SITZUNGSBERICHT
in der Rechtssache C-24/91 *

I — Sachverhalt und Verfahren

1. *Rechtlicher Rahmen*

1. Durch die Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 (ABl. L 185, S. 5; nachstehend: Richtlinie) wurden die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, die in den Mitgliedstaaten für Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften sowie sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts vergeben werden, gestützt auf folgende Grundsätze koordiniert: Verbot der Beschreibung technischer Merkmale mit diskriminierender Wirkung, ausreichende Bekanntmachung der Auftragsvergaben und Festlegung objektiver Teilnahmekriterien.

2. Die Richtlinie, die für Bauaufträge im Auftragswert von mindestens 1 Million ECU gilt, sieht in Abschnitt III (Artikel 12 bis 19) neben anderen Maßnahmen eine geeignete Bekanntmachung der Ausschreibungen vor, die allen interessierten Unternehmern in der Gemeinschaft die Möglichkeit gibt, von dem Verfahren Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls daran teilzunehmen.

3. Nach Artikel 12 der Richtlinie müssen die Bekanntmachungen von Aufträgen dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften zugeleitet werden, das sie spätestens neun Tage nach der Absendung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlichen muß. Artikel 15 sieht die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens vor, in dessen Rahmen diese Frist von neun auf fünf Tage und die Fristen für den Eingang der Anträge auf Teilnahme oder der Angebote auf zwölf beziehungsweise zehn Tage verkürzt wird.

4. In Artikel 9 der Richtlinie sind für eine Reihe von Fällen Ausnahmen von der Anwendung der genannten Vorschriften über die Bekanntmachung vorgesehen, so insbesondere unter Buchstabe d, „soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten".

5. Inzwischen wurde die Richtlinie 71/305 durch die Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 (ABl. L 210, S. 1) geändert. Diese neue Richtlinie, die vom Königreich Spanien spätestens am 1. März 1992 in nationales Recht umgesetzt werden muß, hat den wertmäßigen Anwendungsbereich der alten Richtlinie geändert. Der Schwellenwert für die Anwendung wurde von 1 Million ECU auf 5 Millionen ECU erhöht.

2. *Vorgeschichte des Rechtsstreits*

6. Am 9. Februar 1989 billigte das Leitungsgremium der Universidad Complutense de Madrid die Durchführung von Bauarbeiten zur Erweiterung und zum Umbau der Fakultät für politische Wissenschaften und Soziologie und der Schule für Sozialarbeit zu einem veranschlagten Gesamtkostenbetrag von 430 256 250 PTA. Dieser Betrag war der Universität im Januar 1989 vom Bil-

* Verfahrenssprache: Spanisch.

dungsministerium zur Verfügung gestellt worden.

7. Am 27. Februar 1989 veröffentlichte die Universität eine Ausschreibung für diese Arbeiten in Form einer Bekanntmachung in vier spanischen Zeitungen.

8. Die Kommission fragte mit Schreiben vom 13. März 1989 bei der Ständigen Vertretung Spaniens an, weshalb die Ausschreibung für die genannten Bauarbeiten nicht im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht worden sei.

9. Die Ständige Vertretung antwortete mit Schreiben vom 29. September 1989, daß eine derartige Veröffentlichung für den in Rede stehenden Bauauftrag weder verbindlich vorgeschrieben noch erforderlich sei.

10. Die Kommission leitete am 6. Dezember 1989 das Verfahren nach Artikel 169 EWG-Vertrag ein, indem sie dem Königreich Spanien ein Aufforderungsschreiben übersandte.

11. Das Königreich Spanien antwortete hierauf am 22. Januar 1990. Es führte in seinem Antwortschreiben an, daß es für die Universität erforderlich gewesen sei, die Erweiterungs- und Umbauarbeiten möglichst schnell vor Beginn des neuen Studienjahres abzuschließen. Die Dringlichkeit dieses Vorhabens habe es gerechtfertigt, auf die freihändige Auftragsvergabe zurückzugreifen.

12. Unter Berücksichtigung dieser Antwort gab die Kommission am 15. Oktober 1990 eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab.

13. Die Königreich Spanien antwortete am 27. November 1990 auf die mit Gründen versehene Stellungnahme und berief sich hierbei erneut auf die Dringlichkeit der fraglichen Arbeiten.

14. Nachdem das Königreich Spanien die von der Kommission erhobenen Einwände nicht anerkannte, beschloß diese, beim Gerichtshof die vorliegende Klage zu erheben.

3. *Schriftliches Verfahren*

15. Die Klage der Kommission ist am 23. Januar 1991 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

16. Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Anträge der Parteien

17. Die Kommission als *Klägerin* beantragt,

— festzustellen, daß das Königreich Spanien gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, insbesondere aus den Artikeln 9 und 12 bis 19 dieser Richtlinie, verstoßen hat, weil das Leitungsgremium der Universidad Complutense de Madrid beschlossen hat, den Bauauftrag für die Erweiterung und den Umbau der Fakultät für politische Wissenschaften

und Soziologie und der Schule für Sozialarbeit dieser Universität im Wege der freihändigen Vergabe zu erteilen, und damit die Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* unterlassen hat,

— dem Königreich Spanien die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

18. Das Königreich Spanien als *Beklagter* beantragt,

— die Klage der Kommission abzuweisen;

— der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

III — Vorbringen der Parteien

19. Die *Kommission* führt zuerst aus, daß das wesentliche Ziel der Gemeinschaftsrichtlinien über öffentliche Bauaufträge darin bestehe, eine Transparenz herzustellen, die sowohl gleiche Voraussetzungen für die Teilnahme an derartigen Auftragsvergaben als auch die Kontrolle der Einhaltung der entsprechenden Verpflichtung durch die zuständigen Stellen der Gemeinschaft ermögliche. In der neunten Begründungserwägung der Richtlinie werde hierzu ausgeführt, daß es zur Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge erforderlich sei, daß die beabsichtigten Auftragsvergaben in der gesamten Gemeinschaft bekanntgemacht würden.

20. Die spanischen öffentlichen Auftraggeber seien sich des grundlegenden Charakters dieses Grundsatzes der Transparenz nicht hinreichend bewußt, denn sie unterließen es regelmäßig, die beabsichtigten Auftragsvergaben im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* bekanntmachen zu lassen. Der vorliegende Fall sei bezeichnend für diese allgemeine Tendenz, die mit der Art und Weise zu erklären sei, in der Spanien die Richtlinie in nationales Recht umgesetzt habe. Durch die spanischen Umsetzungsmaßnahmen werde nämlich eine unklare Situation in bezug auf die Beurteilung der Erforderlichkeit eines Verfahrens der freien Auftragsvergabe geschaffen.

21. Artikel 9 Buchstabe d der Richtlinie erlaube es, auf dieses Verfahren zurückzugreifen. Jedoch sei diese Bestimmung nach dem Urteil des Gerichtshofes vom 10. März 1987 in der Rechtssache 199/85 (Slg. 1987, 1039) eng auszulegen, und die Beweislast dafür, daß die außergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme rechtfertigten, tatsächlich vorlägen, obliege demjenigen, der sich auf sie berufen wolle.

22. Im vorliegenden Fall seien die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung nicht dargetan. Erstens stellten weder die große Zahl von Studenten, die Vorlesungen in den politischen Wissenschaften und der Soziologie besuchen wollten, noch das Bedürfnis, eine Aufnahmeinfrastruktur zu schaffen, „dringliche, zwingende Gründe" im Sinne dieser Bestimmung dar. Die Probleme im Zusammenhang mit dem Zustrom von Studenten bestünden seit Jahren, so daß durch das Eintreffen eines neuen Studentenjahrgangs nur eine bereits bestehende Situation verschlimmert worden sei. Die Stellen der Universität hätten somit die erforderlichen Maßnahmen bereits lange zuvor ergreifen müssen. Die Dringlichkeit, auf die sie sich beriefen, sei daher auf ihre eigene mangelnde Sorgfalt zurückzuführen. Außerdem sei der Rückgriff auf ein Verfahren der freihändigen Auftragsvergabe nicht erforderlich gewesen, denn diese Stellen hätten über andere Mittel

verfügt, dieser Dringlichkeitssituation zu begegnen. Sie hätten beispielsweise die neuen Studenten in provisorischen Räumlichkeiten unterbringen oder eine Ausschreibung auf der Grundlage vorläufig bewilligter Mittel vornehmen können, um mit den erforderlichen Arbeiten früher zu beginnen.

23. Zweitens seien die Kapazitätsprobleme der Universität für das Leitungsgremium nicht unvorhersehbar gewesen. Die neuen Studenten müßten sich nämlich in dem Monat Juni immatrikulieren, der dem neuen Studienjahr vorausgehe. Das Leitungsgremium habe sich also bereits im Juni 1988 ein Bild von der Zahl der neuen Studenten im Studienjahr 1988/89 machen können und hätte somit früher angemessene Maßnahmen treffen können. Auch sei der Anstieg der Zahl der Studierenden beim Beginn des Studienjahrs 1989 verhältnismäßig unbedeutend gewesen. Unter Berücksichtigung der allgemeinen Situation der Universidad Complutense sei außerdem an den Problemen der Überbelegung nichts Außergewöhnliches oder Unvorhersehbares gewesen.

24. Nach Ansicht der Kommission hätte das Leitungsgremium die beabsichtigte Auftragsvergabe nach dem beschleunigten Verfahren des Artikels 15 der Richtlinie im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* bekanntmachen können. Die abgekürzten Fristen dieses Verfahrens erlaubten es den öffentlichen Auftraggebern, ihren Bekanntmachungspflichten innerhalb von weniger als einem Monat nachzukommen. Diese Frist sei mit dem vom Leitungsgremium vorgesehenen Zeitplan für die Arbeiten völlig vereinbar gewesen. Nach dem Zeitplan, den der mit dem Vorhaben betraute Architekt aufgestellt habe, habe man für die Durchführung der Arbeiten, die vor dem Beginn des Studienjahres im Oktober 1989 hätten abgeschlossen sein sollen, siebeneinhalb Monate veranschlagen müssen. Da die erforderlichen Mittel im Januar 1989 bewilligt worden seien, seien somit eineinhalb Monate für das Vergabeverfahren des Artikels 15 verblieben.

25. Das *Königreich Spanien* führt aus, daß die Art und Weise, in der die Richtlinie in nationales Recht umgesetzt worden sei, nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sei. Der Gerichtshof dürfe deshalb die Ausführungen der Kommission zur Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit der spanischen Rechtsvorschriften mit der Richtlinie nicht berücksichtigen.

26. Sodann gelte der Grundsatz der Transparenz nicht absolut. Es handele sich lediglich um einen der drei Grundsätze, auf die die Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge gestützt sei; bei den anderen handele es sich um das Verbot der Beschreibung technischer Merkmale mit diskriminierender Wirkung und die Einführung eines Verfahrens, das eine Gewähr für die gemeinsame Beachtung der beiden anderen Grundsätze biete. Ferner erlaube die Richtlinie selbst Ausnahmen von der allgemeinen Regel der Bekanntmachung, wenn angenommen werde, daß diese Bekanntmachung die Erreichung verschiedener als vorrangig qualifizierter Ziele behindern könne.

27. Artikel 9 Buchstabe d der Richtlinie erlaube eine solche Ausnahme. Zwar habe der Gerichtshof in seinem Urteil vom 10. März 1987 (Kommission/Italien, a. a. O.) entschieden, daß diese Ausnahmebestimmung eng auszulegen sei, er habe jedoch nicht definiert, was unter dringlichen, zwingenden Gründen im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen sei. Im vorliegenden Fall stelle sich gerade das Problem der Auslegung dieses Begriffs.

28. In diesem Zusammenhang vertritt Spanien die Ansicht, daß sich das Leitungsgremium der Universidad Complutense in einer Situation befunden habe, die als dringlicher, zwingender Grund qualifiziert werden müsse und den Rückgriff auf das Verfahren der freihändigen Auftragsvergabe nach Artikel 9 Buchstabe d gerechtfertigt habe. Es habe sich nämlich 1989 gezeigt, daß die Kapazität der Fakultät der Zahl der Studenten, die Vorlesungen in den politischen Wissenschaften und der Soziologie hätten besuchen wollen, überhaupt nicht angepaßt gewesen sei. Hätte man in dieser Situation nicht sofort Abhilfe geschaffen, so wäre es den Studenten des neuen Jahrgangs vom Oktober 1989 an unmöglich geworden, diese Vorlesungen zu besuchen. Man hätte diese Studenten auch nicht vorläufig anderweitig unterbringen können, da es an verfügbaren Räumlichkeiten in den anderen Fakultäten gefehlt habe.

29. Es sei deshalb zwingend erforderlich gewesen, die Erweiterungsarbeiten vor dem Beginn des neuen Studienjahres im Oktober zum Abschluß zu bringen. Da für die Durchführung dieser Arbeiten siebeneinhalb Monate zu veranschlagen gewesen seien und die erforderlichen Mittel erst im Januar benötigt worden seien, habe sich das Leitungsgremium gezwungen gesehen, den Auftrag freihändig zu vergeben. Das Leitungsgremium habe die Arbeiten nicht mit Hilfe vorläufig bewilligter Mittel vor Januar 1989 in Angriff nehmen können, denn das spanische Haushaltsrecht kenne keine vorläufige Mittelbewilligung.

P. J. G. Kapteyn
Berichterstatter