URTEIL DES GERICHTSHOFES
24. Januar 1995 *

In der Rechtssache C-359/93

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Rechtsberater H. van Lier als Bevollmächtigten, Zustellungsbevollmächtigter: G. Kremlis, Juristischer Dienst, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Klägerin,

gegen

Königreich der Niederlande, vertreten durch J. W. de Zwaan und T. Heukels, stellvertretende Rechtsberater im Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift: Niederländische Botschaft, 5, rue C. M. Spoo, Luxemburg,

Beklagter,

wegen Feststellung, daß das Königreich der Niederlande gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 13, S. 1) in der durch die Richtlinien 80/767/EWG (ABl. L 215, S. 1) und 88/295/EWG (ABl. L 127, S. 1) des Rates geänderten Fassung sowie aus Artikel 30 EWG-Vertrag verstoßen hat,

erläßt

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten G. C. Rodríguez Iglesias, des Kammerpräsidenten P. J. G. Kapteyn, der Richter G. F. Mancini, C. N. Kakouris, J. L. Murray, D. A. O. Edward (Berichterstatter) und G. Hirsch,

Generalanwalt: G. Tesauro
Kanzler: R. Grass

aufgrund des Berichts des Berichterstatters,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 17. November 1994,

folgendes

Urteil

1 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat mit Klageschrift, die am 16. Juli 1993 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, gemäß Artikel 169 EWG-Vertrag Klage erhoben auf Feststellung, daß das Königreich der Niederlande gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 13, S. 1) in der durch die Richtlinien 80/767/EWG (ABl. L 215, S. 1) und 88/295/EWG (ABl. L 127, S. 1) des Rates geänderten Fassung sowie aus Artikel 30 EWG-Vertrag verstoßen hat.

2 Gemäß Artikel 9 Absatz 5 der Richtlinie 77/62 in der Fassung des Artikels 9 der Richtlinie 88/295 werden die Bekanntmachungen von Lieferaufträgen „nach den in

Anhang III enthaltenen Mustern erstellt". Wie sich aus Nummer 7 des Abschnitts „A. Offene Verfahren" dieses Anhangs ergibt, müssen die Bekanntmachungen folgende Angaben enthalten:

„a) Personen, die bei der Öffnung der Angebote anwesend sein dürfen

b) Tag, Stunde und Ort der Öffnung."

3 Gemäß Artikel 7 Absatz 6 der Richtlinie 77/62 in der Fassung des Artikels 8 der Richtlinie 88/295 verbieten die Mitgliedstaaten „die Aufnahme von Beschreibungen technischer Merkmale in die Vertragsklauseln für einen bestimmten Auftrag, die Erzeugnisse einer bestimmten Produktion oder Herkunft oder besondere Verfahren erwähnen, und zur Wirkung haben, daß bestimmte Unternehmen oder bestimmte Erzeugnisse bevorzugt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, daß diese technischen Merkmale durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind. Verboten ist insbesondere die Angabe von Warenzeichen, Patenten oder Typen sowie die Angabe eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion; eine solche Angabe mit dem Zusatz ‚oder gleichwertiger Art' ist jedoch zulässig, wenn der Auftragsgegenstand durch hinreichend genaue, allgemeinverständliche Bezeichnungen nicht anders beschrieben werden kann."

4 Die 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) enthält in Artikel 3 Absätze 1, 2 und 3 folgende Bestimmungen:

„(1) Die Kommission kann das in diesem Artikel vorgesehene Verfahren anwenden, wenn sie vor Abschluß eines Vertrages zu der Auffassung gelangt, daß bei

einem Vergabeverfahren im Sinne der Richtlinien 71/305/EWG und 77/62/EWG ein klarer und eindeutiger Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für das öffentliche Auftragswesen vorliegt.

(2) Die Kommission teilt dem Mitgliedstaat und der Vergabebehörde mit, aus welchen Gründen sie einen klaren und eindeutigen Verstoß als gegeben ansieht und fordert dessen Beseitigung.

(3) Innerhalb von 21 Tagen nach Eingang der in Absatz 2 genannten Mitteilung übermittelt der Mitgliedstaat der Kommission

a) die Bestätigung, daß der Verstoß beseitigt wurde,

oder

b) eine Begründung dafür, weshalb der Verstoß nicht beseitigt wurde,

oder

c) die Mitteilung, daß das betreffende Vergabeverfahren entweder auf Betreiben des öffentlichen Auftraggebers oder aber in Wahrnehmung der in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a) vorgesehenen Befugnisse ausgesetzt wurde."

5 Das Nederlands Inkoopcentrum NV, eine niederländische Vergabebehörde, veröffentlichte am 10. Dezember 1991 im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* die Bekanntmachung eines Auftrags für die Lieferung und Instandhaltung einer Wetterwarte.

6 Diese Bekanntmachung, deren Gestaltung an Anhang III der Richtlinie 77/62 ausgerichtet war, enthielt keine Angaben zu den Personen, die bei der Öffnung der Angebote anwesend sein dürfen, oder zu Tag, Stunde und Ort der Öffnung.

7 Außerdem hieß es im Pflichtenheft der Vergabebehörde, daß als Betriebssystem das „UNIX"-System verwendet werden müsse, d. h. eine Software zur Verknüpfung verschiedener Computer unterschiedlicher Marken, die von den „Bell Laboratories of ITT (USA)" entwickelt wurde.

8 Da die Kommission der Ansicht war, daß diese beiden Punkte der Bekanntmachung, d. h. die Nichtveröffentlichung der nach Anhang III Nummer 7 Buchstaben a und b vorgesehenen Information und die Bezugnahme auf ein bestimmtes Erzeugnis im Pflichtenheft, nicht den Anforderungen der Artikel 9 Absatz 5 und 7 Absatz 6 der Richtlinie 77/62 entsprachen, richtete sie am Donnerstag, dem 25. Juni 1992, gemäß Artikel 3 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 89/665 ein Schreiben an die Ständige Vertretung der Niederlande. Die Kommission wies die niederländische Regierung in diesem Schreiben darauf hin, daß es als Aufforderungsschreiben im Sinne von Artikel 169 EWG-Vertrag zu verstehen sei und daß die von der niederländischen Regierung zu übermittelnde Stellungnahme der in diesem Artikel vorgesehenen Äußerung gleichgesetzt werde.

9 Das Schreiben der Kommission ging am Freitag, dem 26., bei der Ständigen Vertretung in Brüssel ein, die es sodann dem betreffenden Ministerium in den Niederlanden übersandte, wo es am Montag, dem 29., ankam. Am selben Tag übermittelte die Kommission der Vergabebehörde per Telefax ihr Schreiben vom 25. Juni; der Vertrag über die Vergabe des Auftrags war jedoch kurz zuvor unterzeichnet worden.

Zulässigkeit

10 Im Hinblick auf den vorstehenden Sachverhalt hat die niederländische Regierung eine doppelte Einrede der Unzulässigkeit erhoben. Zum einen entspreche das Vorgehen der Kommission nicht den Erfordernissen des Artikels 3 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 89/665, da sie dem Mitgliedstaat und der Vergabebehörde zu spät mitgeteilt habe, aus welchen Gründen sie einen Verstoß gegen die Richtlinie 77/62 als gegeben ansehe, und zum anderen könne die Kommission die angebliche Vertragsverletzung deshalb nicht geltend machen, weil sie sie ebenfalls begangen habe, indem sie in einer Bekanntmachung, die nach der den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden Bekanntmachung veröffentlicht worden sei, selbst auf die technische Spezifikation des Datenverarbeitungssystems UNIX Bezug genommen habe.

11 Zu dem auf das Vorgehen der Kommission gestützten Vorbringen ist festzustellen, daß die Kommission gemäß Artikel 3 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 89/665, wenn sie „vor Abschluß eines Vertrages" zu der Auffassung gelangt, daß bei einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Sinne der Richtlinie 77/62 ein klarer und eindeutiger Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften vorliegt, dem Mitgliedstaat und der Vergabebehörde mitteilt, aus welchen Gründen sie einen solchen Verstoß als gegeben ansieht, und dessen Beseitigung fordert.

12 Aus dem Wortlaut und dem Sinn der Richtlinie 89/665 ergibt sich, daß es im Interesse aller Beteiligten sehr wünschenswert ist, daß die Kommission ihre Einwände dem Mitgliedstaat und der Vergabebehörde so bald wie möglich vor dem Abschluß des Vertrages mitteilt, um so dem Mitgliedstaat und der Vergabebehörde Zeit zu geben, ihr gemäß Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 zu antworten und gegebenenfalls den geltend gemachten Verstoß vor der Vergabe des Auftrags abzustellen.

13 Dieses besondere Verfahren der Richtlinie 89/665 stellt jedoch eine vorbeugende Maßnahme dar, die von den Befugnissen der Kommission aus Artikel 169 des Vertrages weder abweichen noch sie ersetzen kann. Dieser Artikel stellt es nämlich in das Ermessen der Kommission, den Gerichtshof anzurufen, wenn nach ihrer Auffassung ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus dem Vertrag verstoßen hat und ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme nicht nachkommt.

14 Im übrigen hängt die Feststellung einer Vertragsverletzung gemäß Artikel 169 des Vertrages nicht vom Vorliegen eines klaren und eindeutigen Verstoßes im Sinne der Richtlinie 89/665 ab. Denn eine solche Feststellung beschränkt sich auf die Tatsache, daß ein Mitgliedstaat eine Gemeinschaftsverpflichtung nicht beachtet hat, und entscheidet nicht bereits über die Art oder die Schwere des Verstoßes.

15 Der erste von der niederländischen Regierung geltend gemachte Unzulässigkeitsgrund ist somit zurückzuweisen.

16 Zu der Einrede, die Unzulässigkeit ergebe sich daraus, daß auch die Kommission in einer Bekanntmachung, die nach der den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden Bekanntmachung veröffentlicht worden sei, auf dieselbe technische Spezifikation, d. h. das Datenverarbeitungssystem UNIX, Bezug genommen habe, ist festzustellen, daß, selbst wenn man unterstellt, daß die Kommission den Vorschriften der Richtlinie 77/62 unterworfen ist und gegen sie verstoßen hat, ein solcher Verstoß einen möglicherweise von den niederländischen Behörden begangenen Verstoß nicht rechtfertigen kann.

17 Auch der zweite Unzulässigkeitsgrund ist folglich zurückzuweisen.

Begründetheit

18 Die Kommission wirft der Vergabebehörde erstens vor, entgegen den Anforderungen des Artikels 9 Absatz 5 und des Anhangs III Nummer 7 der Richtlinie 77/62 in der fraglichen Bekanntmachung die Personen, die bei der Öffnung der Angebote anwesend sein dürfen, sowie Tag, Stunde und Ort der Öffnung nicht angegeben zu haben.

19 Die niederländische Regierung macht, ohne den Sachverhalt zu bestreiten, geltend, die fraglichen Angaben seien nur erforderlich, wenn die Vergabebehörde die Absicht habe, die Möglichkeit der Teilnahme an der Öffnung der Angebote zu beschränken; da die Öffnung, um die es in der vorliegenden Rechtssache gehe, jedoch öffentlich gewesen sei und alle Interessenten daran hätten teilnehmen können, sei es nicht nötig gewesen, sie aufzunehmen.

20 Hierzu ist zunächst festzustellen, daß es sich bei den in Anhang III Nummer 7 der Richtlinie 77/62 genannten Informationen um zwingende und unbedingte Angaben handelt. Wie der Generalanwalt unter Nummer 8 seiner Schlußanträge zu Recht ausgeführt hat, ermöglichen diese Informationen den potentiellen Lieferanten, in Erfahrung zu bringen, wer ihre Mitbewerber sind, und zu prüfen, ob sie die vorgesehenen Eignungskriterien erfüllen.

21 Ferner ist darauf hinzuweisen, daß, selbst wenn die Öffnung der Angebote öffentlich erfolgt und somit für jeden Interessenten zugänglich ist, sich die Teilnahme an dieser Öffnung als illusorisch erweist, wenn Tag, Stunde und Ort nicht veröffentlicht werden.

22 Die Vergabebehörde hat folglich dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 9 Absatz 5 der Richtlinie 77/62 verstoßen, daß sie die in Anhang III Nummer 7 dieser Richtlinie genannte Information nicht veröffentlicht hat.

23 Die Kommission wirft der Vergabebehörde zweitens vor, dadurch gegen Artikel 7 Absatz 6 der Richtlinie 77/62 und gegen Artikel 30 des Vertrages verstoßen zu haben, daß sie nach der Nennung des UNIX-Systems nicht die Angabe „oder gleichwertiger Art" angebracht habe.

24 Die niederländische Regierung trägt vor, das UNIX-System sei im Bereich der Informationstechnik als eine von den Unternehmen allgemein anerkannte technische Spezifikation anzusehen; aus diesem Grund sei die Angabe „oder gleichwertiger Art" überflüssig.

25 Es ist daran zu erinnern, daß gemäß Artikel 7 Absatz 6 der Richtlinie 77/62 die Angabe von Warenzeichen verboten ist, wenn sie nicht mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art" verbunden ist und der Auftragsgegenstand durch hinreichend genaue, allgemeinverständliche Bezeichnungen nicht anders beschrieben werden kann.

26 Zwischen den Parteien ist jedoch unstreitig, daß das UNIX-System nicht normiert ist und daß es das Warenzeichen eines bestimmten Erzeugnisses bezeichnet.

27 Somit kann das Weglassen des Zusatzes „oder gleichwertiger Art" nach dem Begriff UNIX nicht nur die Wirtschaftsteilnehmer, die ähnliche Systeme wie UNIX anwenden, davon abhalten, an der Ausschreibung teilzunehmen, sondern auch entgegen Artikel 30 des Vertrages die Einfuhrströme im innergemeinschaftlichen Handel behindern, indem der Markt den Lieferanten vorbehalten bleibt, die beabsichtigen, das speziell genannte System anzuwenden.

28 Folglich hätte die Vergabebehörde nach dem Begriff UNIX die Angabe „oder gleichwertiger Art" anbringen müssen, wie es Artikel 7 Absatz 6 der Richtlinie 77/62 verlangt.

29 Nach alledem hat das Königreich der Niederlande dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 77/62 und aus Artikel 30 des Vertrages verstoßen, daß es in der streitigen Bekanntmachung einer Auftragsvergabe die Personen, die bei der Öffnung der Angebote anwesend sein dürfen, sowie Tag, Stunde und Ort der Öffnung nicht angegeben und in das Pflichtenheft eine unter Bezugnahme auf ein Erzeugnis mit einem bestimmten Warenzeichen festgelegte technische Spezifikation aufgenommen hat.

Kosten

30 Gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da das Königreich der Niederlande mit seinem Vorbringen unterlegen ist, sind ihm die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

für Recht erkannt und entschieden:

1) **Das Königreich der Niederlande hat dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge in der durch die Richtlinien 80/767/EWG und 88/295/EWG des Rates geänderten Fassung und aus Artikel 30 EWG-Vertrag verstoßen, daß es in der streitigen Bekanntmachung einer Auftragsvergabe die Personen, die bei der Öffnung**

der Angebote anwesend sein dürfen, sowie Tag, Stunde und Ort der Öffnung nicht angegeben und in das Pflichtenheft eine unter Bezugnahme auf ein Erzeugnis mit einem bestimmten Warenzeichen festgelegte technische Spezifikation aufgenommen hat.

2) Das Königreich der Niederlande trägt die Kosten des Verfahrens.

Rodríguez Iglesias Kapteyn Mancini Kakouris

Murray Edward Hirsch

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 24. Januar 1995.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident

G. C. Rodríguez Iglesias