

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Zweite Kammer)

3. April 2008 *

In der Rechtssache C-444/06

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Art. 226 EG, eingereicht am 26. Oktober 2006,

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch X. Lewis als Bevollmächtigten im Beistand von C. Fernandez Vicién und I. Moreno-Tapia Rivas, abogados, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Königreich Spanien, vertreten durch F. Díez Moreno als Bevollmächtigten, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagter,

* Verfahrenssprache: Spanisch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten C. W. A. Timmermans sowie der Richter L. Bay Larsen, K. Schiemann, J. Makarczyk (Berichterstatter) und P. Kūris,

Generalanwältin: E. Sharpston,
Kanzler: R. Grass,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

aufgrund des nach Anhörung der Generalanwältin ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

Urteil

- ¹ Mit ihrer Klage beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die Feststellung, dass das Königreich Spanien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b 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 durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 (ABl. L 209, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden:

Nachprüfungsrichtlinie) verstoßen hat, dass es keine verbindliche Frist für die Zustellung der Vergabeentscheidung durch die Vergabebehörden an alle Bieter vorsieht, dass es keine verbindliche Wartefrist zwischen der Vergabe des Auftrags und dem Abschluss des Vertrags vorsieht und dass es zulässt, dass ein aufgehobener Vertrag/Auftrag weiterhin Rechtswirkungen erzeugt.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

2 Art. 1 der Nachprüfungsrichtlinie 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 Bedingungen 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. Die Mitgliedstaaten können insbesondere verlangen, dass derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muss.“

3 Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 sieht vor:

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

- a) damit so schnell wie möglich im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern; dazu gehören Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen oder Maßnahmen der Durchführung jeder sonstigen Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber;
- b) damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann;
- c) damit denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann.“

4 Art. 2 Abs. 6 der Nachprüfungsrichtlinie bestimmt:

„Die Wirkungen der Ausübung der in Absatz 1 genannten Befugnisse auf den nach Zuschlagserteilung des Auftrags geschlossenen Vertrag richten sich nach dem einzelstaatlichen Recht.

Abgesehen von dem Fall, in dem eine Entscheidung vor Zuerkennung von Schadensersatz aufgehoben werden muss, kann ein Mitgliedstaat ferner vorsehen, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen.“

Nationales Recht

Das Gesetz über öffentliche Aufträge

- 5 Art. 41 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Aufträge (Ley de Contratos de las Administraciones públicas), gebilligt durch das Gesetzesvertretende Königliche Dekret Nr. 2/2000 (Real Decreto Legislativo 2/2000) vom 16. Juni 2000 (BOE Nr. 148 vom 21. Juni 2000, S. 21775) in der durch das Gesetz Nr. 62/2003 über Maßnahmen fiskalischer, administrativer und sozialer Art (Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) vom 30. Dezember 2003 (BOE Nr. 313 vom 31. Dezember 2003, S. 46874) geänderten Fassung (im Folgenden: Gesetz über öffentliche Aufträge) sieht vor, dass der Zuschlagsempfänger die Stellung der endgültigen Sicherheit binnen 15 Tagen nach der an ihn erfolgten Mitteilung über die Erteilung des Zuschlags für den Auftrag nachweisen muss.

6 Art. 53 des Gesetzes über öffentliche Aufträge sieht vor:

„Die Verträge kommen durch den von der zuständigen Vergabebehörde vorgenommenen Zuschlag unabhängig von dem/der verwendeten Vergabeverfahren oder Vergabeform zustande.“

7 Art. 54 dieses Gesetzes bestimmt:

„(1) Die Verträge der Verwaltung werden binnen 30 Tagen von dem auf die Mitteilung über die Erteilung des Zuschlags folgenden Tag an in einem Schriftstück der Verwaltung ausgefertigt. ...

(2) Vorbehaltlich der in diesem Gesetz vorgesehenen Ausnahmen ist die Stellung der in diesem Gesetz zum Schutz der öffentlichen Interessen vorgesehenen Sicherheiten durch den Unternehmer eine notwendige Voraussetzung für die Ausfertigung.

(3) Konnte der Vertrag aus Gründen, die der Auftragnehmer zu vertreten hat, nicht innerhalb der gesetzten Frist ausgefertigt werden, so kann die Verwaltung beschließen, ihn aufzulösen, und zwar vorbehaltlich der Anhörung des Betroffenen und, wenn der Auftragnehmer Einspruch einlegt, einer Stellungnahme des Staatsrats oder des gleichwertigen beratenden Organs der betroffenen autonomen Gemeinschaft. In diesem Fall ist die vorläufige Sicherheit einzuziehen und sind die verursachten Schäden zu ersetzen.

Sind die Gründe für die Nichtausfertigung von der Verwaltung zu vertreten, so erhält der Auftragnehmer Schadensersatz für den durch die Verzögerung verursachten Schaden unabhängig davon, dass er nach Art. 111 Buchst. d die Aufhebung des Vertrags fordern kann.

(4) Außer in den in den Art. 71 und 72 vorgesehenen Fällen kann der Auftrag nicht durchgeführt werden, solange der Vertrag nicht ausgefertigt worden ist.“

- 8 Nach Art. 60bis des Gesetzes über öffentliche Aufträge können die an einer Beteiligung an einer Ausschreibung Interessierten und jedenfalls die Bieter den Erlass vorläufiger Maßnahmen beantragen, um eine Verletzung des geltenden Rechts zu beseitigen oder um weitere Schädigungen der verletzten Interessen zu verhindern, insbesondere Maßnahmen, durch die das Verfahren zur Vergabe des Auftrags ausgesetzt werden kann.
- 9 Nach Art. 65 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Aufträge hat die Feststellung der Nichtigkeit der den Vertrag vorbereitenden Handlungen oder der Erteilung des Zuschlags für den Auftrag durch die Verwaltung, wenn diese Feststellung endgültig ist, in allen Fällen die Nichtigkeit des Vertrags selbst zur Folge; dieser tritt dann in die Phase der Abwicklung ein.
- 10 Nach Art. 65 Abs. 3 kann dann, wenn die Feststellung der Nichtigkeit eines Vertrags durch die Verwaltung zu einer schweren Störung der Leistungsverwaltung führt, die Aufrechterhaltung der Wirkungen des Vertrags zu den gleichen Bedingungen vorgesehen werden, bis Dringlichkeitsmaßnahmen zur Schadensverhütung getroffen worden sind.
- 11 Aus Art. 93 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Aufträge geht hervor, dass nach der Erteilung des Zuschlags für einen öffentlichen Auftrag durch die Vergabebehörde, unabhängig von dem angewendeten Verfahren, dieser Zuschlag den an der Ausschreibung Beteiligten mitgeteilt und nach der Ausfertigung des Vertrags der zuständigen Stelle, die das öffentliche Vertragsregister gemäß Art. 118 dieses Gesetzes führt, zu den in Art. 58 des Gesetzes vorgesehenen Zwecken übermittelt wird.

- 12 Nach Art. 93 Abs. 5 teilt die Vergabebehörde jedem ausgeschlossenen Bewerber oder Bieter, der dies beantragt, binnen fünfzehn Tagen nach Eingang dieses Antrags die Gründe für die Ablehnung seiner Bewerbung oder seines Angebots mit sowie die Merkmale des Angebots des Zuschlagsempfängers, die ausschlaggebend für die Vergabe des Auftrags an diesen waren.
- 13 Art. 83 Abs. 4 der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über öffentliche Aufträge (Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), gebilligt durch das Königliche Dekret Nr. 1098/2001 (Real Decreto 1098/2001) vom 12. Oktober 2001 (BOE Nr. 257 vom 26. Oktober 2001, S. 39252), sieht vor, dass das Ergebnis der Beurteilungen der eingereichten Gebote mit Nennung der angenommenen Gebote, der Gebote, die abgelehnt worden sind, sowie der Gründe der Ablehnung bekannt gegeben wird.

Das Gesetz Nr. 30/1992

- 14 Das Gesetz Nr. 30/1992 über die rechtliche Regelung der öffentlichen Verwaltungen und das allgemeine Verwaltungsverfahren (Ley 30/1992 de Regimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común) vom 26. November 1992 (BOE Nr. 285 vom 27. November 1992, S. 40300) in der durch das Gesetz Nr. 4/1999 vom 13. Januar 1999 geänderten Fassung (im Folgenden: Gesetz über das allgemeine Verwaltungsverfahren) bestimmt in Art. 58:

„(1) Den Betroffenen werden die Entscheidungen und Verwaltungsakte, die ihre Rechte und Interessen berühren, nach den im folgenden Artikel vorgesehenen Bestimmungen zugestellt.

(2) Die Zustellung muss binnen zehn Tagen nach dem Datum erfolgen, zu dem der Akt erlassen worden ist. Sie muss den gesamten Wortlaut der Entscheidung und die

Angabe enthalten, ob die Entscheidung im Verwaltungsverfahren endgültig ist. In ihr müssen die zulässigen Rechtsbehelfe, das Organ, bei dem die Rechtsbehelfe einzu-legen sind, sowie die Frist angegeben werden, innerhalb deren sie einzureichen sind, unbeschadet dessen, dass die Betroffenen gegebenenfalls jeden anderen Rechtsbehelf einlegen können, den sie als statthaft ansehen.“

- 15 Nach Art. 107 Abs. 1 dieses Gesetzes sind die Entscheidungen und die vorberei-tenden Handlungen, durch die unmittelbar oder mittelbar in der Sache entschieden wird, die dazu führen, dass die Fortsetzung des Verfahrens oder eine Verteidigung unmöglich wird, oder die einen nicht wiedergutzumachenden Schaden für Rechte oder legitime Interessen verursachen, anfechtbar.
- 16 In Art. 111 des Gesetzes werden die vorläufigen Maßnahmen genannt, die im Rahmen der Verwaltungsrechtsbehelfe beantragt werden können, insbesondere die Aussetzung des Vollzugs der angefochtenen Handlungen.

Vorgeschichte des Rechtsstreits und vorprozessuales Verfahren

- 17 Mit Schreiben vom 30. November 2001 forderte die Kommission das Königreich Spanien auf, zur Vereinbarkeit des Gesetzes über öffentliche Aufträge mit der Nach-prüfungsrichtlinie in Anbetracht der Folgerungen aus dem Urteil des Gerichtshofs vom 28. Oktober 1999, Alcatel Austria u. a. (C-81/98, Slg. 1999, I-7671), Stellung zu nehmen.
- 18 Die Kommission sah die vom Königreich Spanien mit Schreiben vom 27. Februar 2002 gegebenen Antworten nicht als zufriedenstellend an und richtete am 16. Oktober 2002 an dieses ein Mahnschreiben. Nach Prüfung der auf dieses Mahn-schreiben hin vorgelegten Erklärungen erließ die Kommission am 7. Juli 2004 eine mit Gründen versehene Stellungnahme, in der sie diesen Mitgliedstaat aufforderte, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um dieser Stellungnahme binnen zwei Monaten nach ihrer Zustellung nachzukommen.

- 19 Aufgrund der Feststellung, dass die streitigen Rechtsvorschriften bei Ablauf dieser Frist nicht geändert worden waren, hat die Kommission beschlossen, die vorliegende Klage zu erheben.

Zur Klage

- 20 Die Kommission vertritt die Auffassung, dass die spanischen Rechtsvorschriften gegen Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b der Nachprüfungsrichtlinie verstießen, und erhebt drei Rügen, deren erste beiden zusammen zu behandeln sind.

Zur ersten und zur zweiten Rüge

- 21 Mit diesen Rügen macht die Kommission geltend, dass die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften insoweit nicht in Einklang mit der Nachprüfungsrichtlinie stünden, als das Zusammenwirken einiger dieser Rechtsvorschriften die ausgeschlossenen Bieter daran hindere, die Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags für einen Auftrag noch vor dem Abschluss des sich daraus ergebenden Vertrags wirksam nachprüfen zu lassen.

Vorbringen der Parteien

- 22 Die Kommission trägt vor, die Vertragsverletzung liege unabhängig davon vor, welche Tragweite das nach spanischem Recht vorgesehene Konzept der Ausfertigung des Vertrags habe, d. h. unabhängig davon, ob man entweder annehme, dass diese Ausfertigung dem Abschluss des Vertrags als solchem entspreche, oder ob man in ihr nur eine Verwaltungsförmlichkeit sehe, so dass dieser Abschluss schon mit der Erteilung des Zuschlags für den Auftrag erfolge.

- 23 Im ersten Fall, in dem die Ausfertigung des Vertrags, d. h. der Zeitpunkt, zu dem der Vertrag alle rechtlichen Bedingungen erfülle und zu dem seine Durchführung beginnen könne, dem Abschluss des Vertrags im Sinne der Nachprüfungsrichtlinie entspreche, seien die durch diese Richtlinie auferlegten Verpflichtungen insoweit nicht erfüllt, als die Bieter, die nicht ausgewählt worden seien, nicht über die erforderlichen Garantien verfügten, um eine rechtswidrige Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags für einen Auftrag vor der Ausfertigung des Vertrags, der die Folge dieser Entscheidung sei, anfechten zu können.
- 24 Mangels einer Verpflichtung, die Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags allen Betroffenen gleichzeitig zuzustellen, und mangels einer Wartefrist, während deren der Vertrag nicht ausgefertigt werden könne, wodurch die Möglichkeit ausgeschlossen werde, dass die nicht berücksichtigten Bieter über eine angemessene Frist dafür verfügten, um vor dem Abschluss des Vertrags sachgerechte Rechtsbehelfe einzulegen, entsprächen die spanischen Rechtsvorschriften den Anforderungen der Nachprüfungsrichtlinie nicht.
- 25 Im zweiten Fall, in dem der Abschluss des Vertrags gleichzeitig mit der Erteilung des Zuschlags für den Auftrag erfolge, wobei die Ausfertigung dann nur eine bloße Verwaltungsförmlichkeit sei, werde das in der Untersuchung des ersten Falls festgestellte rechtliche Problem in Wirklichkeit noch verschärft, da es keinen Akt zur Vergabe des betreffenden Auftrags gebe, der unabhängig von dem Akt des Abschlusses des Vertrags über diesen Auftrag anfechtbar sei.
- 26 Da es keinen Rechtsbehelf gegen den Vergabeakt in einem vor dem Abschluss des Vertrags liegenden Stadium gebe, in dem ein eventueller Verstoß gegen das geltende Recht noch beseitigt werden könnte und in dem der Bieter, der den Rechtsbehelf einlege, noch danach streben könne, den Zuschlag zu erhalten, könne durch die spanischen Rechtsvorschriften entgegen den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 der Nachprüfungsrichtlinie kein umfassender Rechtsschutz vor Abschluss des Vertrags sichergestellt werden.

- 27 Das Königreich Spanien legt vorab dar, welche Bedeutung dem Akt der Erteilung des Zuschlags für einen Auftrag bzw. der sich daran anschließenden Ausfertigung des Vertrags beizumessen sei.
- 28 Der Akt der Erteilung des Zuschlags für einen Auftrag ziehe als solcher den Abschluss des Vertrags über diesen Auftrag nach sich, wobei dieser Vertrag als vom Erlass dieses Aktes an bestehend gelte. Für diesen Akt bestehe eine förmliche Zustellungsverpflichtung, deren Erfüllung dafür notwendig sei, dass der Vertrag seine Wirkungen gegenüber den Betroffenen entfalte.
- 29 Die Ausfertigung des Vertrags, eine bloße Verwaltungsförmlichkeit, habe gegenüber dem Akt der Zuschlagserteilung nur sekundären Charakter. Diese Ausfertigung sei jedoch eine notwendige Voraussetzung für die Ausführung des betreffenden Auftrags.
- 30 Die Vereinbarkeit des Gesetzes über öffentliche Aufträge mit der Nachprüfungsrichtlinie sei im Hinblick auf die Rechtsbehelfe zu beurteilen, die zum einen vor dem Akt der Erteilung des Zuschlags für einen Auftrag und zum anderen gegen diesen Akt der Zuschlagserteilung selbst eingelegt werden könnten. Dies ergebe sich im Übrigen auch aus dem Urteil Alcatel Austria u. a., in dem eine Unterscheidung zwischen dem Stadium vor dem Vertragsschluss, d. h. der der Erteilung des Zuschlags vorausgehenden Phase, auf die Art. 2 Abs. 1 dieser Richtlinie anwendbar sei, und dem Stadium nach diesem Abschluss, d. h. der auf den Akt der Zuschlagserteilung folgenden Phase, vorgenommen werde, für die Art. 2 Abs. 6 Unterabs. 2 derselben Regelung gelte.
- 31 Das spanische Recht stehe im Einklang mit dieser Unterscheidung. Was erstens Maßnahmen angehe, die der Zuschlagserteilung vorausgingen, seien bestimmte Rechtsbehelfe gegeben. Was zweitens diese Zuschlagserteilung selbst angehe, werde die Entscheidung der Verwaltung, aus der die Zuschlagserteilung hervorgehe, allen

an der Ausschreibung Beteiligten binnen zehn Tagen nach dem Erlass der Entscheidung zugestellt, und diese Entscheidung sei wie alle Verwaltungsakte nach dem Gesetz über allgemeine Verwaltungsrechtsbehelfe anfechtbar. Außerdem könne als vorläufige Maßnahme die Aussetzung des Vollzugs des angefochtenen Aktes ausgesprochen werden.

- 32 Schließlich führe der endgültige Abschluss eines Aktes und damit eines Vertrags nicht dazu, dass es unmöglich werde, gegen den Akt selbst eine Nichtigkeitsklage zu erheben.

Würdigung durch den Gerichtshof

- 33 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die vorliegende Klage unter Berücksichtigung der rechtlichen Darlegungen des Königreichs Spanien, denen die Kommission nicht widersprochen hat, zu prüfen sein wird. Diese Darlegungen beruhen im Wesentlichen auf den Auslegungen durch die Rechtsprechung nationaler Gerichte in Bezug auf die Wirkungen, die mit dem Akt der Zuschlagserteilung bzw. der Ausfertigung des Vertrags verbunden sind, wobei es sich um Rechtsbegriffe des nationalen Rechts handelt.
- 34 Das Vorbringen der Kommission zur Begründung der ersten und der zweiten Rüge wird daher ausgehend von der Feststellung zu prüfen sein, dass im Recht des betroffenen Mitgliedstaats zum einen der Akt der Erteilung des Zuschlags für einen Auftrag als solcher zum Zustandekommen des diesen Auftrag betreffenden Vertrags führt und demnach für sich allein die Rechte und Pflichten der Parteien bestimmt und dass zum anderen die Ausfertigung dieses Vertrags eine Förmlichkeit ist, die eine Bedingung ausschließlich für die Ausführung des Auftrags darstellt, ohne den Vertrag abändern oder neue Wirkungen erzeugen zu können.

- 35 Aus dem ersten und dem zweiten Erwägungsgrund der Nachprüfungsrichtlinie geht hervor, dass diese die auf einzelstaatlicher Ebene wie auf Gemeinschaftsebene vorhandenen Mechanismen zur Durchsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens verstärken soll, vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können.
- 36 Dabei verpflichtet Art. 1 Abs. 1 der Nachprüfungsrichtlinie die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.
- 37 Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs geht hervor, dass Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b in Verbindung mit Abs. 6 Unterabs. 2 dieser Richtlinie dahin auszulegen ist, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die dem Vertragsschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen, in dem der Antragsteller unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsschluss Schadensersatz zu erlangen, die Aufhebung der Entscheidung erwirken kann, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (vgl. Urteil Alcatel Austria u. a., Randnr. 43).
- 38 Der umfassende Rechtsschutz, der somit vor dem Vertragsschluss gemäß Art. 2 Abs. 1 der Nachprüfungsrichtlinie sicherzustellen ist, setzt außerdem insbesondere die Verpflichtung voraus, die Bieter vor dem Vertragsschluss von der Zuschlagsentscheidung zu unterrichten, damit diese über eine tatsächliche Möglichkeit verfügen, einen Rechtsbehelf einzulegen.

- 39 Dieser Rechtsschutz verlangt, dass für einen ausgeschlossenen Bieter die Möglichkeit vorgesehen wird, die Frage der Gültigkeit der Zuschlagsentscheidungen rechtzeitig prüfen zu lassen. In Anbetracht der Erfordernisse der praktischen Wirksamkeit der Nachprüfungsrichtlinie folgt daraus, dass ein angemessener Zeitraum zwischen dem Zeitpunkt, zu dem die Zuschlagsentscheidung den ausgeschlossenen Bietern mitgeteilt wird, und dem Vertragsschluss liegen muss, damit diese insbesondere einen Antrag auf Erlass vorläufiger Maßnahmen bis zum Vertragsschluss stellen können.
- 40 Im vorliegenden Fall ist erstens nicht streitig, dass die spanischen Rechtsvorschriften Rechtsbehelfe gegen Akte der Vergabebehörden vor der Erteilung des Zuschlags für einen öffentlichen Auftrag zulassen. Außerdem besteht nach Art. 107 Abs. 1 des Gesetzes über das allgemeine Verwaltungsverfahren für die Betroffenen die Möglichkeit, einen Rechtsbehelf gegen Verfahrensakte einzulegen, sofern durch diese unmittelbar oder mittelbar in der Sache entschieden, die Fortführung des Verfahrens oder eine Verteidigung unmöglich gemacht oder ein nicht wiedergutzumachender Schaden für Rechte oder legitime Interessen verursacht wird. Im Rahmen dieser Rechtsbehelfe können vorläufige Maßnahmen erlassen werden, insbesondere kann die Aussetzung des Vollzugs der angefochtenen Akte angeordnet werden.
- 41 Zweitens wird der Akt der Erteilung des Zuschlags allen Bietern gemäß Art. 58 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über das allgemeine Verwaltungsverfahren und Art. 93 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Aufträge zugestellt. Diese Zustellung muss nach den allgemeinen für Verwaltungsakte geltenden Vorschriften binnen zehn Tagen nach Erlass dieses Zuschlagsakts unter Angabe der Nachprüfungsmöglichkeiten erfolgen.
- 42 Da der Akt der Erteilung des Zuschlags *de iure* den Vertragsschluss mit sich bringt, ergibt sich jedoch, dass die Entscheidung der Vergabebehörde, mit der diese unter den Bietern den Zuschlagsempfänger auswählt, nicht Gegenstand eines spezifischen Rechtsbehelfs noch vor dem Abschluss des Vertrags sein kann.

43 Drittens kann die Ausfertigung des Vertrags die Erteilung des Zuschlags für den betreffenden Auftrag begleiten oder auf diese binnen einer sehr kurzen Frist folgen. Für diese Ausfertigung gilt nämlich, wie im Übrigen auch das Königreich Spanien einräumt, keine Mindestfrist, und sie kann erfolgen, sobald der Zuschlagsempfänger die Stellung einer endgültigen Sicherheit nachgewiesen hat, wobei die Rechtsvorschriften lediglich vorschreiben, dass diese Sicherheitsleistung spätestens binnen fünfzehn Tagen nach Zustellung der Zuschlagsentscheidung erfolgt. Die Durchführung des Vertrags kann daher beginnen, bevor diese Zuschlagsentscheidung Gegenstand aller vorgeschriebenen Zustellungen war.

44 Daraus folgt, dass in bestimmten Fällen kein sachgerechter Rechtsbehelf gegen den Akt der Zuschlagserteilung schon vor der Durchführung des Vertrags eingelegt werden kann, obwohl das Ziel der Nachprüfungsrichtlinie darin besteht, sicherzustellen, dass rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch überprüft werden können (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Dezember 2002, *Universale-Bau u. a.*, C-470/99, Slg. 2002, I-11617, Randnr. 74).

45 Viertens ist die Möglichkeit, gegen den Vertrag selbst eine Nichtigkeitsklage zu erheben, nicht geeignet, einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass es unmöglich ist, gegen den Akt der Erteilung des Zuschlags für den betreffenden Auftrag allein zu klagen, bevor der Vertrag geschlossen ist.

46 Demzufolge ermöglichen die streitigen Rechtsvorschriften nicht jedem ausgeschlossenen Bieter, einen den Anforderungen der Nachprüfungsrichtlinie entsprechenden Rechtsbehelf gegen die Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags für einen öffentlichen Auftrag schon vor dem Abschluss des sich daraus ergebenden Vertrags einzulegen.

47 Die ersten beiden Rügen sind daher begründet.

Zur dritten Rüge

Vorbringen der Parteien

- 48 Die Kommission trägt vor, ein Verstoß aus der Richtlinie ergebe sich aus der in Art. 65 Abs. 3 des Gesetzes über öffentliche Aufträge vorgesehenen Ausnahmeregelung zum Schutz der Leistungsverwaltung, nach der dann, wenn die Feststellung der Nichtigkeit eines Vertrags durch die Verwaltung zu einer schweren Störung der Leistungsverwaltung führe, die Aufrechterhaltung der Wirkungen dieses Vertrags zu den gleichen Bedingungen vorgesehen werden könne, bis Dringlichkeitsmaßnahmen zur Schadensverhütung getroffen worden seien.
- 49 Durch diese Bestimmungen werde der Vergabebehörde ein zu weites Ermessen in Bezug auf die Durchführung der Entscheidung der Verwaltung eingeräumt, durch die die Erteilung des Zuschlags für einen Auftrag und damit der sich daraus ergebende Vertrag für nichtig erklärt werde.
- 50 Außerdem könne die in Rede stehende Vorschrift in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen die Rechtsbehelfe der ausgeschlossenen Bieter unwirksam machen, die zur Aufhebung der rechtswidrigen Entscheidungen der Vergabebehörden geführt hätten, was der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zuwiderlaufe, dafür zu sorgen, dass die gemäß Art. 1 der Nachprüfungsrichtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren es ermöglichen, rechtswidrige Entscheidungen dieser Behörden aufzuheben. Dadurch werde die praktische Wirksamkeit gefährdet, da der Nichtigkeit oder Aufhebung solcher Entscheidungen jede Wirksamkeit genommen werde.
- 51 Das Königreich Spanien trägt vor, die beanstandeten Bestimmungen sähen die Fortführung von durch eine Feststellung der Nichtigkeit betroffenen Verträgen nur ausnahmsweise aus Gründen des öffentlichen Interesses vor, und zwar unter gerichtlicher Kontrolle.

52 Die Kommission habe nicht nachgewiesen, dass die Fortführung der auf diese Weise aufgehobenen Verträge einen Normalfall bei der Anwendung der streitigen Rechtsvorschriften darstelle.

Würdigung durch den Gerichtshof

53 Unstreitig können die Wirkungen eines Vertrags, der Gegenstand einer Feststellung der Nichtigkeit durch die Verwaltung ist, wie in den beanstandeten nationalen Rechtsvorschriften vorgesehen, nur im Fall einer schweren Störung der Leistungsverwaltung aufrechterhalten werden.

54 Daher kommt eine solche Aufrechterhaltung, wie sich aus dem Wortlaut des Art. 65 Abs. 3 des Gesetzes über öffentliche Aufträge ergibt, nur ausnahmsweise, und zwar bis zum Erlass von Dringlichkeitsmaßnahmen, in Betracht. Außerdem steht diese Aufrechterhaltung, wie das Königreich Spanien vorträgt, ohne dass ihm die Kommission widersprochen hätte, unter gerichtlicher Kontrolle.

55 Damit ergibt sich, dass die Zielsetzung dieser Bestimmung nicht darin besteht, die Durchführung der Feststellung der Nichtigkeit eines bestimmten Vertrags zu verhindern, sondern, wenn das Allgemeininteresse auf dem Spiel steht, die übermäßigen und unter Umständen schädlichen Folgen einer sofortigen Umsetzung dieser Feststellung zu vermeiden, und zwar bis zum Erlass von Dringlichkeitsmaßnahmen, um die Kontinuität der Leistungsverwaltung sicherzustellen.

56 Unter diesen Voraussetzungen hat die Kommission nicht dargetan, dass die beanstandeten Rechtsvorschriften gegen die Anforderungen der Nachprüfungsrichtlinie verstoßen.

57 Die dritte Rüge ist folglich als unbegründet zurückzuweisen.

58 Nach alledem ist festzustellen, dass das Königreich Spanien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b der Nachprüfungsrichtlinie verstoßen hat, dass es keine verbindliche Frist für die Zustellung der Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags für einen Auftrag an alle Bieter durch die Vergabebehörde und keine verbindliche Wartefrist zwischen der Erteilung des Zuschlags für einen Auftrag und dem Abschluss des Vertrags vorsieht.

Kosten

59 Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Der Gerichtshof kann nach Art. 69 § 3 der Verfahrensordnung die Kosten teilen oder beschließen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt oder wenn ein außergewöhnlicher Grund gegeben ist.

60 Im vorliegenden Rechtsstreit ist zu berücksichtigen, dass der Vertragsverletzungsklage der Kommission nicht in vollem Umfang stattgegeben worden ist.

61 Dem Königreich Spanien sind somit zwei Drittel der Gesamtkosten aufzuerlegen. Die Kommission hat das verbleibende Drittel zu tragen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Zweite Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

1. Das Königreich Spanien hat dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b 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 durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 geänderten Fassung verstoßen, dass es keine verbindliche Frist für die Zustellung der Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags für einen Auftrag an alle Bieter durch die Vergabebehörde und keine verbindliche Wartefrist zwischen der Erteilung des Zuschlags für einen Auftrag und dem Abschluss des Vertrags vorsieht.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Das Königreich Spanien trägt zwei Drittel der Gesamtkosten. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften trägt das verbleibende Drittel.

Unterschriften