

URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

15. Mai 2003 *

In der Rechtssache C-214/00

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch G. Valero Jordana als Bevollmächtigten, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Königreich Spanien, vertreten durch S. Ortiz Vaamonde als Bevollmächtigten, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagter,

* Verfahrenssprache: Spanisch.

wegen Feststellung, dass das Königreich Spanien gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) verstoßen hat, insbesondere indem es versäumt hat,

- das System der durch diese Richtlinie gewährleisteten Nachprüfung auf die Entscheidungen aller öffentlichen Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinien 92/50, 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1) und 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) einschließlich privatrechtlicher Gesellschaften zu erstrecken, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, die Rechtspersönlichkeit besitzen und die überwiegend vom Staat oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind,
- Nachprüfungsanträge gegen alle während des öffentlichen Vergabeverfahrens von den öffentlichen Auftraggebern getroffenen Entscheidungen einschließlich aller Verfahrenshandlungen zuzulassen,
- die Möglichkeit geeigneter Sicherungsmaßnahmen jeder Art gegenüber Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber einschließlich Maßnahmen zur Aussetzung einer Verwaltungsentscheidung vorzusehen, und zwar unter Be-

seitigung von Schwierigkeiten und Hemmnissen aller Art, darunter auch des Erfordernisses, zuvor eine Klage gegen die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu erheben,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung der Richter R. Schintgen in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Sechsten Kammer und V. Skouris (Berichterstatter), der Richterinnen F. Macken und N. Colneric und des Richters J. N. Cunha Rodrigues,

Generalanwalt: P. Léger,
Kanzler: L. Hewlett, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der Parteien in der Sitzung vom 14. März 2002,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 13. Juni 2002

folgendes

Urteil

- 1 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat mit Klageschrift, die am 30. Mai 2000 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, nach Artikel 226 EG eine Klage erhoben auf Feststellung, dass das Königreich Spanien gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) verstoßen hat, insbesondere indem es versäumt hat,
- das System der durch diese Richtlinie gewährleisteten Nachprüfung auf die Entscheidungen aller öffentlichen Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinien 92/50, 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1) und 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) einschließlich privatrechtlicher Gesellschaften zu erstrecken, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, die Rechtspersönlichkeit besitzen und die überwiegend vom Staat oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind,

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

- die Möglichkeit geeigneter Sicherungsmaßnahmen jeder Art gegenüber Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber einschließlich Maßnahmen zur Aussetzung einer Verwaltungsentscheidung vorzusehen, und zwar unter Be seitigung von Schwierigkeiten und Hemmnissen aller Art, darunter auch des Erfordernisses, zuvor eine Klage gegen die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu erheben.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrechtliche Vorschriften

- 2 Der ersten und zweiten Begründungserwägung der Richtlinie 89/665 ist zu ent nehmen, dass die im Zeitpunkt des Erlasses dieser Richtlinie auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene vorhandenen Mechanismen zur Durch setzung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, insbesondere der Richtlinien 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Abl. L 185, S. 5) und 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (Abl. 1977, L 13, S. 1) nach wie vor nicht ausreichend waren, um die Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften zu gewährleisten, vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können.

- 3 Die dritte Begründungserwägung der Richtlinie 89/665 lautet: „Die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb setzt eine beträchtliche Verstärkung der Garantien im Bereich der Transparenz und der Nichtdiskriminierung voraus; damit diese Öffnung konkret umgesetzt werden kann, müssen für den Fall von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die in Umsetzung dieses Rechtes ergangen sind, Möglichkeiten einer wirksamen und raschen Nachprüfung bestehen.“
- 4 In der fünften Begründungserwägung der Richtlinie 89/665 heißt es: „Angesichts der Kürze der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge müssen die für die Nachprüfung zuständigen Stellen vor allem befugt sein, vorläufige Maßnahmen zu treffen, um das Vergabeverfahren oder die Durchführung etwaiger Beschlüsse der Vergabebehörde auszusetzen. Die Kürze der Vergabeverfahren macht eine dringliche Behandlung der genannten Verstöße notwendig.“
- 5 Artikel 1 Absätze 1 und 3 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

„(1) 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, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

...

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedin-

gungen zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. ...“

6 Die Artikel 2 Absätze 1 Buchstabe a, 3 und 4 der Richtlinie 89/665 lauten:

„(1) 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;

...

(3) Die Nachprüfungsverfahren haben als solche nicht notwendigerweise einen automatischen Suspensiveffekt auf die betreffenden Vergabeverfahren.

(4) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die zuständige Instanz bei Prüfung der Frage, ob vorläufige Maßnahmen zu ergreifen sind, deren voraussehbare Folgen für alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit berücksichtigen kann, und dass sie beschließen kann, diese Maßnahmen nicht zu ergreifen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen

Vorteile überwiegen könnten. Die Ablehnung der vorläufigen Maßnahmen beeinträchtigt nicht die sonstigen Rechte des Antragstellers.“

- 7 Die Richtlinie 71/305 wurde durch die Richtlinie 93/37 und die Richtlinie 77/62 durch die Richtlinie 93/36 aufgehoben. Soweit in der ersten Begründungs-erwägung und in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 auf diese aufgehobenen Richtlinien Bezug genommen wird, ist dies nunmehr als Verweis auf die Richtlinien 93/37 und 93/36 aufzufassen.
- 8 Nach Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 92/50, der inhaltlich im Wesentlichen Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinien 93/36 und 93/37 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, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

...“

- 9 Artikel 1 Nummern 1 und 2 der Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199, S. 84) lautet:

„Im Sinne dieser Richtlinie sind:

1. *staatliche Behörden*: der Staat, die Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.

Einrichtungen des öffentlichen Rechts sind Einrichtungen,

- die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und die einen anderen Charakter als den eines Handels- bzw. Industrieunternehmens besitzen und
- die Rechtspersönlichkeit besitzen

und

- die überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert werden oder deren Leitung einer Kontrolle durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leistungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt wurden;
2. *öffentliches Unternehmen:* jedes Unternehmen, auf das die staatlichen Behörden aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen einschlägigen Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Es wird vermutet, dass ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, wenn die staatlichen Behörden unmittelbar oder mittelbar
- die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzen

oder

- über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügen

oder

- mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen können.“

¹⁰ Die Nachprüfungsverfahren, die gegen Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Richtlinie 93/38 eingeleitet werden, werden durch die Richtlinie 92/13/EWG 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) geregelt, nach deren vierter Begründungserwägung sich die Richtlinie 89/665 nur auf die Vergabeverfahren im Bereich der Richtlinien 71/305 und 77/62 bezieht.

Nationales Recht

¹¹ Der persönliche Anwendungsbereich der spanischen Rechtsvorschriften des öffentlichen Auftragswesens ergibt sich aus Artikel 1 der Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas vom 18. Mai 1995 (BOE Nr. 119 vom 19. Mai

1995, S. 14601, im Folgenden: Gesetz 13/1995), 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.“

12 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.“

- 13 Es ist darauf hinzuweisen, dass das Königreich Spanien nach Erhebung der vorliegenden Klage mit dem Real Decreto Legislativo 2/2000, mit dem der Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Pùblicas vom 16. Juni 2000 (Konsolidierte Fassung des Gesetzes über öffentliche Aufträge, BOE Nr. 148 vom 21. Juni 2000, S. 21775) gebilligt wurde, eine neue, konsolidierte Fassung des vorgenannten Gesetzes erlassen hat, mit der indessen die frùheren Bestimmungen nur zusammengestellt und geordnet, aber nicht inhaltlich geändert worden sind.
- 14 Auf Verwaltungsebene können nach Artikel 107 der Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Común vom 26. November 1992 in der durch die Ley 4/1999 vom 13. Januar 1999 geänderten Fassung (BOE Nr. 12 vom 14. Januar 1999, S. 1739, im Folgenden: Gesetz 30/1992) 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“.
- 15 Hinsichtlich des Verwaltungsgerichtsverfahrens bestimmt Artikel 25 Absatz 1 der Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo vom 13. Juli 1998 (BOE Nr. 167 vom 14. Juli 1998, S. 23516, im Folgenden: Gesetz 29/1998) 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.“

- 16 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 ...

...

(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 gewährt.“

¹⁷ In der Begründung für das Gesetz 29/1998 wird ausgeführt: „Angesichts der Erfahrungen der letzten Jahre und der steigenden Bedeutung, die dem Streit gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Klage künftig zukommt, kann die Aussetzung der angefochtenen Bestimmung oder Handlung nicht mehr die einzige mögliche Sicherungsmaßnahme sein.“ Weiter heißt es dort: „Daher wurde mit dem Gesetz die Möglichkeit geschaffen, Sicherungsmaßnahmen jeder Art einschließlich positiver Maßnahmen zu erlassen.“

¹⁸ Artikel 129 Absatz 1 des Gesetzes 29/1998 sieht vor:

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

¹⁹ 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.“

- 20 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Artikel 29 und 30 des Gesetzes 29/1998 Fälle betreffen, in denen die Verwaltung aufgrund einer Vorschrift, eines Vertrages oder eines Rechtsakts zu einer konkreten Leistung zugunsten einer bestimmten Person oder mehrerer bestimmter Personen verpflichtet ist, in denen sie ihre endgültigen Rechtsakte nicht vollzieht oder in denen es um Fragen tatsächlicher Art geht.

Vorprozessuale Verfahren

- 21 Die spanische Regierung übermittelte der Kommission mit Schreiben vom 18. Dezember 1991 die Texte der seinerzeit geltenden Gesetze, die ihres Erachtens die Umsetzung der Richtlinie 89/665 in innerstaatliches Recht gewährleisteten; es handelte sich dabei um die Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (Verwaltungsgerichtsgesetz) vom 27. Dezember 1956, die Ley de Procedimiento Administrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 18. Juli 1958, die Ley de Contratos del Estado (Gesetz über das öffentliche Auftragswesen) und die spanische Verfassung.
- 22 Mit Schreiben vom 21. Juni 1994 an den Ständigen Vertreter des Königreichs Spaniens bei der Europäischen Union gab die Kommission zum Inhalt der nationalen Umsetzungsmaßnahmen eine erste Stellungnahme ab.
- 23 Da die Kommission das Antwortschreiben der spanischen Stellen vom 13. September 1994 für unzureichend hielt, richtete sie am 29. Mai 1996 an die spanische Regierung ein Mahnschreiben, in dem sie bemängelte, dass erstens der Anwendungsbereich der nationalen Regelung nicht mit dem der Richtlinie 89/665

übereinstimme, dass zweitens die so genannten „Verfahrens“-Handlungen nur in Ausnahmefällen Gegenstand eines unmittelbaren Nachprüfungsantrags sein könnten und dass drittens die Aussetzung einer rechtswidrigen Verwaltungshandlung davon abhängig gemacht werde, dass eine Klage gegen sie erhoben werde.

- ²⁴ Auf dieses Mahnschreiben entgegnete die spanische Regierung am 9. Oktober 1996 zum ersten Punkt, dass das Gesetz 13/1995 den Begriff der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ wörtlich aus den Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 übernehme. 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 zu erheben sei, bevor eine Handlung ausgesetzt werden könne.
- ²⁵ Nach einer Zusammenkunft von Vertretern der zuständigen spanischen Behörden und der Kommission im Oktober 1997 sandten die spanischen Stellen der Kommission am 30. Januar 1998 ein weiteres Schreiben, mit dem sie ihre bereits in ihrem Antwortschreiben vom 9. Oktober 1996 dargelegte Auffassung uneingeschränkt aufrechterhielten.
- ²⁶ Bei einem weiteren Treffen im Oktober 1998 und anschließend mit Schreiben vom 14. Januar 1999 bekräftigten die spanischen Behörden ihren Standpunkt sowohl zum Anwendungsbereich der spanischen Regelung als auch zu den vorläufigen Maßnahmen. Zur Frage der anfechtbaren Handlungen verwiesen sie auf das Gesetz 29/1998, mit dem die für Verfahrenshandlungen geltende Regelung teilweise geändert worden sei.
- ²⁷ Am 2. Februar 1999 unterrichteten die spanischen Behörden die Kommission schließlich offiziell über die Gesetze 29/1998 und 4/1999. Nach einer Prüfung dieser neuen Vorschriften kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass das Königreich Spanien die Verstöße gegen die Richtlinie 89/665 nicht ausgeräumt habe, und richtete daher am 25. August 1999 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an es; darin forderte sie das Königreich Spanien auf, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um der Stellungnahme binnen zwei Monaten nach Zustellung nachzukommen.

- 28 Die spanische Regierung beantwortete die mit Gründen versehene Stellungnahme durch Schreiben vom 8. November 1999, mit dem sie die Ausführungen der Kommission zurückwies.
- 29 Daraufhin hat die Kommission die vorliegende Klage erhoben.

Entscheidungsgründe

Zur Umsetzung der Richtlinie 89/665 hinsichtlich ihres persönlichen Anwendungsbereichs

Vorbringen der Parteien

- 30 Die Kommission weist zunächst darauf hin, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien in innerstaatliches Recht, um deren einheitliche Auslegung und Anwendung in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu gewährleisten, den Wortsinn und die Begriffe der Richtlinien beachten müssten. Demgemäß hätten die spanischen Behörden dem Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ in den Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 die Bedeutung zu verleihen, die ihm im Gemeinschaftsrecht zukomme.
- 31 Diese Richtlinien erwähnten in keiner Weise den — öffentlichen oder privaten — Status, mit dem Einrichtungen des öffentlichen Rechts ausgestattet seien, und auch nicht die dafür vorgesehene Rechtsform, sondern sie legten Gewicht auf andere Gesichtspunkte wie etwa den Zweck, für den die betreffende Einrichtung gegründet worden sei. Nach der funktionellen Auslegung, die der

Gerichtshof dem Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ und dementsprechend dem der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ in ständiger Rechtsprechung gegeben habe, umfasse der letztgenannte Begriff auch kommerzielle Unternehmen unter öffentlicher Kontrolle, sofern sie den in Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der genannten Richtlinien niedergelegten Voraussetzungen entsprächen; auf die Rechtsform einer Einrichtung komme es nicht an.

- ³² Wenn Artikel 1 des Gesetzes 13/1995 auch wörtlich den Text der entsprechenden Bestimmungen der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 aufgreife, unterscheide er sich von diesen doch wesentlich darin, dass er privatrechtliche Einrichtungen vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausschließe. Denn das Gesetz 13/1995 statuiere hinsichtlich der Art der Gründung dieser Einrichtungen eine zusätzliche, im Gemeinschaftsrecht nicht vorgesehene Voraussetzung, nämlich die, dass die betreffende Einrichtung öffentlich-rechtlich organisiert sein müsse.
- ³³ Dieser sich aus Artikel 1 Absatz 3 des Gesetzes 13/1995 ergebende Ausschluss werde bestätigt durch den Sechsten Nachtrag zu diesem Gesetz, der allein deshalb vorgenommen worden sei, weil die Aufträge, auf die er sich beziehe, dem Anwendungsbereich des Gesetzes 13/1995 andernfalls vollständig entzogen wären.
- ³⁴ Da privatrechtliche Einrichtungen vom Anwendungsbereich der spanischen Regelung für das öffentliche Auftragswesen ausgenommen seien, würden sie auch nicht von den Verfahrensvorschriften für die Auftragsvergabe und somit auch nicht von dem Nachprüfungsysteem des öffentlichen Auftragswesens erfasst. Dieser Ausschluss verstöße gegen die Bestimmungen der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37, die deren Anwendungsbereich definierten, und gegen die Richtlinie 89/665, denn er verhindere, dass die darin vorgesehenen Verfahrensgarantien eingreifen könnten. Im Ergebnis sei deshalb die Richtlinie 89/665 nicht ordnungsgemäß in die spanische Rechtsordnung umgesetzt worden; diese gewährleiste die in der Richtlinie vorgesehenen Rechtsbehelfe der Nachprüfung nicht für den gesamten persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie.

- 35 Die spanische Regierung macht in erster Linie geltend, dass diese Rüge offensichtlich unbegründet sei. Die Kommission werfe ihr zwar einen Verstoß gegen die Richtlinie 89/665 vor, beziehe sich aber keineswegs auf diese, sondern auf den persönlichen Anwendungsbereich anderer, nämlich der materiell-rechtlichen Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge. In Wirklichkeit bemängle die Kommission damit die Umsetzung des Artikels 1 der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 und nicht die der Richtlinie 89/665, deren Verletzung sie behauptet.
- 36 So seien zum einen in der Richtlinie 89/665 keine Verfahrensvorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge enthalten, womit diese Richtlinie aber auch den persönlichen Anwendungsbereich dieser Verfahrensregeln, die in den Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 niedergelegt seien, nicht definiere. Zum anderen komme die Richtlinie 89/665 in einem späteren Stadium zum Zuge, denn sie bestimme, dass die Mitgliedstaaten im Fall von Verstößen gegen die Richtlinien über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge wirksame und rasche Nachprüfungsverfahren vorsehen müssten. Wenn der Gerichtshof dem fraglichen Klagevorbringen folgte, hätte er hier deshalb die ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie 89/665 zu prüfen, obwohl diese nicht den Bereich regele, für den die Kommission eine fehlerhafte Umsetzung rüge. Die spanische Regierung meint, dass die Kommission ein gesondertes Verfahren hätte einleiten müssen, um zu prüfen, ob das Königreich Spanien die Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 ordnungsgemäß umgesetzt hätte, denn es seien diese Richtlinien, die die Tatbestände und Regeln zur Abgrenzung ihres persönlichen Anwendungsbereichs enthielten.
- 37 Hilfsweise macht die spanische Regierung geltend, dass der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 ordnungsgemäß umgesetzt worden sei.
- 38 Die Auslegung des Begriffes „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ sei in den verschiedenen Mitgliedstaaten nicht einheitlich, so dass es für diese Frage keine definitive Lösung allgemeiner Art gebe. Um zu entscheiden, ob eine bestimmte Einrichtung die Voraussetzungen erfülle, die sie in den persönlichen Anwendungsbereich dieser Richtlinien fallen ließen, sei daher eine umfassende Prüfung des Einzelfalls notwendig.

- 39 Insoweit sei darauf hinzuweisen, dass sich der in den Richtlinien verwendete Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ auf eine Stelle des öffentlichen Rechts beziehe und dass in der spanischen Rechtsordnung die Begriffe „Stelle des öffentlichen Rechts“ und „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ unterschiedslos verwendet würden.
- 40 Weiterhin erfasse der in den Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 verwendete Begriff der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ nicht die unter öffentlicher Kontrolle stehenden kommerziellen Unternehmen, und dass die Richtlinie 93/38 zwischen diesem Begriff, der für alle vier Richtlinien identisch sei, und dem des „öffentlichen Unternehmens“, dessen Definition dem „öffentlichen kommerziellen Unternehmen“ entspreche, unterscheide, zeige, dass es sich um zwei unterschiedliche Begriffe handele.
- 41 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.
- 42 Denn man könne wohl schwerlich den gewerblichen Charakter bestreiten, der gewerblichen Unternehmen oder den von ihnen wahrgenommenen Aufgaben zukomme, denn diesen Charakter hätten sie in jeder Hinsicht. Insoweit zu beachten seien erstens ihre Rechtsform, die privatrechtlicher Art sei, weiterhin das für ihre Tätigkeit geltende Recht, nämlich das Handelsrecht, der Umstand, dass diese Unternehmen von jeher eine kommerzielle Tätigkeit ausgeübt hätten, und schließlich ihr Zweck, nämlich eine Gewinnerzielungsabsicht, die anderer Art sei als das Allgemeininteresse, dem öffentlich-rechtlichen Vereinigungen, Stiftungen und Einrichtungen dienten und das niemals die privaten Interessen der Gesellschafter berühre.

- 43 Die Kommission hält dem Vorbringen der spanischen Regierung, wonach ihre erste Rüge offensichtlich unbegründet sei, entgegen, dass die Richtlinie 89/665 ihren Anwendungsbereich in ihrem Artikel 1 Absatz 1 selbst definiere, und zwar unter Verweis auf den Anwendungsbereich der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37. Um den Anwendungsbereich der Richtlinie 89/665 zu umschreiben, hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber zwar auch die erforderlichen Bestimmungen der anderen drei Richtlinien in der Richtlinie 89/665 wiederholen können. Dass er dies nicht getan habe, sondern sich, um die Richtlinie 89/665 nicht zu überfrachten, einer anderen Technik bedient habe, lasse sich nicht anführen, um den Gerichtshof an einer Nachprüfung der Umsetzung dieser Richtlinie in das spanische Recht zu hindern.
- 44 Was die angeblich in der Richtlinie 93/38 getroffene Unterscheidung zwischen den Begriffen „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ und „öffentliche Unternehmen“ betreffe, so sei festzustellen, dass diese Richtlinie nicht den — in allen vier fraglichen Richtlinien einheitlich verwendeten — Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts erläutere, sondern den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen auf bestimmte, von den Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 nicht eingeschlossene Sektoren (Wasser, Energie, Transport und Telekommunikation) erstrecke, um bestimmte Einrichtungen mit einem bedeutenden Tätigkeitsfeld in diesen Sektoren einzubeziehen, nämlich öffentliche Unternehmen und Unternehmen mit behördlich verliehenen Ausschließlichkeits- oder Sonderrechten. Es sei auch daran zu erinnern, dass sich der Begriff des öffentlichen Unternehmens stets von dem der Einrichtung des öffentlichen Rechts unterschieden habe, da Letztere geschaffen würden, um speziell im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, während öffentliche Unternehmen mit ihrer Tätigkeit eben gewerblichen Aufgaben nachgingen.
- 45 Soweit die spanische Regierung schließlich geltend mache, die Entscheidung, ob eine Einrichtung die Anwendungsvoraussetzungen der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 erfülle, sei anhand einer Einzelfallprüfung zu treffen, sei hervorzuheben, dass jedenfalls nicht, wie es aber im spanischen Recht gehandhabt worden sei, von vornherein ein ganzer Kreis von Einrichtungen, nämlich alle privatrechtlichen Einrichtungen, die die drei in den vorgenannten Richtlinien genannten Voraussetzungen erfüllten, vom Anwendungsbereich der Richtlinie 89/665 ausgenommen werden dürften, selbst wenn dies vorbehaltlich einer Prüfung des Einzelfalls geschehe.

- ⁴⁶ Diese Auslegung entspreche im Übrigen der Systematik der fraglichen Vorschriften. Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber nämlich den fehlenden gewerblichen Charakter auf die Rechtsform der Einrichtung und nicht auf das von ihr verfolgte Interesse beziehen wollen, so wäre die Formulierung „die nicht gewerblicher Art sind“ nicht in den Gedankenstrich über die zu erfüllenden Aufgaben, sondern als unmittelbare Kennzeichnung der Einrichtung selbst in die Zeile davor eingerückt worden.

Würdigung durch den Gerichtshof

- ⁴⁷ Es ist unstreitig, dass nach Artikel 1 Absatz 3 des Gesetzes 13/1995 in Verbindung mit dem Sechsten Nachtrag zu diesem Gesetz öffentliche Einrichtung mit privatrechtlicher Rechtsform, die in der spanischen Rechtsordnung eine aus kommerziellen Unternehmen unter öffentlicher Kontrolle bestehende Kategorie bilden, vom Anwendungsbereich der spanischen Regelung über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge und damit auch der Regelung über die Nachprüfungsverfahren im öffentlichen Auftragswesen ausgenommen sind.
- ⁴⁸ Um festzustellen, ob mit diesem Ausschluss Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 ordnungsgemäß umgesetzt wurde, ist daher zu prüfen, ob der in dieser Bestimmung verwendete Begriff der „Vergabebehörde“ oder des „öffentlichen Auftraggebers“ nur, wie die spanische Regierung geltend macht, dem öffentlichen Recht unterstehende Einrichtungen erfasst oder ob darunter auch Einrichtungen mit privatrechtlicher Rechtsform fallen können.
- ⁴⁹ Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Richtlinie 89/665, wie aus ihrer ersten und zweiten Begründungserwägung hervorgeht, die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene vorhandenen Mechanismen zur Durchsetzung der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge stärken soll, vor allem für das Verfahrensstadium, in dem Verstöße noch beseitigt werden können. So sind die Mitgliedstaaten nach Artikel 1 Absatz 1 der

Richtlinie verpflichtet, sicherzustellen, dass in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, die in den Anwendungsbereich der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 fallen, die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nachgeprüft werden können.

- 50 Da die Richtlinie 89/665 für Nachprüfungsverfahren gilt, die gegen unter die Richtlinie 92/50, 93/36 und 93/37 fallende Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber eingeleitet werden, ist der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie 89/665 notwendig mit dem dieser anderen drei Richtlinien deckungsgleich.
- 51 Um festzustellen, ob die zur Durchführung von Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 erlassene spanische Regelung eine ordnungsgemäße Umsetzung des in diesem Artikel enthaltenen Begriffes der „Vergabebehörde“ oder des „öffentlichen Auftraggebers“ gewährleistet, sind deshalb die Definition dieses Begriffes und insbesondere die des Begriffes „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ heranzuziehen, die sich, im Wesentlichen wortgleich formuliert, in Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 finden.
- 52 Der Gerichtshof hat zu Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37 bereits festgestellt, dass eine Einrichtung nur dann als eine Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne dieser Bestimmung eingestuft werden kann, wenn sie alle drei dort genannten Tatbestandsmerkmale aufweist, nämlich ihre Gründung zu dem besonderen Zweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, Rechtspersönlichkeit und eine enge Verbindung mit dem Staat, Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts (Urteil vom 15. Januar 1998 in der Rechtssache C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., Slg. 1998, I-73, Randnrn. 20 und 21).
- 53 Ferner hat der Gerichtshof wiederholt entschieden, dass im Licht der doppelten Zielsetzung einer Öffnung für den Wettbewerb und der Transparenz, die mit den Richtlinien zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge

verfolgt wird, der Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ funktionell auszulegen ist (u. a. Urteile vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache C-237/99, Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-939, Randnrn. 41 bis 43, und vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-470/99, Universale-Bau u. a., Slg. 2002, I-11617, Randnrn. 51 bis 53). Der Gerichtshof hat mit Blick auf diese doppelte Zielsetzung auch klargestellt, dass dieser Begriff in einem weiten Sinne aufzufassen ist (Urteil vom 27. Februar 2003 in der Rechtssache C-373/00, Adolf Truley, Slg. 2003, I-1931, Randnr. 43).

- 54 Geleitet von diesen Erwägungen hat sich der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung für die etwaige Einstufung verschiedener privatrechtlich organisierter Institutionen als Einrichtungen des öffentlichen Rechts ausschließlich auf die Nachprüfung beschränkt, ob die fragliche Institution die drei kumulativen Tatbestandsmerkmale des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 erfüllt, während er ihre Gründungsmodalitäten insoweit für irrelevant erachtete (in diesem Sinne u. a. Urteile Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., Randnrn. 6 und 9, vom 10. November 1998 in der Rechtssache C-360/96, BFI Holding, Slg. 1998, I-6821, Randnrn. 61 und 62, und Kommission/Frankreich, Randnrn. 50 und 60).
- 55 Aus diesen in der Rechtsprechung des Gerichtshofes entwickelten Grundsätzen folgt, dass die privatrechtliche Rechtsform einer Einrichtung kein Kriterium ist, das deren Einstufung als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 und damit auch des Artikels 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 ausschließen könnte.
- 56 Es ist weiterhin hervorzuheben, dass die praktische Wirksamkeit sowohl der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 als auch der Richtlinie 89/665 nicht uningeschränkt gewährleistet wäre, wenn eine Einrichtung, die die drei vorgenannten Tatbestandsmerkmale erfüllt, bereits dadurch der Anwendung dieser Richtlinien entzogen werden könnte, dass sie in der für sie geltenden nationalen Rechtsordnung nach ihrer Rechtsform und der für sie einschlägigen Regelung dem Privatrecht untersteht.

- 57 Demnach kann der Begriff der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ in Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 nicht dahin ausgelegt werden, dass es den Mitgliedstaaten freistünde, kommerzielle Gesellschaften unter öffentlicher Kontrolle von vornherein vom persönlichen Anwendungsbereich dieser Richtlinien und damit auch der Richtlinie 89/665 auszunehmen.
- 58 Diesem Ergebnis lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass hiermit der gewerbliche Charakter der von diesen Gesellschaften erfüllten, im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben verkannt werde, denn dieser Gesichtspunkt wird notwendig berücksichtigt, um zu prüfen, ob die Einrichtung der in Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 erster Gedankenstrich der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 festgelegten Voraussetzung entspricht.
- 59 Ebenso wenig steht es diesem Ergebnis entgegen, dass in den Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 nicht ausdrücklich auf die spezielle Kategorie der „öffentlichen Unternehmen“ Bezug genommen wird, die dagegen in der Richtlinie 93/38 verwendet wird. Insoweit genügt der Hinweis, dass für Nachprüfungsverfahren, die gegen Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber im Rahmen der Richtlinie 93/38 eingeleitet werden, die Richtlinie 92/13 gilt, nicht aber die Richtlinie 89/665.
- 60 Nach alledem wird mit der fraglichen spanischen Regelung der in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 verwendete Begriff der „Vergabebehörde“ oder des „öffentlichen Auftraggebers“, der in Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 definiert wird, nicht ordnungsgemäß umgesetzt, soweit mit dieser Regelung privatrechtliche Gesellschaften von vornherein vom persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 89/665 ausgenommen werden.
- 61 Demnach greift die erste Rüge der Kommission durch.

Zur Umsetzung des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie 89/665

Vorbringen der Parteien

- 62 Die Kommission macht geltend, der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie 89/665 sei dadurch unzulässig eingeschränkt worden, dass die spanischen Vorschriften über die Nachprüfungsverfahren, nämlich Artikel 105 des Gesetzes 30/1992 und Artikel 25 Absatz 1 des Gesetzes 29/1998 eine Anfechtung bestimmter rechtswidriger Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber ausschlössen. Sie beschränkten insbesondere die Möglichkeit der Anfechtung von Verfahrensakten, also von Handlungen der Verwaltung, mit denen ein Verwaltungsverfahren nicht abgeschlossen werde. Der Gerichtshof habe jedoch im Urteil vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache C-81/98 (Alcatel Austria u. a., Slg. 1999, I-7671) bestätigt, dass die Richtlinie 89/665 insoweit keine Ausnahme vorsehe.
- 63 Die Kommission verweist in diesem Zusammenhang auf Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 2 Absätze 1 Buchstabe b und 8 der Richtlinie 89/665, die verlangten, dass jede behauptete rechtswidrige Maßnahme einer wirksamen und vor allem möglichst raschen Nachprüfung unterzogen werden könne.
- 64 Der erste Teil dieser Formulierung („eine behauptete rechtswidrige Maßnahme“) sei dahin zu verstehen, dass er alle behaupteten rechtswidrigen Handlungen und nicht nur endgültige Handlungen betreffe. Überdies führe der zweite Teil der Formulierung („wirksam und vor allem möglichst rasch ... nachgeprüft werden können“) zwingend zu dem Schluss, dass die Möglichkeit, auch Verfahrenshandlungen anzufechten, eine der besten Vorkehrungen sei, um eine wirksame und rasche Nachprüfung zu gewährleisten; denn abzuwarten, bis das Ergebnis des Vergabeverfahrens vorliege, wäre das sicherste Mittel, um die Wirksamkeit und Zügigkeit der durch die Richtlinie 89/665 vorgesehenen Nachprüfung abzuschwächen oder sogar zu beseitigen.

- 65 Die Kommission verweist als Beispiel auf ein zu einem Verhandlungsverfahren ergangenes Urteil des spanischen Tribunal Supremo vom 28. November 1994, mit dem entschieden worden sei, dass die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, von Unternehmen, die ein Angebot abgegeben hätten, zu dessen Vervollständigung zusätzliche Unterlagen anzufordern, nicht angefochten werden könne, da seine Rechtswidrigkeit im Verfahren zur Nachprüfung der das Verhandlungsverfahren abschließenden, endgültigen Handlung geltend gemacht werden könne. Dass die Anforderung von Unterlagen als Verfahrenshandlung eingestuft werde, habe so zur Folge, dass sie nur dann anfechtbar sei, wenn das betreffende Unternehmen mangels Einreichung der angeforderten zusätzlichen Unterlagen vom Verfahren ausgeschlossen werde. Die Kommission betont, dass dieses Unternehmen aber auch dann, wenn es nicht vom Verfahren ausgeschlossen werde, gegenüber anderen bietenden Unternehmen in eine Position der Schwäche geraten könne, und dass ihm deshalb gegen die Aufforderung zur Einreichung zusätzlicher Unterlagen ein Rechtsbehelf zur Verfügung stehen müsse.
- 66 Die spanische Regierung weist diese Rüge mit der Begründung zurück, dass die Kommission eine Vertragsverletzung nicht nachgewiesen habe. Die Kommission habe einfach verlangt, dass die Unterscheidung zwischen endgültigen Handlungen und Verfahrenshandlungen abgeschafft werde, ohne auch nur ein einziges Beispiel dafür anzuführen, dass diese Unterscheidung die Zwecksetzung der Richtlinie 89/665 tatsächlich vereitele; damit sei sie aber auch den Beweis schuldig geblieben, dass die spanischen Rechtsvorschriften es verhindern könnten, dass die Richtlinie 89/665 ihren Zweck erreiche.
- 67 Die Auffassung der Kommission beruhe auf einer Verkennung des Begriffes der Verfahrenshandlung. Schon ihrer Definition nach bewirke eine Verfahrenshandlung keinen Schaden für den Betroffenen, sondern diene allenfalls der Vorbereitung einer Endentscheidung, die ihn begünstige oder beschwere. Eine Verfahrenshandlung impliziere damit keinerlei Stellungnahme, sondern sei Teil eines Verfahrens zur Herbeiführung einer Entscheidung. Umfasse eine Handlung, die dem Anschein nach eine Verfahrenshandlung sei, dagegen selbst eine Stellungnahme, so sei sie nicht länger eine Verfahrenshandlung im eigentlichen Sinne und könne durchaus angefochten werden.

- 68 Im Übrigen gälten die spanischen Rechtsvorschriften zur möglichen Anfechtung von Verfahrenshandlungen, die die Kommission anführe, nicht speziell für die Vergabe öffentlicher Aufträge, sondern für alle Verfahren. Diese Regelungstechnik, mit der verhindert werden solle, dass Verfahren durch sukzessive Einlagen und Rechtsbehelfe im Zusammenhang mit vorbereitenden Handlungen, die die Rechtsstellung der Beteiligten noch nicht endgültig berührten, gelähmt würden, sei nicht nur in der spanischen Rechtsordnung tief verwurzelt, sondern auch allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam.
- 69 Wie sich aus dem Urteil vom 18. März 1997 in der Rechtssache C-282/95 P (Guérin automobiles/Kommission, Slg. 1997, I-1503) ergebe, habe diese Überlegung im Übrigen auch in der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte selbst Ausdruck gefunden. So habe der Gerichtshof entschieden, dass der vorbereitende Charakter einer Handlung, gegen die eine Klage erhoben werde, ein Unzulässigkeitsgrund für die Nichtigkeitsklage sei, den der Gerichtshof von Amts wegen prüfen könne (Urteil vom 14. Februar 1989 in der Rechtssache 346/87, Bossi/Kommission, Slg. 1989, 303).
- 70 Nehme man als Beispiel das Recht der staatlichen Beihilfen, so sähen weder die Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen noch die Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (ABl. L 83, S. 1) ausdrücklich vor, dass bloße Verfahrenshandlungen, die keinerlei endgültige Rechtswirkung für die Beteiligten hätten, gesondert anfechtbar seien. Dennoch sei gegen die Entscheidung der Kommission über die Einleitung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG eine Klage grundsätzlich unzulässig, was aber die Klagegründe unberührt lasse, die gegen diese als Verfahrenshandlung einzustufende Entscheidung später zum Zeitpunkt der Klageerhebung gegen die Endentscheidung geltend gemacht werden könnten. Es habe folglich kein Grund dafür bestanden, in die Richtlinie 89/665 diese elementare Unterscheidung einzuführen, dank deren alle Systeme behördlicher oder gerichtlicher Rechtsbehelfe funktionieren könnten.
- 71 Überdies habe die Kommission nichts dafür angeführt, dass die Kriterien, die das Tribunal Supremo im von der Kommission zitierten Urteil angewandt habe, dem

Zweck der Richtlinie 89/665 zuwiderliefen. Das Tribunal Supremo habe in der Entscheidung erläutert, dass die Anforderung zusätzlicher Unterlagen eine Verfahrenshandlung sei, da sie die Ausschreibung nicht abschließe, sondern lediglich die Vergabeentscheidung vorbereite. Im dortigen Fall sei der endgültige Zuschlag angefochten worden, weil das bietende Unternehmen die von der Verwaltung angeforderten Unterlagen nicht vorgelegt habe. Nach den Angaben der Verwaltung seien aber die fehlenden Unterlagen nicht unerlässlich gewesen, und ihr Fehlen sei als ein heilbarer Mangel betrachtet worden. Hinsichtlich der Entscheidung sei zusätzlich zu beachten, dass im Verhandlungsverfahren, das nicht öffentlich sei und in dem es kein Stadium des Ausschlusses von dem Verfahren gebe, für eine etwaige Klage nur die endgültige Entscheidung über den Zuschlag zähle; dies ergebe sich aus dem Wesen des Verfahrens selbst, weshalb zwischen Verfahrenshandlungen und endgültigen Handlungen nicht zu unterscheiden sei.

- ⁷² Die Kommission hält das Argument der spanischen Regierung, wonach die fehlende Möglichkeit einer Anfechtung von Verfahrenshandlungen eine tief in der spanischen Rechtsordnung wurzelnde und den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten gemeinsame Regelungstechnik sei, für unzulässig, da damit eine Richtlinie unter Heranziehung der nationalen Rechte ausgelegt werden solle. Der sachliche Anwendungsbereich der in der Richtlinie 89/665 geregelten Nachprüfung werde aber durch die Richtlinie selbst und nicht durch nationale Vorschriften festgelegt. Andernfalls würde die Richtlinie in den verschiedenen Mitgliedstaaten nicht einheitlich angewandt, was der auf Gemeinschaftsebene angestrebten Harmonisierung ihre Wirksamkeit nehmen könne.
- ⁷³ Soweit sich die spanische Regierung auf die Rechtsprechung der Gemeinschaftgerichte zur Anfechtung von Kommissionsentscheidungen im Bereich des Wettbewerbsrechts und der staatlichen Beihilfen berufe, sei hervorzuheben, dass sie damit Urteile und Vorschriften anspreche, die keinen Zusammenhang zur Richtlinie 89/665 aufwiesen und somit auch nicht angeführt werden könnten, um zu belegen, dass die spanische Rechtsordnung mit dieser Richtlinie übereinstimme. Insoweit sei zu unterstreichen, dass eine Rechtsordnung mehrere verschiedene Regelungen enthalte, die die Probleme, die sich im jeweiligen Regelungsbereich stellten, unterschiedlich lösten, und dass die Einheit der Rechtsordnung weder ihre Einheitlichkeit noch etwa bedeuten könne, dass der Wille des Auslegenden den des Gesetzgebers überlagere.

Würdigung durch den Gerichtshof

- ⁷⁴ Zunächst ist festzustellen, dass nach Artikel 107 des Gesetzes 30/1992 und Artikel 25 Absatz 1 des Gesetzes 29/1998 Verfahrenshandlungen nur dann mit einem Rechtsbehelf bei der Verwaltung oder mit der verwaltungsgerichtlichen Klage angefochten werden können, wenn sie unmittelbar oder mittelbar eine Entscheidung in der Sache enthalten, die Fortführung des Verfahrens oder eine Verteidigung unmöglich machen oder Ansprüche oder berechtigte Interessen irreparabel beeinträchtigen.
- ⁷⁵ Unstreitig wirken sich diese Bestimmungen dahin aus, dass Verfahrenshandlungen vom sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 89/665 ausgenommen sind, sofern sie nicht eine der vorgenannten Voraussetzungen erfüllen.
- ⁷⁶ Da die Richtlinie 89/665 nicht ausdrücklich definiert, welche Tragweite dem Begriff der „Entscheidungen der Vergabebehörden“ in ihrem Artikel 1 Absatz 1 zukommt, ist die Frage, ob Verfahrenshandlungen, die keine der vorgenannten Voraussetzungen erfüllen, Entscheidungen sind, deren mögliche Nachprüfung im Sinne der Richtlinie 89/665 die Mitgliedstaaten gewährleisten müssen, anhand des Zweckes der Richtlinie zu prüfen, wobei darauf zu achten ist, dass ihre praktische Wirksamkeit nicht beeinträchtigt wird.
- ⁷⁷ Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Richtlinie 89/665 nach ihrer sechsten Begründungserwägung und nach ihrem Artikel 1 Absatz 1 sicherstellen soll, dass in allen Mitgliedstaaten geeignete Verfahren geschaffen werden, um die Aufhebung von Entscheidungen, die die Vergabebehörden unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die entsprechenden einzelstaatlichen Umsetzungsvorschriften erlassen, und die Entschädigung der durch einen Verstoß Geschädigten zu ermöglichen.

- 78 Wie aus Artikel 1 Absätze 1 und 3 der Richtlinie hervorgeht, müssen die in ihr vorgesehenen Nachprüfungsverfahren zum einen wirksam sein und möglichst rasch verlaufen und zum anderen jedermann offen stehen, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte und dem durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.
- 79 Hierzu ist zum einen festzustellen, dass die spanische Regelung, wie oben in Randnummer 74 ausgeführt, es dem Betroffenen ermöglicht, nicht nur endgültige Handlungen anzufechten, sondern auch Verfahrenshandlungen, sofern sie unmittelbar oder mittelbar eine Entscheidung in der Sache enthalten, die Fortführung des Verfahrens oder eine Verteidigung unmöglich machen oder Ansprüche oder berechtigte Interessen irreparabel beeinträchtigen.
- 80 Zum anderen hat die Kommission nicht nachgewiesen, dass diese Regelung dem Einzelnen, der durch Verstöße gegen die einschlägigen Gemeinschafts- oder nationalen Vorschriften einen Schaden erleidet, keinen angemessenen gerichtlichen Rechtsschutz sichert.
- 81 Demnach ist die zweite Rüge der Kommission zurückzuweisen.

Zur Umsetzung der in der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Regelung über vorläufige Maßnahmen

Vorbringen der Parteien

- 82 Die Kommission macht geltend, dass die nationalen Vorschriften zur Umsetzung von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/665 in die spanische

Rechtsordnung, nämlich Artikel 111 des Gesetzes 30/1992 und die Artikel 129 bis 136 des Gesetzes 29/1998, kein von der Klageerhebung unabhängiges Eilverfahren gewährleisteten, in dem das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge oder der Vollzug jeder Entscheidung der Vergabebehörden ausgesetzt werden könne.

- 83 Insbesondere gebe es, sehe man vom Ausnahmefall des Artikels 136 Absatz 2 des Gesetzes 29/1998 ab, nach der spanischen Regelung keinerlei Möglichkeit, auch ohne Erhebung einer Klage zur Hauptsache vorläufige Maßnahmen zu erlassen. Wie aber im Urteil vom 19. September 1996 in der Rechtsache C-236/95 (Kommission/Griechenland, Slg. 1996, I-4459, Randnr. 11) festgestellt worden sei, müsse ein Erlass vorläufiger Maßnahmen unabhängig von einer vorherigen Klageerhebung möglich sein.
- 84 Weiter sei darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Rechtsbehelfe bei der Verwaltung als einzige vorläufige Maßnahme die Aussetzung des Vollzugs angeordnet werden könne. Aber auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren neigten die Richter der einstweiligen Anordnung dazu, keine andere Maßnahme als die Aussetzung des Vollzugs zu erlassen. Aus der ständigen Rechtsprechung des spanischen Tribunal Supremo ergebe sich, dass vorläufige Maßnahmen nichts in der Sache regeln dürften, da sie dem Ausgang des Verfahrens zur Hauptsache nicht vorgreifen dürften. Dieser Grundsatz der Neutralität vorläufiger Maßnahmen hinsichtlich des Streitgegenstands des Hauptsacheverfahrens habe jedoch zur Folge, dass der Richter der einstweiligen Anordnung entgegen dem Gebot des Artikels 2 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 nicht alle notwendigen Maßnahmen zur Behebung eines Verstoßes erlassen dürfe.
- 85 Die spanische Regierung bestreitet nicht, dass nach den Vorschriften sowohl für das Verwaltungsverfahren als auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren eine vorläufige Maßnahme nur nach vorheriger Klageerhebung und in keinem Fall unabhängig davon erlassen werden kann.

- 86 So hat sie zu Artikel 136 des Gesetzes 29/1998 klargestellt, dass nach dieser Vorschrift in den dort genannten Fällen vorläufige Maßnahmen zwar auch vor Erhebung einer Klage beantragt und erlassen werden könnten, dass sie aber nach der Vorschrift nicht von der Klage unabhängig seien, da der Betroffene innerhalb von zehn Tagen nach Zustellung der Entscheidung über den Erlass der vorläufigen Maßnahmen gegen die von ihm für rechtswidrig gehaltene Handlung zwingend Klage erheben müssen. Er habe dann die Bestätigung der vorläufigen Maßnahmen zu beantragen, die ohne seine Klageerhebung innerhalb der vorgeschriebenen Frist automatisch unwirksam würden.
- 87 Zur vom Gericht angeordneten Aussetzung des Vollzugs weist die spanische Regierung darauf hin, dass das Verwaltungsgerichtsverfahren nicht mit der Klageschrift, sondern mit einem einfachen Schriftstück eingeleitet werde, in dem die vorgenommene Handlung bezeichnet sein oder eine Untätigkeit der Verwaltung gerügt werden müsse; der Betroffene könne damit die Aussetzung des Vollzugs der Handlung beantragen, ohne notwendig eine Klageschrift abzufassen. Nach Erhebung der Klage fordere das befasste Gericht von der Behörde die Verwaltungsakten an, und erst nach ihrer Aushändigung an den Antragsteller zur Einsichtnahme beginne für ihn eine Frist für die Abfassung der Klageschrift und die Geltendmachung seiner Klagegründe.
- 88 Zu dem Umstand, dass die Rechtsvorschriften über die Aussetzung des Vollzugs im Verwaltungsverfahren eine derartige Möglichkeit nicht kennen, macht die spanische Regierung geltend, dass im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge ein Rechtsbehelf bei der Verwaltungsbehörde nur ganz ausnahmsweise erforderlich sei und dass für den unwahrscheinlichen Fall, in dem die behördlichen Rechtsbehelfe doch ausgeschöpft werden müssten, die Frist nach Artikel 111 Absatz 3 des Gesetzes 30/1992 außerordentlich kurz sei. Die in dieser Vorschrift enthaltene Regelung sei nämlich besonders fortschrittlich, denn nach ihr gelte, wenn die Behörde den Antrag auf Aussetzung des Vollzugs nicht binnen 30 Tagen ausdrücklich bescheide, die Aussetzung als gewährt.
- 89 Was die Berechtigung des Erfordernisses anbelange, gegen die Handlung, wegen deren Rechtswidrigkeit die Aussetzung des Vollzugs beantragt worden sei, im Wege der Klage vorzugehen, so sei zu berücksichtigen, dass die in Artikel 2

Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/665 genannten vorläufigen Maßnahmen eben deshalb als „vorläufig“ bezeichnet würden, weil sie das Ergebnis des Rechtsstreits durch Schaffung einer Übergangssituation bis zu seiner Beendigung absichern sollten, und dass die Richtlinie 89/665 stets davon ausgehe, dass die vorläufigen Maßnahmen von demjenigen beantragt würden, der sich gegen die Gültigkeit der Handlung wende. Folglich sei es sinnlos, für die vorläufigen Maßnahmen, wie es die Kommission tue, eine völlige Eigenständigkeit zu fordern, denn ihrer Definition nach sei jede vorläufige Maßnahme eine akzessorische Maßnahme.

- 90 Da verwaltungsgerichtliche Klagen bereits durch einfaches Schreiben anhängig gemacht werden könnten, sei es bei teleologischer Auslegung der Richtlinie 89/665 nicht vorstellbar, dass eine Klageerhebung dieser Art als ein Hemmnis oder Hindernis angesehen werden könne, denn der Betreffende könne die von ihm gewünschte vorläufige Maßnahme bereits vor der konkreten Darlegung der Klagegründe, die er gegen die für rechtswidrig gehaltene Handlung richte, beantragen und erwirken.
- 91 Auch aus den Artikeln 242 EG und 243 EG und aus Artikel 83 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes gehe hervor, dass der Antrag auf vorläufige Maßnahmen in der Gemeinschaftsrechtsordnung kein eigenständiger Rechtsbehelf, sondern ein akzessorischer Antrag zu einer Nichtigkeitsklage sei.
- 92 Was die Schlussfolgerungen der Kommission aus dem Urteil Kommission/Griechenland angehe, so ergäbe sich, falls die isolierte Feststellung des Gerichtshofes in Randnummer 11 dieses Urteils die ihr von der Kommission beigelegte Konsequenz haben sollte, aus der Richtlinie 89/665 die Anforderung, dass der Richter zum Erlass vorläufiger Maßnahmen befugt sein müsste, die von niemand beantragt worden seien. Selbst wenn außerdem das vom Gerichtshof verwendete Wort „Klage“ in einem technischen, eine Verfahrenshandlung bezeichnenden Sinn gebraucht worden sein sollte, heiße dies nicht, dass das Urteil die Auffassung der Kommission bestätige. Denn die von ihr geforderten eigenständigen Maßnahmen verlangten gleichfalls die Erhebung einer Klage bei einem Gericht. Jedenfalls aber habe der Gerichtshof in der Rechtssache Kommission/Griechenland über die Vertragsverletzung nicht in der Sache entschieden, da der beklagte Staat anerkannt habe, dass er die Vorschriften der Richtlinie 89/665 nicht in der Frist, die ihm in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt worden sei, in seine interne Rechtsordnung umgesetzt habe.

- 93 Was den möglichen Erlass positiver Maßnahmen betreffe, so sei durch das Gesetz 29/1998, wie dessen amtlicher Begründung und seinem Artikel 129 zu entnehmen sei, die Möglichkeit geschaffen worden, jede beliebige vorläufige Maßnahme einschließlich positiver Maßnahmen zu beantragen und zu erwirken; dabei sei es Sache des zuständigen Gerichts, festzulegen, welche Maßnahmen nach Maßgabe der Umstände angemessen seien. Ferner habe das spanische Tribunal Constitucional festgestellt, dass der Anspruch auf Erlass vorläufiger Maßnahmen unter das Grundrecht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz falle. So habe es insbesondere in einem Urteil vom 29. April 1993 zu einem Erlass, der deshalb mit der Klage angegriffen worden sei, weil er umfassendere Mindestdienstleistungen als erforderlich vorgesehen habe, die Feststellung getroffen, dass Artikel 24 der spanischen Verfassung, in der der Anspruch auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz niedergelegt sei, es dem Gericht erlaube, einen Erlass, der für den Fall eines Generalstreiks bestimmte Mindestdienstleistungen habe sicherstellen sollen, im Wege einer Sicherungsmaßnahme neu zu fassen.
- 94 Unverständlich sei schließlich das Argument der Kommission, wonach das Erfordernis, gleichzeitig mit einem Antrag auf vorläufige Maßnahmen auch die Rechtmäßigkeit einer Handlung der Vergabebehörde anzufechten, der Regelung ihre Wirksamkeit nehme, da doch jeder Antrag auf vorläufige Maßnahmen eine Prüfung in der Sache erfordere, auch wenn sie auf eine Prima-Facie-Beurteilung beschränkt sei.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 95 Es ist unstreitig, dass die spanische Regelung mit Ausnahme der in Artikel 136 Absatz 2 des Gesetzes 29/1998 genannten Fälle den Erlass vorläufiger Maßnahmen von der vorherigen Erhebung einer Klage zur Hauptsache abhängig macht.
- 96 Für die Prüfung, ob diese Regelung mit der Richtlinie 89/665 vereinbar ist, ist zunächst daran zu erinnern, dass nach der fünften Begründungserwägung der Richtlinie angesichts der Kürze der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge

Verstöße gegen das einschlägige Gemeinschaftsrecht oder gegen die entsprechenden nationalen Umsetzungsvorschriften, die sich in diesen Verfahren ereignen, mit Dringlichkeit behandelt werden müssen.

- ⁹⁷ Hierfür erlegt Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a dieser Richtlinie den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auf, den mit der Nachprüfung betrauten Stellen die Befugnis einzuräumen, so schnell wie möglich im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern; dazu gehören auch Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder den Vollzug jeder Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen.
- ⁹⁸ Im Urteil Kommission/Griechenland hatte der Gerichtshof Gelegenheit, die Tragweite dieser sich aus der Richtlinie 89/665 ergebenden Verpflichtungen näher zu umschreiben; dabei ging es um die Frage, ob mit der Richtlinie 89/665 eine nationale Regelung vereinbar ist, die zum einen den vorläufigen Rechtsschutz auf Verfahren zur Aussetzung des Vollzugs eines Verwaltungsakts beschränkte und zum anderen die Anordnung der Aussetzung von der Erhebung einer Nichtigkeitsklage gegen den angefochtenen Akt abhängig machte. In dem Urteil hat der Gerichtshof insbesondere festgestellt, dass die Mitgliedstaaten nach Artikel 2 der Richtlinie 89/665 ihren Nachprüfungsinstanzen allgemein die Befugnis übertragen müssen, unabhängig von einer vorherigen Klageerhebung vorläufige Maßnahmen zu erlassen, einschließlich Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen (Urteil Kommission/Griechenland, Randnr. 11).
- ⁹⁹ Insoweit ist festzustellen, dass die spanische Regelung, auch wenn nach ihr vorläufige Maßnahmen positiver Art erlassen werden können, deshalb nicht als eine Regelung betrachtet werden kann, die angemessenen vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz zur wirksamen Behebung etwaiger Verstöße der Vergabebehörden gewährt, weil sie im Allgemeinen als Voraussetzung für den Erlass einer vor-

läufigen Maßnahme gegen eine Entscheidung der Vergabebehörde die vorherige Erhebung einer Klage zur Hauptsache verlangt.

¹⁰⁰ Dieser Feststellung steht nicht entgegen, dass im Rahmen einer gerichtlich angeordneten Aussetzung des Vollzugs die Klage auch durch ein einfaches Schreiben erhoben werden kann und die Klageschrift erst nach dem Antrag auf Erlass der vorläufigen Maßnahme abgefasst zu werden braucht, denn auch das Erfordernis der vorherigen Erfüllung einer solchen Förmlichkeit kann nicht als mit den Vorschriften der Richtlinie 89/665, wie sie im Urteil Kommission/Griechenland näher erläutert sind, vereinbar gelten.

¹⁰¹ Die dritte Rüge der Kommission greift daher durch.

¹⁰² Nach alledem ist festzustellen, dass das Königreich Spanien gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 89/665 verstoßen hat, indem es nicht die erforderlichen Maßnahmen getroffen hat, um den Artikeln 1 und 2 dieser Richtlinie nachzukommen, insbesondere

- indem es es unterlassen hat, das System der durch diese Richtlinie gewährleisteten Nachprüfung auf die Entscheidungen privatrechtlicher Gesellschaften zu erstrecken, 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 Einrichtungen 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 Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind, und

- indem es die Möglichkeit, im Hinblick auf Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber vorläufige Maßnahmen zu erlassen, von der vorherigen Erhebung einer Klage gegen die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers abhängig gemacht hat.

¹⁰³ Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

Kosten

¹⁰⁴ Gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Gemäß Artikel 69 § 3 der Verfahrensordnung kann der Gerichtshof die Kosten teilen, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt. Da die Kommission mit einer Rüge unterlegen ist, sind ihr ein Drittel und dem Königreich Spanien zwei Drittel der Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Das Königreich Spanien hat gegen seine Verpflichtungen aus 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 in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verstößen, indem es nicht die erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um den Artikeln 1 und 2 dieser Richtlinie nachzukommen, insbesondere
 - indem es es unterlassen hat, das System der durch diese Richtlinie gewährleisteten Nachprüfung auf die Entscheidungen privatrechtlicher Gesellschaften zu erstrecken, 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 Einrichtungen 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 Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind, und

— indem es die Möglichkeit, im Hinblick auf Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber vorläufige Maßnahmen zu erlassen, von der vorherigen Erhebung einer Klage gegen die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers abhängig gemacht hat.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften trägt ein Drittel der Kosten des Verfahrens und das Königreich Spanien zwei Drittel.

Schintgen

Skouris

Macken

Colneric

Cunha Rodrigues

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 15. Mai 2003.

Der Kanzler

Der Präsident der Sechsten Kammer

R. Grass

J.-P. Puissocbet