.

89. Diese Auslegung der Nachprüfungsrichtlinie entspricht deren Ziel, eine effektive Anwendung der Gemeinschaftsricht-

33 — Vorgenanntes Urteil Alcatel Austria u. a. (Randnr. 30).

34 — Siehe insbesondere die erste und die zweite Begründungserwägung.

35 — Vorgenanntes Urteil Alcatel Austria u. a. (Randnrn. 33 und 34).

36 — Ebenda (Randnr. 35).

37 — Ebenda (Randnr. 43).

linien des öffentlichen Vergabewesens zu gewährleisten, solange Verstöße noch beseitigt oder vermieden werden können. Dies ließe sich nicht allein durch Verfahren gegen beschwerende Maßnahmen oder gar gegen Handlungen erreichen, die das betreffende Auftragsverfahren bereits beenden. In einem solchen Stadium sind nämlich kaum noch Maßnahmen vorstellbar, um „den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen ... zu verhindern" [38].

90. Die spanische Regierung erkennt indessen an, dass nach spanischem Recht auch bei Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge nur beschwerende Handlungen angefochten werden könnten. Darunter seien namentlich Handlungen zu verstehen, die das Ausschreibungsverfahren beendeten. Dies ergebe sich ausdrücklich aus der Begründung des genannten Urteils [39]. Die spanische Regierung stellt ferner fest — und dies gehe eindeutig aus der Urteilsbegründung des Tribunal Supremo hervor [40] —, dass eine Maßnahme, mit der der öffentliche Auftraggeber zusätzliche Verdingungsunterlagen anfordere, nicht Gegenstand eines selbständigen Beschwerdeverfahrens sein könne. Eine Entscheidung, die geeignet sei, eine Beschwer herbeizuführen und gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht zu verstoßen, könne also als solche nicht unmittelbar vom Bieter angefochten werden, der sich als geschädigt betrachte. Er müsse zu diesem Zweck das Ende der Ausschreibung, also die Zuschlagsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers, abwarten.

91. Demnach setzt das spanische Recht die Bestimmungen der Artikel 1 und 2 der Nachprüfungsrichtlinie nicht ordnungsgemäß um, indem es dem Betroffenen auferlegt, seine Schädigung nachzuweisen, und ihm somit die Möglichkeit nimmt, eine Handlung anzufechten, die geeignet ist, ihn zu beschweren. Diese nationalen Rechtsvorschriften ermöglichen es nämlich nicht, wegen Verletzung des gemeinschaftlichen Vergaberechts zum geeignetsten Zeitpunkt eine Entscheidung anzufechten, die nachteilige Folgen haben kann. Der Betroffene kann folglich nicht die vorläufigen Maßnahmen erlangen, durch die der behauptete Rechtsverstoß beseitigt oder die Schädigung verhindert werden soll. Die Pflicht, die erlittene Schädigung nachzuweisen, stellt somit eine zusätzliche Voraussetzung dar, die in der Nachprüfungsrichtlinie nicht vorgesehen ist und dieser entgegensteht.

92. Infolgedessen ist das Königreich Spanien seinen Verpflichtungen aus den Artikeln 1 und 2 der Richtlinie 89/665 nicht nachgekommen, indem es kein Nachprüfungsverfahren gegen nach Maßgabe der Bestimmungen der Verfahrensrichtlinien als rechtswidrig beanstandete und im Rahmen eines öffentlichen Auftragsverfahrens ergangene Handlungen oder Maßnahmen zulässt, die Wirkungen oder Ergebnisse zeitigen, die der öffentliche Auftraggeber bei der endgültigen Zuschlagsentscheidung berücksichtigen kann.

38 — Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Nachprüfungsrichtlinie.

39 — Wie von der spanischen Regierung dargelegt (siehe oben, Nr. 80 zweiter Gedankenstrich).

40 — Ebenda.

V — Zum dritten Klagegrund: nicht ordnungsgemäße Umsetzung der Bestimmungen über vorläufige Maßnahmen (Verstoß gegen die Artikel 1 Absatz 1 und 2 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie)

A — *Vorbringen der Parteien*

1. Vorbringen der Kommission

93. Die Kommission macht geltend, die spanischen Umsetzungsvorschriften, nämlich Artikel 111 des Gesetzes 30/1992 und die Artikel 129 bis 136 des Gesetzes 29/1998, ermöglichten es im Gegensatz zu den Bestimmungen des Artikels 2 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/665 nicht, Sicherungsmaßnahmen zu *erlangen*, sofern nicht gleichzeitig Klage gegen den Sachgehalt der rechtswidrigen Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers erhoben werde. Sicherungsmaßnahmen könnten in Ermangelung einer Klage gegen die rechtswidrige Entscheidung nur in Ausnahmefällen, z. B. nach Artikel 136 Absatz 2 des Gesetzes 29/1998, *beantragt* werden. Aus den spanischen Vorschriften zur Umsetzung von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Nachprüfungsrichtlinie gehe hervor, dass der Erlass von vorläufigen Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen an die Erhebung einer Klage gegen die rechtswidrige Handlung des öffentlichen Auftraggebers gebunden sei. Diese Maßnahmen hingen somit zwangsläufig von einem derartigen Verfahren ab und könnten keinesfalls selbständig beantragt werden.

94. Aus dem Wortlaut der Artikel 1 Absatz 1 und 2 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie, aus dem Gesamtkonzept und Ziel dieser Richtlinie sowie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes [41] ergebe sich, dass die Sicherungsmaßnahmen nicht von einem Verfahren zur Hauptsache abhingen, sondern selbständige Maßnahmen darstellten, die unabhängig von einer Klage gegen die rechtswidrige Entscheidung beantragt werden könnten.

2. Vorbringen des Königreichs Spanien

95. Die spanische Regierung bestreitet nicht, dass der *Erlass* einer Sicherungsmaßnahme, etwa die Aussetzung des Vollzugs, nach dem Recht ihres Landes abgesehen von einigen Ausnahmen [42] an die vorherige Erhebung einer Klage gegen die betreffende Entscheidung gebunden sei. Der Antrag auf Erlass einer vorläufigen Maßnahme müsse jedenfalls bei Erhebung einer derartigen Klage oder nach Klageerhebung gestellt werden. Das Verfahren zur Erlangung vorläufiger Maßnahmen oder von Sicherungsmaßnahmen sei somit nicht selbständig, sondern an die Klage auf Aufhebung der rechtswidrigen Entscheidung gebunden.

96. Das durch die Nachprüfungsrichtlinie geschaffene System verliere jedoch seine

41 — Insbesondere Urteil vom 19. September 1996 in der Rechtssache C-236/95 (Kommission/Griechenland, Slg. 1996, I-4459).

42 — Insbesondere Artikel 136 des Gesetzes 29/1998.

Wirksamkeit nicht dadurch, dass der Antrag auf Sicherungsmaßnahmen mit der Anfechtung der Rechtmäßigkeit einer Handlung des öffentlichen Auftraggebers einhergehen müsse, da ein Sicherungsantrag stets eine materiell-rechtliche Prüfung umfasse, selbst wenn sich diese auf eine Prima-facie-Beurteilung beschränke. Dieses Erfordernis gefährde auch deshalb weder die Wirksamkeit des Systems noch die Ziele der genannten Richtlinie, weil die Vorschrift, dass mit dem Sicherungsantrag gleichzeitig die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme des öffentlichen Auftraggebers angefochten werden müsse, nicht mit einem zwingenden Formalismus verbunden sei. Der Betroffene könne sich nämlich auch mit einem Schreiben begnügen. Er müsse also nicht sofort die Klageschrift nach den einschlägigen Formvorschriften einreichen.

97. Die spanische Regelung sei zudem vollständig wirksam. Seit Inkrafttreten des Gesetzes 29/1998 könnten die Gerichte in Verwaltungssachen nämlich nach Artikel 29 dieses Gesetzes alle Arten positiver Sicherungsmaßnahmen anordnen und nicht nur Aussetzungsmaßnahmen ergreifen.

98. Die spanische Regierung widerspricht ferner der Auffassung, dass das Erfordernis einer Klage vor der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen mit den Bestimmungen der Richtlinie 89/665 nicht vereinbar oder nach diesen Bestimmungen sogar verboten sei.

99. Ihre Ansicht werde dadurch bekräftigt, dass auch die dem Gemeinschaftsrecht zugrunde liegenden Kriterien denjenigen entsprächen, auf denen die spanische Regelung beruhe. Die Regierung verweist in diesem Zusammenhang auf die Artikel 242 EG und 243 EG, Artikel 36 der EG-Satzung des Gerichtshofes, die Artikel 83 bis 90 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes sowie die Artikel 104 bis 110 der Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz. Die Regierung nennt als Beispiel Artikel 83 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes und weist darauf hin, dass der Antrag auf vorläufige Maßnahmen keinen selbständigen Rechtsbehelf darstelle, sondern von den Anträgen zur Hauptsache, also von der Anfechtungsklage, abhänge.

100. Zu den Schlussfolgerungen der Kommission aus dem vorgenannten Urteil Kommission/Griechenland bemerkt die spanische Regierung, der Gerichtshof habe nicht zur Sache Stellung genommen. Die Hellenische Republik habe nämlich eingeräumt, die Bestimmungen der Nachprüfungsrichtlinie nicht innerhalb der Frist in nationales Recht umgesetzt zu haben, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme festgesetzt worden sei. Der Gerichtshof habe daher nicht entscheiden müssen, ob die Vertragsverletzungsrüge begründet sei. Somit habe er nicht für Recht erkannt, dass die Nachprüfungsrichtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden sei, indem Sicherungsmaßnahmen wie die Aussetzung des Vollzugs von der Erhebung einer Klage gegen die rechtswidrige Handlung abhängig gemacht würden.

101. Schließlich sei zu bedenken, dass es sinnlos wäre, vorläufige Maßnahmen, wie es die Kommission verlange, völlig ver-

selbständigen zu wollen, da alle Sicherungsmaßnahmen schon rein begrifflich nebengeordnete Maßnahmen darstellten. Demnach sei der dritte Klagegrund als unbegründet zurückzuweisen.

B — *Beurteilung*

102. Entgegen der Auffassung der spanischen Regierung geht meines Erachtens aus dem Wortlaut der Artikel 1 Absatz 1 und 2 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie, aus dem Ziel dieser Richtlinie und aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes hervor, dass die Sicherungsmaßnahmen nicht als nebengeordnete Vorkehrungen im Rahmen einer Klage anzusehen sind, sondern als Maßnahmen betrachtet werden müssen, die selbständig getroffen werden können.

103. Das durch die Nachprüfungsrichtlinie geschaffene System soll, wie gezeigt wurde, eine effektive Anwendung der Verfahrensrichtlinien ermöglichen. In der Nachprüfungsrichtlinie wird daher gefordert, dass Verfahren gegen rechtswidrige Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und rasch sein müssen. Zu diesem Zweck können alle rechtswidrigen Entscheidungen, die öffentliche Auftraggeber im Laufe des Vergabeverfahrens treffen, von geschädigten Personen im Wege der einstweiligen Verfügung angefochten werden [43]. Es geht somit darum, rechtswidrige Maßnahmen zu verhindern, zu berichtigen oder wieder gutzumachen.

43 — Siehe hierzu den zweiten Klagegrund der Kommission.

104. Demnach können *nicht nur alle rechtswidrigen Entscheidungen*, die öffentliche Auftraggeber vor Vertragsschluss mit einem Bieter treffen, angefochten werden, *sondern* es können *auch* vorläufige Maßnahmen vor Erhebung einer Klage gegen eine rechtswidrige Entscheidung erlangt werden. Es können also nicht nur vorläufige Maßnahmen beantragt werden, sondern die Nachprüfungsinstanz muss diesem Antrag auch vor einer Klage gegen die rechtswidrige Entscheidung stattgeben können. Andernfalls ließe sich das Ziel der Nachprüfungsrichtlinie offensichtlich nicht erreichen, das insbesondere darin liegt, rechtswidrige Handlungen der öffentlichen Auftraggeber zu verhindern oder zu berichtigen. Die Notwendigkeit rascher und wirksamer Maßnahmen lässt sich kaum mit der Forderung nach einem vorherigen Gerichtsverfahren vereinbaren.

105. Der Gerichtshof hat in diesem Sinne im vorgenannten Urteil Kommission/Griechenland entschieden.

106. In dieser Rechtssache war geltend gemacht worden, die Hellenische Republik habe die Bestimmungen der Nachprüfungsrichtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt.

107. Die griechische Regierung räumte ein, die erforderlichen Maßnahmen für die Umsetzung dieser Richtlinie nicht innerhalb der Frist getroffen zu haben, die in der mit

Gründen versehenen Stellungnahme festgesetzt worden war; sie erklärte jedoch, es sei danach ein Gesetz erlassen worden, das den Erfordernissen der Nachprüfungsrichtlinie entspreche.

108. Der Gerichtshof hat indessen betont, dass die Vorschriften dieses Gesetzes die Bestimmungen der Nachprüfungsrichtlinie nicht ordnungsgemäß umsetzten. Er hat insbesondere bezüglich der in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Nachprüfungsrichtlinie vorgesehenen Aussetzung des Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags festgestellt, dass die betreffende Umsetzungsregelung des griechischen Gesetzes nicht den Erfordernissen der Nachprüfungsrichtlinie entsprach, da sie die Aussetzung von einer Klage auf Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts abhängig machte.

109. In Randnummer 11 des genannten Urteils Kommission/Griechenland führt der Gerichtshof hierzu Folgendes aus:

„Insoweit genügt die Feststellung, dass Artikel 52 des Präsidialdekrets Nr. 18/89 sich nur auf Verfahren zur Aussetzung des Vollzugs bezieht und voraussetzt, dass eine Klage auf Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts anhängig ist, wogegen die Mitgliedstaaten nach Artikel 2 der Richtlinie [89/665] ihren Nachprüfungsinstanzen ganz allgemein die Befugnis übertragen müssen, *unabhängig von einer vorherigen Klageerhebung*[44] vorläufige Maßnahmen zu erlassen, einschließlich von ‚Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen'."

110. Ferner enthielt die angeführte nationale Regelung, wie der Gerichtshof weiter ausgeführt hat, nichts zu der in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Nachprüfungsrichtlinie vorgesehenen Entschädigung der durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, geschädigten Personen[45].

111. Wie ersichtlich, hat sich der Gerichtshof entgegen dem Vorbringen des Königreichs Spanien nicht mit der Feststellung der mangelnden Umsetzung der Richtlinie innerhalb der Frist begnügt, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme festgesetzt war, sondern eine Untersuchung des betreffenden griechischen Gesetzes durchgeführt und begründet, weshalb dieses die Bestimmungen der Nachprüfungsrichtlinie nicht ordnungsgemäß umsetzte.

112. Die Mitgliedstaaten müssen also, wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, eine Regelung treffen, die Eilmaßnahmen jeder Art einschließlich positiver Maßnahmen vorsieht, um rechtswidrige Handlungen

44 — Hervorhebung von mir.
45 — Ebenda (Randnr. 15).

öffentlicher Auftraggeber jeweils im Rahmen des gesamten Vergabeverfahrens zu verhindern, zu beseitigen und auch wieder gutzumachen. Dies ist mit einer vorherigen Klage gegen die rechtswidrige Entscheidung nicht vereinbar.

113. Die spanische Regierung bestreitet nicht, dass nach ihrem innerstaatlichen Recht vorläufige Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen nicht vor Erhebung einer Klage gegen die rechtswidrige Entscheidung getroffen werden können. Sie gibt jedoch zu bedenken, dass die spanische Regelung nicht zwingend sei, da ein einfaches Schreiben ohne Begründung, mit dem der Betroffene mitteile, die fragliche Entscheidung anfechten zu wollen, genüge, um dem genannten Erfordernis nachzukommen. Wenn dies der Fall ist, erscheint die vorerwähnte „einfache Formalität", auf die der spanische Gesetzgeber indessen besonderes Gewicht legt, unverständlich. Ich halte es nämlich für unverhältnismäßig, die tatsächliche Umsetzung der Richtlinie in dieser Frage[46] von einer vorausgehenden einfachen Formalität abhängig zu machen.

114. Was das Argument der spanischen Regierung angeht, die Regelung ihres Landes für Sicherungsmaßnahmen entspreche dem Gemeinschaftsrecht bei Verfahren vor dem Gerichtshof, so genügt der Hinweis, dass die von der spanischen Regierung herangezogenen Bestimmungen und Urteile nicht die spezielle Nachprüfungsregelung der Richtlinie 89/665 oder deren Umsetzung durch die Mitgliedstaaten betreffen. Nach dem Grundsatz vom Vorrang der Lex specialis[47] ist die Sonderregelung der Richtlinie 89/665 maßgebend.

115. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich somit, dass das Königreich Spanien seinen Verpflichtungen aus den Artikeln 1 und 2 der Richtlinie 89/665 nicht nachgekommen ist, indem es Sicherungsmaßnahmen davon abhängig macht, dass eine Klage gegen die rechtswidrige Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers erhoben wird.

VI — Kosten

116. Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission einen entsprechenden Antrag gestellt hat und das Königreich Spanien mit seinem Vorbringen unterlegen ist, sind ihm die Kosten aufzuerlegen.

46 — Es handelt sich um vorläufige Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen.

47 — Siehe insbesondere Urteile vom 12. Dezember 1995 in der Rechtssache C-469/93 (Chiquita Italia, Slg. 1995, I-4533, Randnr. 61) und vom 24. Januar 2002 in der Rechtssache C-372/99 (Kommission/Italien, Slg. 2002, I-819, Randnr. 19).

VII — Ergebnis

117. Aus den vorstehenden Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor,

1. festzustellen, dass das Königreich Spanien gegen seine Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, indem es nicht die erforderlichen Maßnahmen getroffen hat, um den Bestimmungen der Artikel 1 und 2 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 nachzukommen, insbesondere indem es unterlassen hat,

   — das System der in dieser Richtlinie gewährleisteten Nachprüfung auf die Entscheidungen aller öffentlichen Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 der vom Rat erlassenen Richtlinien 92/50/EWG vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, 93/36/EWG vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und 93/37/EWG vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge zu erstrecken, einschließlich der privatrechtlichen Gesellschaften, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, die Rechtspersönlichkeit besitzen und die überwiegend von der öffentlichen Verwaltung oder anderen Organen des öffentlichen Rechts finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch diese unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von der öffentlichen Verwaltung oder anderen Organen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind,

— Nachprüfungsanträge gegen alle während des öffentlichen Auftragsverfahrens von den öffentlichen Auftraggebern getroffenen Entscheidungen einschließlich aller Verfahrenshandlungen zuzulassen,

— die Möglichkeit geeigneter Sicherungsmaßnahmen jeder Art gegenüber Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber einschließlich der Maßnahmen zur Aussetzung einer Verwaltungsentscheidung vorzusehen, wobei zu diesem Zweck die Schwierigkeiten und Hemmnisse aller Art beseitigt werden, insbesondere das Erfordernis, zuvor eine Klage gegen die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu erheben;

2. dem Königreich Spanien die Kosten aufzuerlegen.