

SCHLUSSANTRÄGE DER FRAU GENERALANWALT

CHRISTINE STIX-HACKL

vom 14. September 2006<sup>1</sup>

**I — Einleitende Bemerkungen**

1. Dieses Vertragsverletzungsverfahren betrifft wie ein parallel dazu eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren<sup>2</sup> die Frage, welche Vorgaben sich dem Primärrecht im Hinblick auf die Transparenz von Vergabeverfahren entnehmen lassen. Im Besonderen geht es in diesem Verfahren um die Verpflichtungen, die sich aus den Grundfreiheiten und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen für Vergaben ableiten lassen, die nicht unter die Vergaberichtlinien fallen. Schließlich geht es um die Auslegung und Weiterentwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofes in den Rechtssachen *Telaustria*<sup>3</sup> und *Coname*<sup>4</sup>.

EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge<sup>5</sup> (im Folgenden: Richtlinie 92/50) erfasst zwar Vergaben, die die verfahrensgegenständlichen Leistungen aus dem Rettungswesen betreffen, doch werden nur solche Aufträge erfasst, die auf einem schriftlichen Vertrag beruhen.

**II — Rechtlicher Rahmen**

*A — Gemeinschaftsrecht*

2. Die — inzwischen durch das so genannte Legislativpaket ersetzte — Richtlinie 92/50/

3. In diesem Verfahren geht es in erster Linie um die Dienstleistungsfreiheit, d. h. um Artikel 49 EG.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — Meine Schlussanträge ebenfalls vom heutigen Tag in der Rechtssache C-507/03 (Kommission/Irland).

3 — Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-324/98 (*Telaustria* und *Telefonadress*, Slg. 2000, I-10745).

4 — Urteil vom 21. Juli 2005 in der Rechtssache C-231/03 (*Coname*, Slg. 2005, I-7287).

5 — ABl. L 209, S. 1.

4. Ferner ist auf die Vorschrift von Artikel 86 EG hinzuweisen. Deren Absatz 1 sieht Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf bestimmte Unternehmen vor. Absatz 2 normiert hingegen Verpflichtungen bestimmter Unternehmen, und zwar vor allem von solchen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind.

B — *Nationales Recht*

5. Section 65(1) des Health Act 1953 bestimmt:

„Vorbehaltlich allgemeiner Weisungen des Ministers kann ein Gesundheitsamt unter Bedingungen und Auflagen, die es für angebracht hält, einer Stelle, die einen Dienst leistet oder zu leisten vorschlägt, der einem der Dienste, die das Gesundheitsamt leisten kann, ähnlich ist oder ihn ergänzt, in einer oder mehreren der folgenden Formen Unterstützung gewähren:

- a) durch Beiträge zur Deckung der der Stelle entstandenen Kosten,

...“

6. Section 25 des Fire Services Act 1981 bestimmt:

„Eine Feuerschutzbehörde [nach Section 9 des Gesetzes sind die örtlichen Behörden Feuerschutzbehörden] kann alle Noteinsätze, unabhängig davon, ob Brandgefahr besteht, durchführen oder daran teilnehmen und dementsprechend solche Vorkehrungen für die Rettung oder Sicherheit von Personen und den Schutz von Sachen treffen, die sie zu diesem Zweck für erforderlich hält.“

**III — Sachverhalt, Vorverfahren und Verfahren vor dem Gerichtshof**

7. Aufgrund einer Beschwerde erhielt die Kommission Kenntnis von der Art, wie in Irland Rettungsdienste vergeben werden. Da die Kommission der Ansicht war, dass diese Vergabe in Übereinstimmung mit der Richtlinie 92/50 hätte bekannt gemacht werden müssen, nahm die Kommission mit Irland einen Schriftwechsel auf. Dieser betraf die Frage, ob es einen Vertrag gab, auf den bestimmte Bekanntmachungspflichten Anwendung finden hätten sollen.

8. Am 28. November 2001 ersuchte die Kommission die irischen Behörden um Informationen über die Beziehung zwischen dem Dublin City Council (im Folgenden: der DCC) und der Eastern Regional Health Authority (im Folgenden: Authority). Da die Kommission keine Antwort erhielt, leitete sie ein Vertragsverletzungsverfahren nach Artikel 226 EG ein.

9. In ihrer Antwort vom 18. Juni 2002 führten die irischen Behörden aus, dass die vom DCC erbrachten und von der Authority nach § 65 Absatz 1 Buchstabe a des Health Act 1953 bezahlten Dienstleistungen vom DCC unabhängig als „principal“ und weder auf der Grundlage eines Vertrages mit der Authority noch unter der Kontrolle oder Aufsicht der Authority erbracht wurden. Im Übrigen würden solche Dienstleistungen schon seit Jahrzehnten erbracht.

10. In ihrem Schreiben vom 9. August 2002 forderte die Kommission von den irischen Behörden alle relevanten Dokumente, um das Verhältnis zwischen dem DCC und der Authority zu bestimmen.

11. Am 19. September 2002 sandte das Department für Gesundheit und Kinder ein Antwortschreiben und eine Reihe von Dokumenten.

12. Die Kommission blieb bei ihrer Haltung, dass eine Verletzung von Gemeinschaftsrecht vorlag und sandte Irland am 17. Dezember 2002 eine mit Gründen versehene Stellungnahme nach Artikel 226 EG. Mit Schreiben vom 14. Februar 2003 übersandten die irischen Behörden der Kommission eine detaillierte Antwort. Die Kommission erachtete diese Antwort nicht als zufriedenstellend.

13. In ihrer Klage beim Gerichtshof beantragt die Kommission,

1. festzustellen, dass Irland dadurch gegen seine Verpflichtungen aus dem Vertrag verstoßen hat, dass es erlaubt hat, dass der Dublin City Council Rettungswagentransporte durchführt, ohne dass die Eastern Regional Health Authority zuvor eine Bekanntmachung veröffentlicht hat;

2. Irland die Kosten der Kommission aufzuerlegen.

14. Irland beantragt,

1. die Klage der Kommission zurückzuweisen;

2. der Kommission die Kosten Irlands aufzuerlegen. Form der Bekanntmachung vorzunehmen. Diese hänge von der Art der Dienstleistung und davon ab, für welchen Kreis von Unternehmen sie interessant sei.

#### **IV — Vorbringen der Parteien und des Streithelfers**

17. Als diesbezüglichen Leitfaden erachtet die Kommission ihre Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht<sup>6</sup>.

##### *A — Die Kommission*

15. Nach Auffassung der Kommission falle die Grundlage für die Erbringung der Rettungsdienste zwar mangels schriftlichem Vertrag nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50, doch ergäben sich aus den Grundfreiheiten, insbesondere den Artikeln 43 EG und 49 EG sowie den allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestimmte Verpflichtungen. Zu Letzteren gehörten unzweifelhaft das Transparenzprinzip sowie der Grundsatz der Gleichheit bzw. der Nichtdiskriminierung. Dabei weist die Kommission auf die Entscheidungen in den Rechtsachen *Telaustria* und *Vestergaard* hin.

18. Aus mehreren Schreiben, insbesondere dem des „Finance Officer and Treasurer“ des DCC vom 15. Jänner 1999 ergebe sich, dass im Juni 1998 bestimmte Vereinbarungen betreffend die zu erbringenden Dienstleistungen getroffen worden seien. Das führte auch dazu, einen Entwurf für einen Vertrag auszuarbeiten. Wie dieser nach nationalem Recht zu qualifizieren ist, sei für das Gemeinschaftsrecht irrelevant.

16. Die Mitgliedstaaten seien frei, ein bestimmtes Verfahren zu wählen, hätten dabei allerdings die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu beachten. So sei eine geeignete

19. Daher weist die Kommission das Argument Irlands zurück, die Dienstleistungen seien nicht für die Authority erbracht worden. Denn diese nehme Aufgaben u. a. in der Kontrolle der Leistungserbringung wahr. Wenn den DCC auch keine Verpflichtung zur Erbringung der Dienstleistung treffe, so habe doch die Authority für das Vorhandensein dieser Dienstleistungen zu sorgen. Das ergebe sich etwa aus dem oben erwähnten Vertragsentwurf.

<sup>6</sup> — ABL C 121, S. 2.

20. Wenn Irland argumentiere, dass sich die — ohne Bekanntmachung erfolgte — Leistungserbringung auf § 65 Absatz 1 Buchstabe a des Health Act stütze, dann bedeute das nur, dass diese Bestimmung gegen Artikel 43 EG und 49 EG verstoße. Nach Auffassung der Kommission ermächtige diese Bestimmung die Authority jedoch nur dazu, Vereinbarungen einzugehen. Es hindere die Authority nicht daran, eine Ausschreibung vorzunehmen. Die Art der Dienstleistung und ihre mangelnde Attraktivität für Unternehmen erlaube es nicht, von jedweder Bekanntmachung abzusehen.

21. Auch dass die Authority die verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen nicht outsourcen würde, wenn der DCC sie nicht erbrächte, mache das Vorgehen nicht rechtmäßig.

22. Des Weiteren sei es auch nicht zutreffend, dass die Ausnahme von Artikel 6 der Richtlinie 92/50 Anwendung finde.

23. Schließlich sei auch das Argument zurückzuweisen, wonach es um die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG gehe. Denn die Einhaltung der sich aus dem EG-Vertrag ergebenden Verpflichtungen verhindere nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe. Im Übrigen sei unklar, ob der DCC oder die Authority als Unternehmen gelten soll, das mit den Dienstleistungen betraut ist.

24. Was das Argument Irlands betrifft, wonach Notfallrettungsdienste kostenlos erbracht werden, verwechsle Irland die Dienstleistungen, die Einzelne in Anspruch nehmen, mit denen, die der Authority gegenüber erbracht werden.

25. Zum Vorbringen Irlands, wonach dem DCC nicht alle Kosten ersetzt würden, macht die Kommission, welche das im Übrigen bestreitet, darauf aufmerksam, dass es darauf nicht ankomme.

26. Zur Auffassung der niederländischen Regierung, dass die Anwendung der Grundfreiheiten ein grenzüberschreitendes Element voraussetze, bringt die Kommission vor, dass dies in casu der Fall sei.

27. Die von der niederländischen Regierung angesprochene Beschränkung betreffend den Vorrang der Harmonisierungsvorschriften beruhe auf einem falschen Verständnis der zitierten Rechtssache. Zudem sehe die Richtlinie 92/50 in ihrem Artikel 3 Absatz 2 selbst ein Nichtdiskriminierungsgebot vor.

28. Zurückzuweisen sei auch die Auffassung, wonach das Transparenzgebot von der freiwilligen Durchführung eines Vergabeverfahrens abhängt, und dass im Anlassfall

Rechtfertigungsgründe oder die Voraussetzungen von Artikel 86 Absatz 2 EG vorlägen.

29. Was den angemessenen Grad der Öffentlichkeit anlangt, betont die Kommission, dass sie nicht in allen Fällen eine nationale oder internationale Ausschreibung verlange, sondern dass auch eine Mitteilung an bestimmte Unternehmen ausreichen könne. Die Durchführung eines Vergabeverfahrens wie nach den Richtlinien sei nicht erforderlich.

#### B — *Irland*

30. Irland bestreitet die Erforderlichkeit einer Bekanntmachung für die in Rede stehenden Dienstleistungen.

31. Dem Grunde nach greife die Kommission das Bestehen einer Vereinbarung an und nicht eine Neuvergabe. Darauf fänden die von der Kommission herangezogenen Vorschriften jedoch keine Anwendung. Die Änderung bestehender Vereinbarungen könne nicht verlangt werden.

32. Es bestehe außerdem kein Vertrag oder keine wie immer geartete Vereinbarung zwischen dem DCC und der Authority. Die so genannte Vereinbarung vom Juni 1998 betreffe eine interinstitutionelle Vereinbarung zwischen zwei gesetzlichen Einrichtungen und Verhandlungen über den Beitrag zu den Kosten des DCC.

33. Der DCC handle aufgrund eigener gesetzlicher Befugnisse und in eigenem Namen. Er sei auch nicht der Kontrolle der Authority unterworfen. Der Kostenbeitrag von Seiten der Authority sei kein Entgelt und decke die Kosten nicht zur Gänze ab.

34. Irland weist darauf hin, dass die in Rede stehenden Dienstleistungen unter Anhang IB der Richtlinie 92/50 fallen. Selbst wenn ein schriftlicher Vertrag geschlossen worden wäre, wäre nur das erleichterte Regime nach Artikel 9 der Richtlinie 92/50 anwendbar, also die Artikel 14 und 16. Andernfalls hätte die Kommission eine entsprechende Änderung der Richtlinie vorschlagen müssen.

35. Daraus, dass in Irland Notfallrettungsdienste kostenlos angeboten werden, ergebe sich, dass es sich nicht um Dienstleistungen handle, die üblicherweise gegen Entgelt erbracht würden. Damit seien auch die Artikel 43 EG und 49 EG nicht anwendbar. Ferner liege keine Diskriminierung ausländischer privater Unternehmen vor.

36. Des Weiteren vertritt Irland die Auffassung, dass die von der Kommission zitierte Rechtsprechung des Gerichtshofes in den Rechtssachen *Telaustria* und *Bellini*<sup>7</sup> nicht einschlägig sei.

37. Artikel 295 EG gestatte den Mitgliedstaaten, die Eigentumsordnung frei zu wählen.

38. Schließlich sei auf die Sonderbestimmungen für Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse gemäß der Artikel 16 EG und 86 Absatz 2 EG hinzuweisen.

### C — Die Streithelferin

39. Das Königreich der Niederlande, das dem Verfahren als Streithelfer auf Seiten Irlands beigetreten ist, weist darauf hin, dass der Grundsatz der Transparenz nicht dazu verpflichte, die Vorgaben der Richtlinie 92/50 anzuwenden. Zudem bestehe eine Reihe von Ausnahmen von diesem Grundsatz. Erstens fehle es hier an einem Anknüpfungspunkt für den Binnenmarkt. Die Dienstleistungsfreiheit sei nicht berührt. Es gebe keinen Grund, die Vereinbarkeit mit

dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu prüfen. Werde der Schwellenwert der Richtlinien nicht erreicht, scheide auch die Anwendbarkeit des Transparenzgebotes aus.

40. Zweitens finde das Transparenzgebot insoweit keine Anwendung, als abgeleitetes Gemeinschaftsrecht Entsprechendes normiere. Ebenso wenig greife es in den Fällen, für die die Vergaberichtlinien eine Ausnahme vorsehen, wie etwa Artikel 4 und 6 der Richtlinie 92/50. Da die Richtlinien hinsichtlich der Transparenz eine Mindestharmonisierung vorsähen, könnten die Mitgliedstaaten freilich darüber hinausgehen.

41. Drittens habe ein Mitgliedstaat die Grundsätze des EG-Vertrages nur dann zu beachten, wenn ein Vergabeverfahren eingeleitet werde.

42. Viertens sei zu prüfen, ob Rechtfertigungsgründe vorliegen oder die Voraussetzungen von Artikel 86 Absatz 2 EG gegeben seien.

43. Was den Inhalt des Transparenzgebotes betrifft, bringe die niederländische Regierung vor, dass zu bestimmen sei, was der angemessene Grad an Öffentlichkeit sei. Das solle in jedem Vergabeverfahren den Auftraggebern überlassen bleiben. Im Oktober 2005

<sup>7</sup> — Urteil vom 9. Juli 1987 in den verbundenen Rechtssachen 27/86 bis 29/86 (*SA Constructions et entreprises industrielles* u. a., Slg. 1987, 3347).

hat die Kommission einen Entwurf für eine Auslegende Mitteilung vorgelegt, die das Transparenzgebot betreffe. Daher sei es hoch an der Zeit, dass der Gerichtshof den Inhalt des Transparenzgebotes näher festlege.

beenden. Für Irland stellt sich diese Frage aber insofern, als es im Falle der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vereinbarung nach Artikel 228 Absatz 1 EG die Verpflichtung hat, die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergeben<sup>8</sup>.

## V — Würdigung

### A — Vorbemerkungen

44. Hinsichtlich des Klagebegehrens der Kommission ist festzustellen, dass dieses nur auf die Feststellung gerichtet ist, dass die Erbringung bestimmter Dienstleistungen gemeinschaftswidrig ist. Dabei handelt es sich naturgemäß um ein Verhalten des beklagten Mitgliedstaats in der Vergangenheit, und zwar (auch) zu einem bestimmten Zeitpunkt. Das ist nach Ablauf der Frist, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt wird. Daher kann grundsätzlich auch das Beibehalten einer bestimmten Vorgangsweise danach, einschließlich des Duldens, Gegenstand einer Vertragsverletzung nach Artikel 226 EG sein.

45. Das Begehren der Kommission betrifft nicht die — ebenso interessante — Problematik, ob und wie ein konkreter Auftraggeber oder Konzessionsgeber die Verpflichtung hat, einen geschlossenen Vertrag zu

46. Die Klage der Kommission beschränkt sich dabei auf die beantragte Feststellung, dass der konkrete Vorgang Gegenstand einer Ausschreibung hätte sein müssen. Damit dürfte die Kommission eine Art von Vergabebekanntmachung meinen.

47. Dieses Vertragsverletzungsverfahren zielt also nicht darauf ab zu ermitteln, wie eine Vorgangsweise in Bezug auf die konkrete Vergabe ausgesehen hätte, sondern nur darauf, dass es jedenfalls unzulässig gewesen sei, gar keine Vergabebekanntmachung vorzunehmen.

48. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes verbietet Artikel 49 EG „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind. Außerdem verlangt diese Bestimmung nach ständiger Rechtsprechung die Aufhe-

<sup>8</sup> — Urteile vom 18. November 2004 in der Rechtssache C-126/03 (Kommission/Deutschland, Slg. 2004, I-11197, Randnr. 26) und vom 3. März 2005 in der Rechtssache C-414/03 (Kommission/Deutschland, nicht in der Sammlung veröffentlicht [ABl. 2005, C 106, S. 7], Randnr. 11).



bung aller Beschränkungen — selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten —, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig entsprechende Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern.“<sup>9</sup>

49. Was die Rechtsgrundlagen betrifft, deren Verletzung im vorliegenden Verfahren zu prüfen ist, kommen infolge des weiten Begehrens der Kommission, die Verstöße gegen „Verpflichtungen aus dem Vertrag“ rügt, nicht nur die Artikel 43 EG und 49 EG in Betracht, sondern auch allgemeine Rechtsgrundsätze sowie Artikel 10 EG. Letztere Vorschrift kommt in Gestalt des Äquivalenz- und des Effektivitätsgebotes in Betracht<sup>10</sup>.

50. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes<sup>11</sup> finden die primärrechtlichen Vorschriften Anwendung, wenn die Vergabe von keiner der Richtlinien erfasst ist. Diese Voraussetzung liegt hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Vergabe vor, weil diese

nach zutreffender Auffassung der Streitparteien mangels schriftlichen Vertrages nicht unter die Richtlinie 92/50 fällt.

51. Der Vorgang, der diesem Vertragsverletzungsverfahren zugrunde liegt, betrifft einen bestimmten Mechanismus betreffend die Verwendung öffentlicher Mittel für bestimmte Dienste. Selbst Irland anerkennt, dass eine bestimmte Art von Vereinbarung besteht.

52. Wie das Urteil Kommission/Spanien demonstriert, erfassen die Vergaberichtlinien auch Kooperationsvereinbarungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und den übrigen öffentlichen Einrichtungen<sup>12</sup>. Dass es sich in jener Rechtssache um schriftliche Vereinbarungen gehandelt hat, ist für das vorliegende Verfahren ohne Belang, weil es hier nicht um die Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals der Richtlinien geht, sondern um die Anwendung von Primärrecht. Für dieses gelten noch weniger strenge Anforderungen als nach den Richtlinien, was die Art der Beziehungen betrifft. Unstreitig ist jedenfalls auch in diesem Verfahren, dass es sich um zwei voneinander unterscheidbare Einrichtungen handelt.

53. Im vorliegenden Verfahren steht die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit im Mittelpunkt. Das setzt voraus, dass Gegen-

9 — Urteil vom 20. Oktober 2005 in der Rechtssache C-264/03 (Kommission/Frankreich, Slg. 2005, I-8831, Randnr. 66).

10 — Meine Schlussanträge vom 12. April 2005 in der Rechtssache C-231/03 (Urteil zitiert in Fußnote 4), Nr. 81 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

11 — Urteile in der Rechtssache C-231/03 (zitiert in Fußnote 4), Randnr. 16, und in der Rechtssache C-264/03 (zitiert in Fußnote 9), Randnr. 32.

12 — Urteil vom 13. Jänner 2005 in der Rechtssache C-84/03 (Kommission/Spanien, Slg. 2005, I-139, Randnrn. 38 ff.).

stand der streitigen Vergabe „Dienstleistungen“ im Sinne von Artikel 50 EG sind.

54. Man könnte nun die Auffassung vertreten, dass Krankentransporte und/oder Notfalltransporte in der Regel nicht von demjenigen direkt bezahlt werden, der die Leistung in Anspruch nimmt, sondern dass die Kosten von der Versicherung übernommen werden oder direkt aus dem Staatshaushalt getragen werden. Da es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes gerade im Gesundheitswesen<sup>13</sup> ausreicht, wenn das Entgelt für eine Leistung von dritter Seite geleistet wird, erübrigt es sich, das Abrechnungssystem für die streitigen Leistungen näher zu untersuchen. Unstreitig ist jedenfalls, dass das East Coast Area Health Board eine so genannte „contribution“ leistet. Wie hoch deren Anteil an den tatsächlichen Kosten ist, braucht für das vorliegende Verfahren daher nicht geklärt zu werden.

56. Wie bereits in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Coname ausgeführt, umfasst Transparenz schon nach den Richtlinien eine ganze Reihe von Aspekten<sup>14</sup>. Im vorliegenden Verfahren geht es nur um bestimmte Veröffentlichungspflichten betreffend die Vergabe bestimmter Dienstleistungen.

57. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist zugunsten der potenziellen Bieter „ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ...“, der die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht“<sup>15</sup>. Dieses Gebot gilt freilich nicht nur für Vergaben, die aufgrund ihrer Ausgestaltung als Konzession aus der Richtlinie 92/50 herausfallen, sondern auch für Vergaben, die aus anderen Gründen von dieser oder einer anderen Vergaberichtlinie nicht erfasst werden. Dass nicht für alle Vergaben unabhängig von ihrem Gegenstand und ihrem Wert derselbe Standard gilt, sei hier nur der Klarstellung halber hinzugefügt.

## B — Grundsatz: Transparenzgebot

55. Streitgegenstand dieses Vertragsverletzungsverfahrens ist die Frage, ob in einem konkreten Vorgang das Gebot der Transparenz verletzt wurde.

58. Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Vorgehens des beklagten Mitgliedstaats ist, ob ein angemessener Grad an Transparenz gewährleistet war.

13 — Urteile vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-158/96 (Kohll, Slg. 1998, I-1931), vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-368/98 (Vanbraekel, Slg. 2001, I-5363), vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-157/99 (Smits und Peerbooms, Slg. 2001, I-5473) und vom 13. Mai 2003 in der Rechtssache C-385/99 (Müller-Fauré, Slg. 2003, I-4509).

14 — Meine Schlussanträge in der Rechtssache C-231/03 (Urteil zitiert in Fußnote 4), Nrn. 88 ff.

15 — Urteile vom 6. April 2006 in der Rechtssache C-410/04 (ANAV, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht, Randnr. 21) und vom 13. Oktober 2005 in der Rechtssache C-458/03 (Parking Brixen, Slg. 2005, I-8612, Randnr. 49).

59. Es ist also zu untersuchen, ob im konkreten Fall die Unterlassung einer so genannten Ausschreibung einen Verstoß gegen dieses Gebot darstellt. Wie der Gerichtshof im Urteil in der Rechtssache Co-name ausgeführt hat, ist „zu prüfen, ob die Vergabe ... Transparenzerfordernissen entspricht, die, ohne notwendigerweise eine Verpflichtung zur Vornahme einer Ausschreibung zu umfassen, insbesondere geeignet sind, einem in einem anderen Mitgliedstaat ... niedergelassenen Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über diese Konzession zu ermöglichen, so dass dieses Unternehmen gegebenenfalls sein Interesse am Erhalt dieser Konzession hätte bekunden können“<sup>16</sup>.

60. Der Rechtsprechung lässt sich also entnehmen, dass sich die Angemessenheit an den an der konkreten Vergabe Interessierten zu orientieren hat. Dabei ist nicht nur auf die tatsächlich interessierten Anbieter abzustellen, sondern der Kreis umfasst auch alle potenziell Interessierten in anderen Mitgliedstaaten.

61. Es ist also derjenige Grad von Transparenz zu wählen, der dieser Anforderung genügt. Die Frage ist jedoch, ob das unbedingt in Form einer so genannten Ausschreibung oder Vergabebekanntmachung zu geschehen hat.

1. Notwendigkeit einer Ausschreibung?

62. Zunächst ist zu klären, ob das Primärrecht in allen Fällen eine so genannte Ausschreibung verlangt.

63. Dafür könnten die Urteile der ersten Kammer in den Rechtssachen Parking Brixen und ANAV sprechen, in denen der Gerichtshof für Recht erkannt hat, dass „die Mitgliedstaaten keine nationale Regelung fortgelten lassen [dürfen], die die Vergabe öffentlicher Dienstleistungskonzessionen ohne Ausschreibung ermöglicht, da eine solche Vergabe gegen die Artikel 43 EG oder 49 EG oder gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verstößt“<sup>17</sup>.

64. Hierbei dürfte es sich allerdings um eine Ungenauigkeit in der deutschen Fassung des Urteils handeln. Denn sowohl die französische Fassung spricht in beiden Rechtssachen ähnlich wie die italienische Fassung in der Rechtssache ANAV von „mise en concurrence“ bzw. von einer „procedura concorrenziale“. Es ist also bewusst nicht von einem „appel d'offres“ oder von einem „bando di gara“, also von einer Vergabebekanntmachung im Sinne der Vergaberichtlinien, die Rede.

16 — Urteil in der Rechtssache C-231/03 (zitiert in Fußnote 4), Randnr. 21.

17 — Urteile in der Rechtssache C-410/04 (zitiert in Fußnote 15), Randnr. 23, und in der Rechtssache C-458/03 (zitiert in Fußnote 15), Randnr. 52.

65. Im Übrigen betont der Gerichtshof in seinem von der Großen Kammer gefällten Urteil in der Rechtssache Coname ausdrücklich, dass das Primärrecht nicht in allen Fällen eine Ausschreibung im Sinne einer Vergabebekanntmachung verlangt<sup>18</sup>.

66. Dieses Urteil des Gerichtshofes ist daher als Grundsatzentscheidung anzusehen und bildet so den Ausgangspunkt der folgenden Beurteilung. Das ergibt sich abgesehen von dem Umstand, dass das Urteil in der Rechtssache Coname von der Großen Kammer gefällt wurde und die anderen Urteile sprachliche Ungenauigkeiten aufweisen, auch aus einer prinzipiellen Überlegung.

67. Der Auffassung, wonach die Vergabe ohne Vergabebekanntmachung (Ausschreibung) und die direkte Kontaktierung von bestimmten Unternehmen generell unzulässig sind, kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil sogar die Vergaberichtlinien Ausnahmen von einer solchen Veröffentlichungspflicht normieren. Aber selbst die Kommission weist ausdrücklich darauf hin, dass es ihr nicht um eine Übertragung der Veröffentlichungspflichten der Richtlinie 92/50 in das Primärrecht geht. Wäre nach Primärrecht stets eine Vergabebekanntmachung erforderlich, wären öffentliche Auf-

traggeber außerhalb der Vergaberichtlinien strengeren Regeln unterworfen als in deren Geltungsbereich.

68. Dazu kommt noch, dass der Gerichtshof in dem Urteil in der Rechtssache Coname auch bestimmte Ausnahmen von der Beachtung der primärrechtlichen Verpflichtungen anerkennt. Auf diese Ausnahmen ist noch gesondert einzugehen.

69. Es bleibt also festzuhalten, dass es Beschaffungen geben kann, für die keine so genannte Ausschreibung, also Vergabebekanntmachung, vorzunehmen ist.

70. In diesem Zusammenhang erscheint es mir erforderlich, an meine bereits in den Schlussanträgen in der Rechtssache Coname vertretene Auffassung<sup>19</sup> zu erinnern, dass es kein einheitliches primärrechtliches Vergaberegime gibt, sondern dass eine Differenzierung nach den Umständen der konkreten Vergabe angebracht ist. Das vorliegende Verfahren bietet dem Gerichtshof Gelegenheit dafür, für die erforderliche Klarstellung zu sorgen.

18 — Urteil in der Rechtssache C-231/03 (zitiert in Fußnote 4), Randnr. 21. Das zeigt auch die französische Fassung des Urteils (un appel d'offres).

19 — Meine Schlussanträge in der Rechtssache C-231/03 (Urteil zitiert in Fußnote 4), Nrn. 69 ff.

2. Differenzierung nach der konkreten Vergabe

71. Es ist also vom Grundsatz auszugehen, dass sich die Einzelheiten des Transparenzgebotes jeweils aus den Umständen des konkreten Falles ergeben.

72. Die folgenden Ausführungen betreffen dem Gegenstand dieses Vertragsverletzungsverfahrens entsprechend die Voraussetzungen, unter denen von einer Ausschreibung abgesehen werden darf und ob diese in concreto erfüllt waren.

73. Eine Orientierungshilfe bieten zum einen der Grundsatz, dass die Möglichkeit zur Nachprüfung gegeben sein muss, sowie die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung. Zum anderen sind die Zielsetzungen jeglichen gemeinschaftlichen Vergaberechts, wie Sicherstellung des Wettbewerbs und des Binnenmarktes, sowie der „effet utile“ der primärrechtlichen Bestimmungen zu beachten.

74. Der Inhalt der jeweiligen Transparenzverpflichtung hängt von verschiedenen Faktoren ab, wie dem Gegenstand, also ob es sich um Dienstleistungen, Lieferungen oder um Bauleistungen handelt, und dem geschätzten Wert der Vergabe.

75. Da es im vorliegenden Verfahren um Dienstleistungen des Anhangs IB der Richtlinie 92/50 geht, also um nichtprioritäre Dienstleistungen, ist zu prüfen, ob die in der Richtlinie getroffene Unterscheidung in prioritäre und nichtprioritäre Dienstleistungen auch für das Primärrecht von Bedeutung ist.

76. Dieser in den Richtlinien vorfindbaren Kategorienbildung dürfte der für das Vergabewesen allgemein geltende Gedanke zugrunde liegen, dass bestimmte Vergaben mehr binnenmarktrelevant sind als andere, d. h. für einen größeren Kreis von Wirtschaftsteilnehmern von Interesse sind, und zwar auch für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten. Dieser Aspekt könnte gerade für die Anwendung der Grundfreiheiten von Bedeutung sein, erfordern diese doch ein grenzüberschreitendes Element<sup>20</sup>.

77. Zwar hat der Gemeinschaftsgesetzgeber nur bestimmte Kategorien von Dienstleistungen, nämlich die Prioritären, dem vollen Regime der Richtlinie 92/50 unterworfen, doch darf daraus noch nicht geschlossen werden, dass andere Dienstleistungen, nämlich die Nichtprioritären, nicht binnenmarktrelevant sind, d. h., im Wesentlichen nicht grenzüberschreitend erbracht werden könnten. Wenn auch der Gemeinschaftsgesetzgeber diese Zweiteilung im Zuge der Novel-

20 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache C-231/03 (zitiert in Fußnote 4), Nr. 78.

lierung, d. h. in der Richtlinie 2004/18 — noch dazu mit derselben Begründung<sup>21</sup> —, beibehalten hat, schließt das noch nicht grundsätzlich die Anwendung von Primärrecht aus.

78. Würde man von der Vermutung ausgehen, dass nichtprioritäre Dienstleistungen für Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse sind, dann hätte die Kommission in einem Vertragsverletzungsverfahren den Nachweis zu erbringen, dass die gegenständliche Vergabe doch von potenziell grenzüberschreitendem Interesse ist.

79. Grundsätzlich ist zwar die Kommission in einem Vertragsverletzungsverfahren verpflichtet, ihr Vorbringen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu belegen. Daraus könnte man schließen, dass die Kommission im Sinne einer Marktanalyse zu belegen hat, für welche Wirtschaftsteilnehmer die geplante Vergabe im Hinblick auf den potenziellen Wettbewerb von Interesse ist, wobei der Wert und der Gegenstand der Vergabe eine entscheidende Rolle spielen.

80. Weder das schriftliche noch das mündliche Vorbringen der Kommission genügt diesen Anforderungen. Legt man also diesen strengen Maßstab der Beweislastverteilung zugrunde, wäre das Begehren der Kommission als unbegründet zurückzuweisen.

81. In diesem Zusammenhang darf allerdings nicht übersehen werden, dass der Gerichtshof im Vergabewesen bislang keinen so strengen Maßstab angelegt hat<sup>22</sup>. Vielmehr dürfte er mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon ausgehen, dass Vergaben einer bestimmten Größenordnung im Zweifel für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten potenziell von Interesse sind.

82. Es bleibt also im vorliegenden Verfahren bei dem Grundsatz, dass so viel Information zu geben ist, wie die potenziell interessierten Unternehmen benötigen, um über ihre Teilnahme am Vergabeverfahren oder die Abgabe eines Angebots entscheiden zu können. Keinesfalls verpflichtet das Primärrecht zu jenen Angaben, die die in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Muster für Bekanntmachungen vorschreiben<sup>23</sup>.

83. Den Akten oder der mündlichen Verhandlung ist nicht zu entnehmen, dass die konkrete Vergabe aufgrund ihrer inhaltlichen Merkmale das Unterlassen jedweder Veröffentlichung rechtfertigt. Weder der jährliche Wert noch der Gegenstand der Dienstleistungen sprechen dafür, dass eine solche Unterlassung gemeinschaftsrechtskonform ist.

21 — 19. Erwägungsgrund.

22 — Siehe nur das Urteil vom 27. Oktober 2005 in der Rechtssache C-158/03 (Kommission/Spanien, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, ABl. 2005, C 330, S. 1).

23 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache C-231/03 (Urteil zitiert in Fußnote 4), Nr. 97.

84. Es ist daher nunmehr zu prüfen, ob dieses Unterlassen auf im Primärrecht ausdrücklich vorgesehene Ausnahmen oder die von der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten generell oder im Vergabewesen anerkannten Rechtfertigungsgründe gestützt werden konnte.

85. Da in concreto überhaupt keine Veröffentlichung der geplanten Dienstleistungen stattgefunden hat, erübrigt es sich aber, im Detail zu untersuchen, welches Publikationsmedium hätte gewählt werden müssen und was den Mindestinhalt der Ausschreibung hätte bilden müssen.

### C — Ausnahmen und Rechtfertigungsgründe

86. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob die Grundfreiheiten wegen der geringen Auswirkungen der Beschränkungen nicht berührt sind, ob der beklagte Mitgliedstaat sich auf eine der Regelungen des Vertrages berufen kann, die Maßnahmen der Mitgliedstaaten von der Anwendung des Primärrechtes generell ausnehmen, ob einer der ausdrücklich im Vertrag vorgesehenen oder ein von der Rechtsprechung anerkannter Rechtfertigungsgrund greift, oder ob Artikel 86 Absatz 2 EG Anwendung findet. Schließlich ist zu prüfen, ob die Ausnahmen der Richtlinien, insbesondere Artikel 6 der Richtlinie 92/50, als solche oder analog anzuwenden sind.

### 1. Geringe Auswirkungen der Vergabe

87. In seinem Urteil in der Rechtssache Coname hat der Gerichtshof eine im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelte Judikaturlinie wieder aufgegriffen, wonach „wegen besonderer Umstände wie beispielsweise einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung vernünftigerweise angenommen werden könnte, dass ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat ... niedergelassen ist, ... kein Interesse an der in Rede stehenden Konzession hätte und dass die Auswirkungen auf die betreffenden Grundfreiheiten daher zu zufällig und zu mittelbar wären, als dass auf eine Verletzung dieser Freiheiten geschlossen werden könnte“<sup>24</sup>.

88. Abgesehen davon, dass fraglich ist, wo die Grenze für die Geringfügigkeit liegt, erfüllt die streitige Vergabe mit einem Wert von mehreren Millionen irischen Pfund pro Jahr diese Voraussetzungen jedenfalls nicht. 2001 soll der Wert der jährlichen Leistungen bereits mehr als 7 Millionen Pfund betragen haben. Damit wurde sogar der Schwellenwert der Richtlinie 92/50 bei weitem überschritten.

24 — Urteil in der Rechtssache C-231/03 (zitiert in Fußnote 4), Randnr. 20.

2. Ausdrücklich im Vertrag normierte Rechtfertigungsgründe

89. Zunächst ist an die Regelungen des Vertrages zu erinnern, die Maßnahmen der Mitgliedstaaten von der Anwendung des Primärrechts generell — wenn auch unter bestimmten Voraussetzungen — ausnehmen. Für das Vergabewesen relevant sind dabei in erster Linie die Ausnahmen betreffend die Sicherheit, und zwar die Artikel 296 EG und 297 EG. Mangels Anhaltspunkt scheiden diese Ausnahmen jedoch in concreto aus.

90. Des Weiteren können die Mitgliedstaaten sich auf die im Vertrag ausdrücklich normierten Rechtfertigungsgründe gemäß Artikel 46 EG in Verbindung mit Artikel 55 EG, wie öffentliche Ordnung oder Gesundheit, berufen. In concreto ist allerdings zu bemerken, dass der beklagte Mitgliedstaat sich nicht in der Weise verteidigt hat, dass er das Vorliegen eines entsprechenden Rechtfertigungsgrundes nachgewiesen hat<sup>25</sup>.

91. Eine die öffentliche Gewalt betreffende, d. h. auf Artikel 45 EG gestützte Rechtfertigung wiederum setze voraus, dass bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Nach ständiger Rechtsprechung sind „die Artikel 45 EG und 55 EG als Ausnahmen vom Grundprinzip der Niederlassungsfrei-

heit so auszulegen ..., dass sich ihre Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmungen den Mitgliedstaaten zu schützen erlauben, unbedingt erforderlich ist“<sup>26</sup>.

92. Die in diesen Artikeln vorgesehene Ausnahmeregelung muss sich nach ständiger Rechtsprechung auf Tätigkeiten beschränken, die als solche eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen<sup>27</sup>.

93. In casu fehlt es jedoch an den von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser ausdrücklich normierten Gründe.

25 — Urteil in der Rechtssache C-264/03 (zitiert in Fußnote 9), Randnr. 69.

26 — Urteile vom 15. März 1988 in der Rechtssache 147/86 (Kommission/Griechenland, Slg. 1988, 1637, Randnr. 7), vom 29. Oktober 1998 in der Rechtssache C-114/97 (Kommission/Spanien, Slg. 1998, I-6717, Randnr. 34) und vom 30. März 2006 in der Rechtssache C-451/03 (Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 45).

27 — Urteile vom 21. Juni 1974 in der Rechtssache 2/74 (Reyners, Slg. 1974, 631, Randnr. 45), vom 13. Juli 1993 in der Rechtssache C-42/92 (Thijssen, Slg. 1993, I-4047, Randnr. 8), in der Rechtssache C-114/97 (zitiert in Fußnote 26), Randnr. 35, vom 31. Mai 2001 in der Rechtssache C-283/99 (Kommission/Italien, Slg. 2001, I-4363, Randnr. 20) und in der Rechtssache C-451/03 (zitiert in Fußnote 26), Randnr. 46.



3. Nicht ausdrücklich im Vertrag normierte Rechtfertigungsgründe oder Gründe im Allgemeininteresse

94. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes<sup>28</sup>, welche grundsätzlich auch auf das Vergabewesen übertragen wurde<sup>29</sup>, können Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs gerechtfertigt sein, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen.

95. Nach dieser Rechtsprechung müssen die genannten Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. Auf jeden Fall müssen sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden.

96. In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der beklagte Mitgliedstaat nicht darlegen konnte, dass vom Gerichtshof anerkannte Rechtfertigungsgründe oder Gründe im Allgemeininteresse, wie etwa Verbraucherschutz, die gewählte Vorgangsweise rechtfertigen.

28 — Siehe nur die Urteile vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92 (Kraus, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 32), vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94 (Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37) und vom 6. November 2003 in der Rechtssache C-243/01 (Gambelli u. a., Slg. 2003, I-13031, Randnrn. 64 f.).

29 — Siehe nur das Urteil in der Rechtssache C-158/03 (zitiert in Fußnote 22), Randnr. 35.

97. Schließlich ist auf den vom Gerichtshof entwickelten Rechtfertigungsgrund „objektiver Umstand“<sup>30</sup> hinzuweisen. Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser vom Gerichtshof nicht genauer erläuterten Möglichkeit, bestimmte mitgliedstaatliche Regelungen zu rechtfertigen, insbesondere mit den Voraussetzungen für dessen Anwendung, erübrigt sich, weil Irland in dieser Hinsicht kein entsprechendes Vorbringen machte.

#### 4. Artikel 86 EG

98. Im vorliegenden Verfahren kam ferner Artikel 86 EG zur Sprache.

99. Hinsichtlich der konkreten Vergabe ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei genau genommen um die Gewährung ausschließlicher Rechte, und zwar auf dem Gebiet der Rettungsdienste, nämlich der Notfallambulanz, handelt.

100. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob auch die Betrauung mit solchen Rechten selbst und nicht erst weitere staatliche Maßnahmen in Bezug auf Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten ausschließliche oder be-

30 — Urteil in der Rechtssache C-231/03 (zitiert in Fußnote 4), Randnr. 23: „Die Tatsache, dass die Gemeinde Cingia de' Botti eine Beteiligung von 0,97 % am Stammkapital von Padania hält, stellt für sich allein keinen objektiven Umstand dar, der eine solche unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnte.“

sondere Rechte gewähren, von Artikel 86 Absatz 1 EG erfasst werden. Der Rechtsprechung des Gerichtshofes lassen sich Hinweise entnehmen, dass auch die Gewährung ausschließlicher Rechte selbst, und zwar als Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung, unter Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG fällt. Das bedeutet jedoch noch nicht, dass eine solche Gewährung auch verboten ist<sup>31</sup>. Ob die Gewährung, also etwa das Recht zur Erbringung von Rettungsdiensten durch den DCC, dem Gemeinschaftsrecht entspricht, ist anhand anderer Vorschriften als Artikel 86 Absatz 1 EG zu ermitteln. Zu den insofern einschlägigen materiell-rechtlichen Vorschriften gehört im Übrigen auch Artikel 86 Absatz 2 EG. Damit gewinnt diese Bestimmung über Maßnahmen der unter sie fallenden Unternehmen hinaus auch in Bezug auf staatliche Maßnahmen Bedeutung.

101. Im vorliegenden Verfahren geht es jedoch nicht um die Übertragung der Rechte an die Authority, sondern um deren Handeln im Rahmen der Daseinsvorsorge, und zwar um deren Vergaben, d. h. die Übertragung der Rettungsdienste an den DCC. Es ist das Verhalten der Einrichtungen, denen bestimmte Rechte übertragen wurden, hinsichtlich dessen Artikel 86 Absatz 2 EG rechtliche Bedeutung zukommt.

102. Was die Übertragung der Rettungsdienste an den DCC betrifft, ist zu untersuchen, ob die Authority die Voraussetzungen von Artikel 86 Absatz 2 EG erfüllt, d. h., ob es sich um ein Unternehmen handelt, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist und ob die Anwendung der primärrechtlichen Vorschriften die Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert hätte.

103. Grundsätzlich ist anzuerkennen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens im Wege einer Ausschreibung wegen der damit verbundenen Vorlaufzeit und der für die Einreichung der Angebote vorzusehenden Frist in bestimmten Fällen die Erfüllung der Aufgaben verhindern kann. Das wäre etwa in Bezug auf ein Versorgungsunternehmen der Fall, wenn es dadurch zu Unterbrechungen oder zu einer verspäteten Aufnahme der Versorgung mit Energie oder Wasser käme.

104. Im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist daher zu prüfen, in welchem Umfang eine Beschränkung des Wettbewerbs oder sogar der Ausschluss jeglichen Wettbewerbs von Seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer erforderlich war, um es dem Inhaber des ausschließlichen Rechts zu ermöglichen, seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen, und zwar unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen<sup>32</sup>.

31 — Siehe etwa die Urteile vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 29), vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 16) und vom 17. November 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-271/90, C-281/90 und C-289/90 (Spanien u. a./Kommission, Slg. 1992, I-5833, Randnrn. 35 f.).

32 — Urteil vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91 (Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Randnr. 16) und vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-475/99 (Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, I-8089, Randnr. 57).

105. Auch wenn es nicht erforderlich ist, dass bei Durchführung einer Ausschreibung das Überleben des Unternehmens bedroht gewesen wäre, müsste zumindest nachgewiesen werden, dass die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen, die diesem Unternehmen obliegen, tatsächlich oder rechtlich gefährdet gewesen wäre<sup>33</sup>.

106. Diesbezüglich hat der beklagte Mitgliedstaat nicht darlegen können, dass die gewählte Vorgangsweise erforderlich war, um es dem DCC zu ermöglichen, seine Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen.

107. Die Prüfung, ob der DCC tatsächlich ein Unternehmen ist, dem Aufgaben von allgemeinem *wirtschaftlichem* Interesse übertragen wurden, kann daher unterbleiben.

108. In diesem Zusammenhang sei zudem daran erinnert, dass Artikel 86 Absatz 2 EG als Bestimmung, die Ausnahmen von den Vorschriften des EG-Vertrags erlaubt, eng auszulegen ist<sup>34</sup>. Im vorliegenden Verfahren ergibt sich auch aus Artikel 16 EG nichts anderes.

5. Übertragung der Ausnahmen der Richtlinien

109. In Betracht kommt schließlich die Übertragung der in den Richtlinien normierten Ausnahmen von der Pflicht zur Veröffentlichung einer vorherigen (Vergabe)Bekanntmachung.

110. Auszugehen ist vom Grundsatz, dass im Geltungsbereich des Primärrechts nicht genau dieselben Vorgaben für das Vergabeverfahren gelten können wie nach den Richtlinien. Das schließt freilich nicht aus, dass manche Vorgaben, wie etwa das Diskriminierungsverbot, auch außerhalb der Richtlinien — allerdings gemäß einer anderen rechtlichen Grundlage, wie etwa eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes — gelten.

111. Wie schon mehrfach betont<sup>35</sup>, müssten im Rahmen des Primärrechts jedenfalls auch solche Ausnahmen anerkannt werden, die denen entsprechen, die die Richtlinien<sup>36</sup> normieren. Damit ist nicht auszuschließen,

33 — Urteil vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-157/94 (Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699, Randnr. 43).

34 — Urteil in der Rechtssache C-157/94 (zitiert in Fußnote 33), Randnr. 37.

35 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache C-231/03 (Urteil zitiert in Fußnote 4), Nr. 93, und dem folgend die Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs vom 2. Juni 2005 in der Rechtssache C-525/03 (Kommission/Italien, Urteil vom 27. Oktober 2005, Slg. 2005, I-9405), Nr. 47.

36 — Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 92/50 sowie Artikel 31 der Richtlinie 2004/18.

dass es auch Fälle geben kann, in denen ein Vergabeverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung, d. h. ohne Ausschreibung, durchgeführt werden darf.

112. Im Hinblick auf diese Art von Ausnahmen ist hier aber festzustellen, dass der beklagte Mitgliedstaat sich nicht auf eine der in der Richtlinie 92/50 normierten Ausnahmen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Vergabebekanntmachung berufen hat.

#### 6. Artikel 6 der Richtlinie 92/50

113. Im Verfahren wurde verschiedentlich die Anwendbarkeit von Artikel 6 der Richtlinie 92/50 diskutiert. Diese Vorschrift nimmt Dienstleistungsaufträge unter bestimmten Voraussetzungen — u. a. hat der Auftragnehmer über ein ausschließliches Recht zu verfügen —, von der Anwendbarkeit dieser Richtlinie aus.

114. Zur Anwendbarkeit dieser Ausnahmeregelung ist grundsätzlich zu bemerken, dass sie nur dann zum Tragen kommen kann, wenn die Vergabe überhaupt unter die Richtlinie 92/50 fällt. Da aber unstreitig ist, dass es schon an anderen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50 fehlt, erübrigt sich die Prüfung, ob im vorliegenden Verfahren ein ausschließliches Recht besteht.

115. In einem Vertragsverletzungsverfahren ist es Aufgabe des beklagten Staates, eventuelle Gründe für die Nichtanwendung der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts vorzubringen. Im vorliegenden Verfahren hat sich die Diskussion allerdings auf Artikel 6 der Richtlinie 92/50 *stricto sensu* beschränkt.

116. Ob eine vergleichbare Ausnahme im Primärrecht besteht, eventuell als Rechtfertigungsgrund oder so genannter „objektiver Umstand“ im Sinne des Urteils Coname, mit der Wirkung, dass solche Vorgänge selbst von der Anwendung von Primärrecht befreit sind, ist von den Parteien nicht näher erörtert worden.

#### D — Ergebnis

117. Insgesamt hat die Prüfung des von der Kommission gerügten Vorganges ergeben, dass keine Umstände vorlagen, die es erlaubt hätten, die streitigen Dienstleistungen durchzuführen, ohne irgendeine Veröffentlichung vorzunehmen.

118. Es kann zwar Beschaffungsverfahren geben, für die überhaupt von einer Veröffentlichung abgesehen werden darf, doch lagen solche Umstände in *concreto* eben nicht vor oder sind zumindest nicht nachgewiesen worden.

## **VI — Kosten**

119. Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterlegene Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verur-

teilen. Da Irland mit seinem Vorbringen unterlegen ist und die Kommission den Antrag gestellt hat, Irland die Kosten der Kommission aufzuerlegen, sind Irland dementsprechend die Kosten der Kommission aufzuerlegen. Das als Streithelferin beigetretene Königreich der Niederlande trägt gemäß Artikel 69 § 4 Absatz 1 der Verfahrensordnung seine eigenen Kosten selbst.

## **VII — Ergebnis**

120. Nach all dem wird dem Gerichtshof vorgeschlagen,

1. festzustellen, dass Irland gegen seine Verpflichtungen aus dem Vertrag verstoßen hat, indem es erlaubt hat, dass der Dublin City Council Rettungswagentransporte durchführt, ohne dass die Eastern Regional Health Authority zuvor eine Bekanntmachung veröffentlicht hat, obwohl keine Umstände vorlagen, die Irland eine solche Vorgangsweise erlaubt hätten;
2. Irland die Kosten der Kommission aufzuerlegen;
3. dem Königreich der Niederlande seine eigenen Kosten aufzuerlegen.