

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
MICHAEL B. ELMER  
vom 8. Februar 1996 \*

Einleitung

1. In dieser Rechtssache hat die Kommission beantragt, festzustellen, daß die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge<sup>1</sup> in der Fassung der Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989<sup>2</sup> (nachstehend: Richtlinie) verstoßen hat, daß das Wasser- und Schiffsamt Emden einen öffentlichen Bauauftrag betreffend die Ausbaggerung der Unterems von Papenburg nach Oldersum im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* vergeben hat.

2. Die Bundesrepublik Deutschland hat nicht bestritten, daß das betreffende Vorhaben unter die Richtlinie fällt, hat aber Klageabweisung mit der Begründung beantragt, daß die Voraussetzungen des nachstehend zitierten Artikels 5 Absatz 3 Buchstabe c der Richtlinie erfüllt seien, so daß der Bauauftrag

im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung habe vergeben werden können.

Die einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften

3. Nach Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie haben die öffentlichen Auftraggeber für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge das „offene Verfahren“, das „nichtoffene Verfahren“ oder das „Verhandlungsverfahren“ anzuwenden.

Nach Artikel 5 Absatz 2 können die öffentlichen Auftraggeber in den näher bezeichneten Fällen Bauaufträge im Verhandlungsverfahren vergeben, vorausgesetzt, daß sie eine Vergabebekanntmachung veröffentlicht und die Bewerber nach bekannten Eignungskriterien ausgewählt haben.

\* Originalsprache: Dänisch.

1 — ABl. L 185, S. 5.

2 — ABl. L 210, S. 1.

In bestimmten Fällen können die öffentlichen Auftraggeber nach Artikel 5 Absatz

3 Bauaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben. Dies ist nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c u. a. möglich,

in Artikel 5 Absatz 2 genannten Fällen — im Wege eines Verhandlungsverfahrens vergeben wollen, ihre Absicht durch Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* mitteilen.

„soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die die betreffenden öffentlichen Auftraggeber nicht voraussehen konnten, es nicht zulassen, die in den offenen, den nichtoffenen oder den Verhandlungsverfahren gemäß Absatz 2 vorgeschriebenen Fristen einzuhalten. Die angeführten Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall den öffentlichen Auftraggebern zuzuschreiben sein“.

Artikel 14 regelt, welche Fristen die öffentlichen Auftraggeber bei den nichtoffenen Verfahren und den Verhandlungsverfahren im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 für den Eingang der Anträge auf Teilnahme festsetzen müssen. Diese Frist muß in der Regel mindestens 37 Tage betragen, gerechnet von dem Tag an, an dem die Bekanntmachung des Vorhabens an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften abgesandt wird. Nach Artikel 15 Absatz 1 kann jedoch, wenn aus Gründen der Dringlichkeit die in Artikel 14 vorgesehenen Fristen nicht eingehalten werden können, eine Frist von mindestens 15 Tagen festgesetzt werden.

Artikel 5 Absatz 4 bestimmt: „In allen anderen Fällen vergibt der öffentliche Auftraggeber seine Bauaufträge im offenen oder nicht-offenen Verfahren.“

4. Nach Artikel 12 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 8 der Richtlinie müssen die öffentlichen Auftraggeber in einer Anzeige im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* die wesentlichen Merkmale der Bauaufträge mitteilen, deren Vergabe sie beabsichtigen und die den in der Richtlinie festgelegten Schwellenwert überschreiten. Nach Artikel 12 Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 9 müssen die öffentlichen Auftraggeber, die einen Bauauftrag im Wege eines offenen oder eines nichtoffenen Verfahrens oder — in den

Nach Artikel 14 Absatz 3 beträgt bei den nichtoffenen Verfahren die von den öffentlichen Auftraggebern festzusetzende Frist für den Eingang der Angebote mindestens 40 Tage, gerechnet vom Tag der Absendung der schriftlichen Aufforderung zur Angebotsabgabe an, doch kann diese Frist nach Artikel 14 Absatz 4 auf 26 Tage verkürzt werden, wenn eine Bekanntmachung gemäß Artikel 12 Absatz 1 veröffentlicht wurde. In den in Artikel 15 Absatz 1 genannten Eilfällen kann die Frist weiter auf 10 Tage vom Tag der Absendung der Aufforderung an verkürzt werden.

## Sachverhalt

5. Im September 1989 wurde auf Antrag der Stadt Papenburg beschlossen, auf den Ausbau der Unterems für 6,80 m tiefgehende Schiffe der sogenannten Panamaklasse hinzuwirken. Dieser Ausbau wurde aufgrund der allgemeinen Verkehrsentwicklung als eine für die Region generell bedeutungsvolle Maßnahme angesehen, da sie der Förderung der Wirtschaftsstruktur des ansonsten strukturschwachen Gebietes diene.
6. 1990 stellte sich heraus, daß der größte Arbeitgeber in dem Raum, die Meyer-Werft, einen Vertrag über die Lieferung eines 6,80 m tiefgehenden Schiffes („Zenith“) zu einem Preis von etwa 500 Millionen DM geschlossen hatte. Dieses Schiff konnte nur überführt werden, wenn ein Teil der Unterems vertieft wurde. Für die Überführung des Schiffes war der 18. Februar 1992 bestimmt worden, für den eine Springtide erwartet wurde. Für den Fall der Nichteinhaltung dieses Überführungstermins mußte die Werft eine Vertragsstrafe von 80 000 USD pro Tag zahlen.
7. Das Wasser- und Schiffsamt Emden ist eine Dienststelle der Wasser- und Schiffsverwaltung des Bundes und war für die Durchführung der geplanten Vertiefung der Unterems zuständig. Der Plan für das Vorhaben mußte jedoch zunächst genehmigt werden. Die für das Planfeststellungsverfahren zuständige Behörde war die Wasser- und Schiffsdirektion Aurich.
8. Nach einer Reihe notwendiger Voruntersuchungen leitete die Wasser- und Schiffsdirektion Aurich am 5. November 1990 das Planfeststellungsverfahren mit dem Ziel ein, den Planfeststellungsbeschuß gegebenenfalls bis Ende Mai 1991 erlassen zu können. Am 11. April 1991 fand eine Erörterung des Vorhabens statt. Die Bezirksregierung Weser-Ems, deren Zustimmung für die Planfeststellung erforderlich war, erhob bei dieser Gelegenheit keine Einwände gegen das Vorhaben.
9. Das Wasser- und Schiffsamt Emden hatte die Absicht, die gesamten Bauarbeiten für die Vertiefung der Unterems im offenen Verfahren zu vergeben und veröffentlichte dementsprechend im Supplement zum *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* vom 20. April 1991 eine kurze Beschreibung der geplanten Arbeiten.
10. Ende Mai 1991 verweigerte die Bezirksregierung Weser-Ems aus ökologischen Gründen ihre endgültige Zustimmung zu der geplanten Vertiefung. Das Vorhaben einer dauerhaften Vertiefung der Unterems wurde deshalb bis auf weiteres aufgeschoben. Das Planfeststellungsverfahren für eine vorüber-

gehende Vertiefung eines Teils der Unterems zur Überführung des auf der Meyer-Werft gebauten Schiffes wurde jedoch fortgesetzt.

11. Auf die Anfrage eines nichtdeutschen Unternehmens, das um nähere Auskünfte über die am 20. April 1991 angekündigten Arbeiten gebeten hatte, teilte das Wasser- und Schiffsamt Emden am 30. Mai 1991 mit, daß das Unternehmen die Verdingungsunterlagen erst erhalten könne, wenn die Vergabebekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht worden sei. Am 19. Juni 1991 teilte das Amt diesem Unternehmen weiter mit, daß das geplante öffentliche Verfahren aus Zeitgründen nicht durchgeführt werden könne.

12. Statt dessen wurde am 21. Juni 1991 ein Verfahren eingeleitet, um den Auftrag über die vorübergehende Vertiefung eines Teils der Unterems im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Vergabebekanntmachung zu vergeben. In diesem Verfahren wurden sechs deutsche Firmen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Am 3. Juli 1991 erging der Planfeststellungsbeschluß über die vorübergehende Vertiefung eines Teils der Unterems. Dieser Beschluß trat am 15. August 1991 in Kraft, und am selben Tag wurde der Auftrag für die vorübergehende Vertiefung eines Teils der Unterems an eines der Unternehmen vergeben, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert worden waren.

13. Einen Tag vorher, am 14. August 1991, hatte die Kommission die Bundesregierung fernschriftlich darauf aufmerksam gemacht, daß nach ihrer Meinung die Voraussetzungen für eine Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung nicht erfüllt seien. Die Bundesregierung antwortete der Kommission mit Schreiben vom 2. September 1991, daß nach ihrer Ansicht die Voraussetzungen für eine Vergabe des Auftrags im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung im Sinne des Artikels 5 Absatz 3 Buchstabe c erfüllt seien.

14. Da die Kommission nicht die Ansicht teilte, daß das Vorhaben unter Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c falle, leitete sie mit Schreiben vom 12. November 1991 ein Vertragsverletzungsverfahren nach Artikel 169 des Vertrages ein. In ihrer Antwort vom 6. März 1992 auf dieses Schreiben verwies die Bundesregierung erneut auf Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c der Richtlinie. Die Kommission trug in ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 27. April 1993 noch einmal ihre Gesichtspunkte vor. Die Bundesregierung beantwortete diese Stellungnahme mit Schreiben vom 28. September 1993 und wies darauf hin, daß das angewandte Verfahren erforderlich gewesen sei, da das Vorhaben vor dem 18. Februar 1992, dem Überführungstermin für das von der Meyer-Werft gebaute Schiff, habe abgeschlossen sein müssen.

## Das Vorbringen der Parteien und meine Stellungnahme

15. Wie sich aus der Einleitung ergibt, hängt die Entscheidung, ob die Bundesrepublik Deutschland in dieser Sache wegen Verstoßes gegen ihre Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht zu verurteilen ist, davon ab, ob die Voraussetzungen des Artikels 5 Absatz 3 Buchstabe c der Richtlinie erfüllt sind. Sind sie erfüllt, war die Bundesrepublik berechtigt, den Auftrag für die betreffenden Bauarbeiten im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung zu vergeben. Waren die Voraussetzungen des Artikels 5 Absatz 3 Buchstabe c dagegen nicht erfüllt, durfte die Bundesrepublik den Auftrag nicht in dieser Weise vergeben und ist in diesem Fall entsprechend dem Antrag der Kommission zu verurteilen.

16. Ich werde deshalb im folgenden zu jeder einzelnen Voraussetzung des Artikels 5 Absatz 2 Buchstabe c die Argumente der Parteien behandeln und hierzu Stellung nehmen.

Zunächst möchte ich jedoch darauf hinweisen, daß die Möglichkeit, das Verhandlungsverfahren gemäß Artikel 5 Absätze 2 und 3 der Richtlinie anzuwenden, nach deren 16. Begründungserwägung „die Ausnahme darstellen [muß] und ... also nur in bestimmten,

genau festgelegten Fällen zur Anwendung gelangen“ darf. Die Bestimmung, die nun in Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c enthalten ist, war früher fast gleichlautend in Artikel 9 Buchstabe d der Richtlinie 71/305 enthalten. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Auslegung des früheren Artikels 9 Buchstabe d ist somit auf den jetzigen Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c anzuwenden.

Der Gerichtshof hat allgemein zu dem früheren Artikel 9<sup>3</sup> festgestellt,

„daß Artikel 9 der Richtlinie 71/305, der Ausnahmen von den Vorschriften zuläßt, die die Wirksamkeit der durch den EWG-Vertrag im Bereich der öffentlichen Bauaufträge eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, eng auszulegen ist und daß die Beweislast dafür, daß die außergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, demjenigen obliegt, der sich auf sie berufen will“.

Weiter hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 2. August 1993<sup>4</sup> folgende Feststellung getroffen:

„Die in Artikel 9 Buchstabe d der Richtlinie geregelte Ausnahme, nämlich die Befreiung

3 — Vgl. zuletzt Urteil vom 18. Mai 1995 in der Rechtssache C-57/94 (Kommission/Italien, Slg. 1995, I-1249, Randnr. 23).

4 — Rechtssache C-107/92 (Kommission/Italien, Slg. 1993, I-4655, Randnr. 12).

von der Pflicht zur Veröffentlichung einer Bekanntmachung über die Ausschreibung, greift nur ein, wenn kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind. Es müssen ein unvorhersehbares Ereignis, dringliche und zwingende Gründe, die die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen, und schließlich ein Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen, zwingenden Gründen gegeben sein.“

17. Die Bundesregierung macht geltend, es hätten „*dringliche, zwingende Gründe*“ vorgelegen, das Vorhaben vor dem 18. Februar 1992 fertigzustellen, da das von der Meyer-Werft gebaute Schiff „Zenith“ zu diesem Zeitpunkt habe überführt werden müssen. Bei einer Überschreitung dieses Termins hätte das betreffende Schiff nicht rechtzeitig geliefert werden können, so daß die Meyer-Werft, mit etwa 1 800 Beschäftigten der größte Arbeitgeber in dem Raum, an Ansehen verloren hätte und eine Vertragsstrafe hätte bezahlen müssen. Darüber hinaus seien es nicht nur Belange der Meyer-Werft, sondern auch die Belange des strukturschwachen Gebiets gewesen, die die Fertigstellung des Vorhabens vor dem 18. Februar 1992 erfordert hätten, weil die Nichteinhaltung der vertraglichen Verpflichtungen durch die Meyer-Werft langfristig wohl zur Folge gehabt hätte, daß die Werft hinsichtlich Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit in einen schlechten Ruf geraten wäre. Dies hätte zum Verlust von Aufträgen und damit zum Verlust von Arbeitsplätzen geführt. Im schlimmsten Fall hätte die Werft schließen müssen, was bedeutet hätte, daß das Gebiet seinen größten Arbeitgeber verloren hätte.

Die Kommission macht demgegenüber geltend, daß die von der deutschen Regierung angeführten Gründe nicht ausreichen, um „*dringliche, zwingende Gründe*“ im Sinne des Artikels 5 Absatz 3 Buchstabe c darstellen zu können. Zu den möglichen Folgen für das Gebiet hat die Kommission insbesondere darauf hingewiesen, daß für den Eintritt solcher Folgen keine Anhaltspunkte erkennbar seien.

18. Zunächst einmal wäre, wenn die geplante Vertiefung eines Teils der Unterems bis zum 18. Februar 1992 nicht fertiggestellt worden wäre, nach meiner Meinung die Folge gewesen, daß die Meyer-Werft ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht hätte einhalten können. Könnte ein Mitgliedstaat jedesmal, wenn ein Unternehmen aufgrund der verspäteten Durchführung von öffentlichen Arbeiten seine vertraglichen Verpflichtungen nicht einhalten könnte, von den Vergabeverfahren abweichen, wäre der Anwendungsbereich für Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c außerordentlich weit. Dies stünde nicht im Einklang damit, daß die Bestimmung eine Ausnahme ist, die nur in dem unbedingt notwendigen Umfang anwendbar ist. Der Wunsch eines Mitgliedstaats, einem Unternehmen bei der Einhaltung seiner Verpflichtungen behilflich zu sein, kann nach meiner Meinung somit allein nicht als ein „*dringlicher, zwingender Grund*“ für eine Abweichung von den festgelegten Vergabeverfahren angesehen werden.

19. Falls aber davon auszugehen wäre, daß die von der Bundesregierung genannten Folgen eingetreten wären, wenn das Vorhaben nicht bis zum 18. Februar 1991 durchgeführt

worden wäre, wären die Folgen der Fristüberschreitung außerordentlich ernst gewesen. Die Meyer-Werft liegt nach den Angaben der Bundesregierung in einer sogenannten strukturschwachen Region, in der sie mit 1 800 Arbeitsplätzen der größte Arbeitgeber ist. Darüber hinaus hängen den Angaben zufolge verschiedene Zulieferbetriebe mit etwa 1 700 Arbeitsplätzen von der Existenz der Werft ab. Ich habe volles Verständnis dafür, daß eine Regierung alles tut, was in ihrer Macht steht, um Arbeitsplätze zu retten, und es ist auch klar, daß man sowohl in Deutschland als auch in anderen Mitgliedstaaten an der Erhaltung der Schiffbauindustrie interessiert ist.

Die deutsche Regierung hat jedoch nach meiner Meinung nicht im einzelnen belegt, daß eine verspätete Durchführung des Vorhabens und der damit verbundene Verstoß der Meyer-Werft gegen ihre vertraglichen Verpflichtungen an sich zu einer Schließung der Werft und den daraus sich ergebenden ernstesten Folgen geführt hätten. Nach meiner Meinung kann man deshalb nicht davon ausgehen, daß die deutsche Regierung den ihr obliegenden Beweis erbracht hat, daß in unserem Fall tatsächlich „dringliche, zwingende Gründe“ vorgelegen haben.

20. Die deutsche Regierung hat im übrigen in dieser Sache nicht geltend gemacht, daß die Bauarbeiten notwendig gewesen seien, damit Werte nicht dadurch zerstört worden wären, daß das gebaute Schiff nicht hätte überführt werden können und deshalb hätte abgewrackt werden müssen. Es besteht deshalb kein Grund, näher darauf einzugehen, inwieweit dieser Gesichtspunkt im konkreten Fall zu der Annahme „dringlicher, zwingender Gründe“ im Sinne des Artikels 5 Absatz 3 Buchstabe c der Richtlinie hätte führen können.

21. Die Bundesregierung hielt auch die Voraussetzung für erfüllt, wonach die dringlichen, zwingenden Gründe, die die Einhaltung der in der Richtlinie für die Vergabeverfahren festgesetzten Fristen angeblich unmöglich machten, „mit Ereignissen, die die betreffenden öffentlichen Auftraggeber nicht voraussehen konnten“, zusammenhängen müssen. Das Wasser- und Schiffsamt Emden habe nämlich nicht vorhersehen können, daß die Bezirksregierung Weser-Ems die Zustimmung zu dem Vorhaben verweigern würde, da die Bezirksregierung bei der Erörterung des Vorhabens keine Einwände erhoben habe. Die Verweigerung der Zustimmung seitens der Bezirksregierung könne auch nicht *als ein Umstand angesehen werden, der dem öffentlichen Auftraggeber zuzuschreiben sei*, da die Bezirksregierung die Behörde eines Bundeslands sei, auf die das Wasser- und Schiffsamt Emden als Bundesbehörde keinen Einfluß habe nehmen können.

Die Kommission macht demgegenüber geltend, die Weigerung der Bezirksregierung Weser-Ems, der geplanten Vertiefung der Unterems endgültig zuzustimmen, könne nicht als ein Umstand angesehen werden, den der öffentliche Auftraggeber nicht habe vorhersehen können, da das Wasser- und Schiffsamt Emden die Möglichkeit einer solchen politischen Meinungsänderung hätte in Betracht ziehen müssen. Außerdem hätten die deutschen Behörden die zwingende Dringlichkeit durch ihr Verhalten selbst herbeigeführt, so daß es sich um Umstände handle, die dem öffentlichen Auftraggeber zuzuschreiben seien.

22. Ich möchte hierzu ausführen, daß es bei der Planung und Durchführung größerer öffentlicher Bauvorhaben eine Reihe verschiedener Umstände gibt, die zu berücksichtigen sind. Aufgrund dessen ist in den Mitgliedstaaten oft ein Genehmigungsverfahren für solche Pläne vorgesehen. Zweck solcher Verfahren ist, daß die zu berücksichtigenden öffentlichen und privaten Interessen den Behörden zur Kenntnis gelangen und gegeneinander abgewogen werden können. In dem Genehmigungsverfahren können alle möglichen Einwände vorgetragen werden. Es kann sein, daß das Genehmigungsverfahren ohne Probleme abläuft. Es kann aber auch sein, daß dies nicht der Fall ist. Ein öffentlicher Auftraggeber kann deshalb nicht von vornherein mit einem bestimmten Ausgang des Genehmigungsverfahrens rechnen.

23. Heutzutage spielen bei Bauarbeiten Umweltaspekte eine außerordentlich wichtige Rolle. Deshalb ist es bei jedem größeren öffentlichen Bauvorhaben höchst wahrscheinlich, daß während des Genehmigungsverfahrens aus ökologischen Gründen Einwände gegen das Vorhaben erhoben werden. Dies wird in vielen Fällen gründliche Erörterungen und Untersuchungen und gegebenenfalls Änderungen des Vorhabens oder sogar dessen Aufgabe notwendig machen.

Auch in der Gemeinschaft ist der Umwelt ein hoher Stellenwert eingeräumt worden; so ist z. B. die Richtlinie über die Umwelt-

verträglichkeitsprüfung<sup>5</sup> erlassen worden, wonach bei näher bezeichneten Bauarbeiten und anderen Vorhaben, die sich erheblich auf die Umwelt auswirken können, vor Genehmigung ihrer Durchführung eine Umweltverträglichkeitsprüfung vorzunehmen ist.

Ein Genehmigungsverfahren wird sehr oft politisch gewählte Organe einbeziehen, die nach einer Würdigung sämtlicher Aspekte des Vorhabens entscheiden müssen, ob sie diesem zustimmen können. Auch deshalb, weil Meinungs- und Mehrheitsänderungen zur politischen Wirklichkeit gehören, kann ein öffentlicher Auftraggeber erst dann sicher sein, das geplante Vorhaben durchführen zu können, wenn das Genehmigungsverfahren durchgeführt worden ist und die politischen Organe dem betreffenden Vorhaben endgültig und verbindlich zugestimmt haben.

24. Im vorliegenden Fall wußte das Wasser- und Schifffahrtsamt Emden von dem Zeitpunkt an, zu dem der Beschluß einer Vertiefung der Unterems getroffen war, daß ein Planfeststellungsverfahren durchgeführt werden mußte. Das Amt mußte sich somit die ganze Zeit über klar darüber gewesen sein, daß möglicherweise Einwände, z. B. aus ökologischen Gründen, gegen das Vorhaben erhoben würden und deshalb die Gefahr bestand, daß die Bezirksregierung dem Plan einer Vertiefung der Unterems letztlich ihre

5 — Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27. Juni 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. L 175, S. 40.

Zustimmung verweigern würde. Die Tatsache, daß die Bezirksregierung Weser-Ems bei einer anfänglichen Erörterung des Vorhabens keine Einwände äußerte, konnte deshalb nach meiner Meinung für das Wasser- und Schiffsahrtsamt Emden kein Grund sein, die Möglichkeit auszuschließen, daß die Bezirksregierung in dem anschließenden Planfeststellungsverfahren ihre endgültige, gesetzlich bindende Zustimmung versagen würde.

25. Die Weigerung der Bezirksregierung Weser-Ems, der geplanten Vertiefung der Unterems ihre endgültige Zustimmung zu erteilen, kann deshalb nicht als ein „Ereignis, das die betreffenden öffentlichen Auftraggeber nicht voraussehen konnten“, angesehen werden.

26. Nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c Satz 2 dürfen die Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit außerdem nicht „den öffentlichen Auftraggebern zuzuschreiben sein“. Dadurch soll die Anwendung der Ausnahmebestimmung den Fällen vorbehalten sein, in denen Ereignisse, die die zwingende Dringlichkeit begründen, auf äußeren Umständen beruhen, d. h. auf Umständen, die außerhalb des Einwirkungsbereichs der Verwaltung des Mitgliedstaats liegen.

Aus den Ausführungen unter Nummer 24 ergibt sich, daß die angebliche Notwendigkeit, auf das Verfahren des Artikels

5 Absatz 3 Buchstabe c zurückzugreifen, dadurch entstanden war, daß der öffentliche Auftraggeber nicht mit der Möglichkeit gerechnet hatte, daß die Bezirksregierung die erforderliche Zustimmung verweigert, so daß eine vorübergehende Vertiefung eines Teils der Unterems vorgenommen werden mußte. Es läßt sich also sagen, daß das eigene Verhalten des öffentlichen Auftraggebers die eigentliche Ursache dafür war, daß die allgemeinen Vergabeverfahren nicht angewandt werden konnten.

Außerdem kann nach meiner Meinung innerhalb eines Mitgliedstaats keine Trennlinie zwischen der Behörde, die im konkreten Fall der öffentliche Auftraggeber ist, und anderen Behörden des Mitgliedstaats gezogen werden. Ein Mitgliedstaat muß — ob er nun föderal aufgebaut ist oder nicht — mit sämtlichen Behörden in diesem Staat gleichgesetzt werden. Ein Mitgliedstaat muß deshalb nach meiner Meinung für alle Handlungen eintreten, die von den verschiedenen Behörden in diesem Staat vorgenommen werden. Die eine Behörde kann sich nicht damit rechtfertigen, daß sie nicht weiß, was die andere Behörde tut oder beabsichtigt.

Die Voraussetzung des Artikels 5 Absatz 3 Buchstabe c Satz 2, wonach die Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit „auf keinen Fall den öffentlichen Auftraggebern zuzuschreiben sein“ dürfen, ist somit nach meiner Meinung ebenfalls nicht erfüllt.

27. Die letzte Voraussetzung für die Anwendung der Ausnahmebestimmung, nämlich daß dringliche, zwingende Gründe „*es nicht zulassen, die in den offenen, den nichtoffenen oder den Verhandlungsverfahren gemäß Absatz 2 vorgeschriebenen Fristen einzuhalten*“, ist nach Ansicht der deutschen Regierung erfüllt, da ein Vergabeverfahren nicht vor dem Inkrafttreten des Planfeststellungsbeschlusses, d. h. am 15. August 1991, habe eingeleitet werden können. Dieser Zeitpunkt fiel mit dem Zeitpunkt der Auftragsvergabe zusammen. Hilfsweise macht die Bundesregierung geltend, es sei nicht möglich gewesen, die Fristen des beschleunigten Verfahrens gemäß Artikel 15 Absatz 1 einzuhalten, da man erfahrungsgemäß über die in Artikel 15 festgesetzten 15 + 10 Tage, insgesamt 25 Tage, 14 Tage für die Prüfung der eingegangenen Anträge auf Teilnahme, 5 Tage für die Ortsbesichtigung und 28 Tage für die Prüfung der eingegangenen Angebote, alles in allem also 72 Tage, zur Durchführung des Verfahrens benötigt hätte.

28. Die Kommission macht demgegenüber geltend, daß dem öffentlichen Auftraggeber in jedem Fall die Einhaltung der Fristen, die in Artikel 15 Absatz 1 für dringliche Fälle festgelegt seien, möglich gewesen wäre, da das Wasser- und Schiffsamt Emden vom 21. Juni 1991, als sechs deutsche Firmen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurden, bis zum 15. August 1991, dem Tag der Vergabe des Auftrags, zur Durchführung des festgelegten Verfahrens 55 Tage zur Verfügung gehabt hätte.

29. Ich meine ebenso wie die Kommission, daß das Wasser- und Schiffsamt Emden das Vergabeverfahren am 21. Juni 1991 hätte

einleiten können. An diesem Tag leitete das Amt nämlich das umstrittene Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung auch rein tatsächlich ein. Wenn die Bundesrepublik bereits an diesem Tag dieses Verfahren in Gang setzte, ohne das Inkrafttreten des Planfeststellungsbeschlusses bezüglich der vorübergehenden Vertiefung eines Teils der Unterems abzuwarten, konnte nichts dagegen sprechen, ein Verfahren mit Vergabebekanntmachung durchzuführen, in dem die Durchführung des Vorhabens von dem Inkrafttreten des Feststellungsbeschlusses abhängig gemacht wurde.

30. Am 21. Juni 1991 standen für die Durchführung des Vergabeverfahrens 55 Tage zur Verfügung. Diese Anzahl Tage ist für die Durchführung des Dringlichkeitsverfahrens nach Artikel 15 Absatz 1 offensichtlich ausreichend, da über die genannten 15 + 10 Tage, insgesamt also 25 Tage, 30 Tage zur Verfügung standen, um u. a. die eingegangenen Anträge auf Zulassung und die Angebote zu prüfen.

Der Zeitaufwand, den die deutsche Regierung über die in Artikel 15 Absatz 1 verlangten 25 Tage hinaus als erforderlich angegeben hat, erscheint ohne weiteres größer als erforderlich. Die Bundesregierung hat zur Stützung ihrer Berechnung nur angeführt, daß diese auf langjährigen Erfahrungen hinsichtlich des Zeitbedarfs für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge beruhe.

Die Beweislast, daß die Durchführung des Dringlichkeitsverfahrens nach Artikel 15 Absatz 1 nicht möglich war, obliegt jedoch der deutschen Regierung; nach meiner Meinung hat sie unter den gegebenen Umständen nicht hinreichend dargetan, daß es nicht möglich gewesen war, ein Verfahren mit Vergabebekanntmachung innerhalb der 55 Tage durchzuführen, die vom 21. Juni 1991 bis zur Vertragsunterzeichnung am 15. August 1991, als der Planfeststellungsbeschluß in Kraft trat, zur Verfügung standen.

Dem Antrag der Kommission ist nach meiner Meinung somit stattzugeben, so daß festzustellen ist, daß die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen die Richtlinie verstoßen hat, daß das Wasser- und Schifffahrtsamt Emden einen öffentlichen Bauauftrag betreffend die Ausbaggerung der Unterems von Papenburg nach Oldersum im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* vergeben hat.

### Kosten

31. Zusammenfassend ist festzustellen, daß keine der Voraussetzungen, die in Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c für die Vergabe eines Auftrags im Verhandlungsverfahren ohne vorhergehende Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung aufgestellt sind, als erfüllt angesehen werden können.

32. Die Kommission hat beantragt, der Bundesrepublik Deutschland die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

### Entscheidungsvorschlag

33. Ich möchte deshalb dem Gerichtshof vorschlagen, wie folgt zu entscheiden:

1. Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge in der Fassung der Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 verstoßen, daß das Wasser- und Schifffahrtsamt Emden einen öffentlichen Bauauftrag betreffend die Ausbaggerung der Unterems von Papenburg nach Oldersum im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* vergeben hat.
2. Die Bundesrepublik Deutschland trägt die Kosten des Verfahrens.