

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
GIUSEPPE TESAURO

vom 17. November 1992 \*

*Herr Präsident,  
meine Herren Richter!*

1. Mit der vorliegenden Klage beantragt die Kommission, festzustellen, daß das Königreich Dänemark im Zusammenhang mit der Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags für den Bau einer Brücke über den Westteil des Großen Belt gegen seine Verpflichtungen aus den Artikeln 30, 48 und 59 EWG-Vertrag sowie der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge<sup>1</sup> verstoßen habe. Die Kommission beanstandet zwei Aspekte des Ausschreibungsverfahrens: a) die Tatsache, daß in die Verdingungsunterlagen eine Klausel aufgenommen wurde, die zur Angabe von Angeboten unter der Bedingung auffordert, daß soweit wie möglich dänische Baustoffe, Verbrauchsgüter, Arbeitskräfte und Ausrüstungen verwendet bzw. eingesetzt werden (im folgenden: dänischer Vorbehalt); b) den Umstand, daß die Verhandlungen mit dem in der Vorauswahl erfolgreichen Konsortium auf der Grundlage eines mit den Verdingungsunterlagen nicht in Einklang stehenden Angebots geführt worden seien.

2. Sachverhalt und vorgerichtliches Verfahren sind im Sitzungsbericht, auf den verwiesen wird, eingehend dargestellt. Ich beschränke mich daher hier darauf, die wesentlichen Punkte der Angelegenheit in dem für das Verständnis der nachfolgenden Ausführungen erforderlichen Umfang in Erinnerung zu rufen.

Den Zuschlag für den Bau der Brücke über den Westteil des Großen Belt erhielt die European Storebælt Group (im folgenden: ESG),

eines der fünf internationalen Konsortien, die im Rahmen der von der „Aktieselskabet Storebæltforbindelsen“ (im folgenden: Storebælt) — einer zu 100 % vom dänischen Staat kontrollierten Gesellschaft, die Bauherrin der in Rede stehenden Arbeiten ist — veranstalteten Ausschreibung zur Abgabe von Angeboten aufgefördert worden war. Die Storebælt, die drei verschiedene Projekte ausgearbeitet hatte, welche als Grundlage der Angebote dienen sollte, leitete Gespräche mit den im voraus ausgewählten Unternehmen ein und setzte dann die Verhandlungen mit der ESG fort, die von der in Artikel 3 Absatz 3 der Verdingungsunterlagen vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hatte, ein Alternativangebot abzugeben; diese Verhandlungen wurden am 26. Juni 1989 mit der Unterzeichnung des Vertrages abgeschlossen.

3. Bereits am 18. Mai 1989 hatte die Kommission Kontakt mit den dänischen Behörden aufgenommen und Zweifel geäußert, ob der dänische Vorbehalt sowie der Umstand, daß die Verhandlungen mit der ESG auf der Grundlage eines mit Artikel 3 Absatz 3 der Verdingungsunterlagen nicht im Einklang stehenden Angebots geführt worden seien, dem Gemeinschaftsrecht entsprächen. Da die Erklärungen der dänischen Regierung sie nicht zufriedengestellt hatte, ersuchte die Kommission diese Regierung mit Schreiben vom 21. Juni 1989 förmlich um Äußerung; in diesem Schreiben erhob sie u. a. die Forderung, den Vertrag nicht zu unterzeichnen. In Beantwortung dieses Schreibens führten die dänischen Behörden aus, sie hätten es nicht für zweckmäßig gehalten, die Unterzeichnung des Vertrages aufzuschieben, die Storebælt jedoch mit Schreiben vom 21. Juni aufgefordert, den dänischen Vorbehalt zu streichen, so daß dieser im endgültigen Vertragstext nicht mehr erscheine.

\* Originalsprache: Italienisch.

<sup>1</sup> — ABl. L 185, S. 5.

Da die Kommission einen Verstoß als gegeben ansah und der Auffassung war, daß die Streichung der in Rede stehenden Klausel nach erfolgter Ausschreibung diesen Verstoß nicht beseitigt habe, stellte sie Dänemark mit Fernschreiben vom 14. Juli 1989 eine mit Gründen versehene Stellungnahme zu, in der sie u. a. ausführte, der einzige Weg zur Bereinigung der entstandenen Situation bestehe angesichts der bereits erfolgten Unterzeichnung des Vertrages in der Aufforderung an Storebælt, den mit der ESG geschlossenen Vertrag aufzuheben und das Ausschreibungsverfahren neu zu eröffnen.

Da das Königreich Dänemark der mit Gründen versehenen Stellungnahme nicht nachkam, erhob die Kommission Klage nach Artikel 169 und stellte zugleich einen Antrag auf den Erlaß einstweiliger Anordnungen im Sinne von Artikel 186 des Vertrages; dieser Antrag bezog sich ausschließlich auf die den dänischen Vorbehalt betreffende Rüge.

4. In der mündlichen Verhandlung über das Verfahren wegen Erlasses einstweiliger Anordnungen, die am 22. September 1989 stattfand, gab die dänische Regierung eine Erklärung ab, in der sie anerkannte, daß der dänische Vorbehalt eine Verletzung des im EWG-Vertrag niedergelegten Diskriminierungsverbots darstelle, und sich verpflichtete: a) bei künftigen Ausschreibungen öffentlicher Bauaufträge oder Lieferungen jegliche diskriminierende Klausel oder Praxis zu vermeiden; b) den Ersatz des den bietenden Unternehmen entstandenen Schadens zu gewährleisten, soweit diese den Nachweis erbringen könnten, daß ihre Ansprüche nach dänischem Recht begründet seien; c) in jedem Falle im Wege über ein Schiedsverfahren die Erstattung der mit der Abgabe der Angebote verbundenen Unkosten zu gewährleisten, und zwar ohne daß die betroffenen Unternehmen nachzuweisen hätten, daß die diskriminierenden Auswirkungen des dänischen Vorbehalts Grund für ihren Ausschluß gewesen seien.

Auf diese Erklärung hin nahm die Kommission ihren Antrag auf Erlaß einstweiliger Anordnungen zurück, hielt dagegen ihre Klage nach Artikel 169 auch hinsichtlich der Beanstandung aufrecht, die Gegenstand jenes Antrags gewesen war. Überdies forderte die Kommission, die sich in ihrer Klageschrift vorbehalten hatte, die zur Stützung der Klage vorgebrachten Gründe später zu vervollständigen und näher auszuführen, die dänische Regierung — in weitem Umfang erfolgreich — auf, eine Reihe von Dokumenten zum Ausschreibungsverfahren und zum endgültigen Vertragsschluß vorzulegen; aufgrund dieser Dokumente brachte sie dann in ihrer Erwiderung neue Klagegründe vor. Dieses Vorgehen veranlaßte die dänische Regierung, in ihrer Gegenerwiderung eine Reihe von Unzulässigkeitseinreden zu erheben, sei es hinsichtlich der Beanstandung des dänischen Vorbehalts, sei es in bezug auf die die zwischen Storebælt und der ESG geführten Verhandlungen betreffende Rüge. Diese Einreden der dänischen Regierung sollen nachstehend im Rahmen der beiden von der Kommission geltend gemachten Klagegründe geprüft werden.

#### a) *Zum dänischen Vorbehalt*

5. Die dänische Regierung wendet sich dagegen, daß die Kommission den Gegenstand des Rechtsstreits auf andere als die im Aufforderungsschreiben und in der mit Gründen versehenen Stellungnahme genannten Klauseln erstrecke, da es sich hier im wesentlichen um neue, erst in der Erwiderung enthaltene und ausgeführte Rügen handele.

In der Tat hatte sich die Kommission im vorgerichtlichen Verfahren ausschließlich auf den dänischen Vorbehalt bezogen, so wie dieser in Artikel 6 Absatz 2 der allgemeinen Bedingungen der Verdingungsunterlagen

formuliert worden war; in der Klageschrift und vor allem in der Erwiderung hat sie jedoch eine Reihe anderer, in den Verdingungsunterlagen enthaltenen oder unmittelbar oder zum ersten Mal in den endgültigen Vertragstext eingefügten Klauseln beanstandet, denen sich entnehmen lasse, daß auch im Vergabebetrag Spezifizierungen des dänischen Vorbehalts — insbesondere in Form von Bedingungen hinsichtlich der Baustoffe — auftauchten.

Die Kommission rechtfertigt dieses Vorgehen damit, daß sie im vorgerichtlichen Verfahren ganz allgemein den dänischen Vorbehalt habe beanstanden wollen und daß daher die in der Erwiderung vorgetragenen Angriffsmittel als bloße Präzisierung dieser allgemeineren Rüge anzusehen seien und keine selbständigen und neuen Vorwürfe darstellten. In der Tat ist unbestreitbar, daß die von der Kommission in Klageschrift und Erwiderung angeführten Klauseln im wesentlichen lediglich Spezifizierungen des dänischen Vorbehalts sind, wie er in Artikel 6 Absatz 2 der allgemeinen Bedingungen der Verdingungsunterlagen formuliert wurde.

6. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes<sup>2</sup> wird der Gegenstand einer nach Artikel 169 EWG-Vertrag erhobenen Klage in dem in dieser Vorschrift vorgesehenen Vorverfahren sowie in den Anträgen der Klageschrift festgelegt; die mit Gründen versehene Stellungnahme und die Klage müssen auf die gleichen Erwägungen und Rügen gestützt sein. Es trifft zwar zu, daß der Gerichtshof die Möglichkeit einräumt, in der Klageschrift neue Tatsachen vorzutragen, die „von derselben Art sind wie diejenigen, die in [den mit Gründen versehenen] Stellungnahmen erwähnt waren und die demselben

Verhalten zugrunde liegen“<sup>3</sup>; es muß sich jedoch, wie aus Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung hervorgeht, um Tatsachen handeln, die nach der Abgabe der mit Gründen versehenen Stellungnahme eingetreten sind oder dem Kläger jedenfalls im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht bekannt waren.

Soweit die von der Kommission erstmalig in Klageschrift und Erwiderung vorgebrachten Rügen Klauseln der Verdingungsunterlagen betreffen, Klauseln also, die bereits im Zeitpunkt des Aufforderungsschreibens bestanden, kommt man um die Feststellung nicht herum, daß die Kommission im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes hiervon Kenntnis hätte haben müssen oder mindestens können. Hiernach können diese „diskriminierenden“ Klauseln im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden, so daß die Unzulässigkeitseinrede der dänischen Regierung Erfolg haben muß.

Allerdings handelt es sich, so formuliert, um ein rein formales Problem. Soweit nämlich der dänische Vorbehalt, wie unbestritten ist, mit dem Gemeinschaftsrecht nicht in Einklang steht, meine ich, daß der zuwiderhandelnde Staat in jedem Falle gehalten ist, hieraus die offensichtlichen Folgen zu ziehen, d. h., alle Bestimmungen zu streichen, in denen dieser Vorbehalt Ausdruck findet. Daß die dänische Regierung selbst sich dessen wohl bewußt war, läßt sich sowohl der Tatsache entnehmen, daß sie in ihrer Antwort auf die mit Gründen versehene Stellungnahme versichert hat, der endgültige Vertragstext enthalte keine Klausel nach Art des dänischen Vorbehalts, als auch

2 — Vgl. zuletzt Urteil vom 31. März 1992 in der Rechtssache C-52/90 (Kommission/Dänemark, Slg. 1992, I-2208, Randnr. 23).

3 — Vgl. Urteile vom 22. März 1983 in der Rechtssache 42/82 (Kommission/Frankreich, Slg. 1983, 1013) und vom 4. Februar 1988 in der Rechtssache 113/86 (Kommission/Italien, Slg. 1988, 607).

dem Vorbringen dieser Regierung, da der dänische Vorbehalt vor der Unterzeichnung des Vertrages, also binnen kürzester Frist, habe gestrichen werden müssen, sei in der Eile eine Reihe konkreter Hinweise betreffend die Verwendung dänischer Baustoffe übersehen worden <sup>4</sup>.

7. Was weiterhin die erstmals in den endgültigen Vertragstext eingefügten Klauseln betrifft, die nach Ansicht der Kommission ebenfalls Spezifizierungen des dänischen Vorbehalts darstellen, so ist vor allem hervorzuheben, daß die diesen Klagegrund betreffenden Anträge der Kommission lediglich auf den nicht ordnungsmäßigen Ablauf des Ausschreibungsverfahrens bezogen sind und daß daher die im endgültigen Vertragstext hinzugekommenen Klauseln, anders als die in den allgemeinen und besonderen Bedingungen der Verdingungsunterlagen enthaltenen „diskriminierenden“ Klauseln, keinerlei Einfluß auf diesen Ablauf gehabt haben können <sup>5</sup>. Streng genommen könnten diese Klauseln infolgedessen die Grundlage für ein selbständiges Vertragsverletzungsverfahren bilden: Es liegt auf der Hand, daß sie, sollten sie rechtswidrig sein, eine gegenwärtige Verletzung des Gemeinschaftsrechts darstellen würden, da die Arbeiten am Bau der Brücke noch im Gang sind.

Sicherlich ließe sich auch geltend machen, daß die Berücksichtigung etwaiger in diesen Klauseln enthaltener rechtswidriger Bestimmungen im vorliegenden Verfahren den Gegenstand des Rechtsstreits nicht wesentlich ändern würde, da es sich um Vorwürfe der gleichen Art wie diejenigen handelt, die

in der mit Gründen versehenen Stellungnahme erhoben wurden und ein und dasselbe Verhalten betreffen. Außerdem trifft es zwar zu, daß der endgültige Vertrag vor Zustellung der mit Gründen versehenen Stellungnahme geschlossen wurde; es trifft aber ebenfalls zu, daß das klagende Organ, dem im übrigen angesichts der äußerst kurzen Zeiträume, in denen es das vorliegende Verfahren betrieben hat (zwischen Beginn des vorgerichtlichen Verfahrens und Klageerhebung lag weniger als ein Monat), weder Tatenlosigkeit noch Nachlässigkeit vorgeworfen werden kann, hiervon erst nach Klageerhebung tatsächliche Kenntnis erlangt hat.

Angesichts der Strenge, die der Gerichtshof hinsichtlich der Erstreckung des Klagegegenstands auf Tatsachen zeigt, die der Klägerin im Zeitpunkt der Zustellung der mit Gründen versehenen Stellungnahme nicht bekannt waren, schlage ich jedoch in korrekter Beachtung der für Klagen nach Artikel 169 geltenden Verfahrensgrundsätze vor, der Unzulässigkeitseinrede der dänischen Regierung auch in diesem Punkt stattzugeben.

8. Nachdem nunmehr feststeht, daß Gegenstand der zu prüfenden Rüge lediglich der dänische Vorbehalt ist, wie er in Artikel 6 Absatz 2 der allgemeinen Bedingungen der Verdingungsunterlagen formuliert wurde, sowie angesichts der Tatsache, daß, wie bereits bemerkt, die Unvereinbarkeit dieses Vorbehalts mit den Artikeln 30, 48 und 59 des Vertrages nicht bestritten wird, ist zunächst festzustellen, ob die dänische Regierung mit der Beseitigung des in Rede stehenden Vorbehalts der mit Gründen versehenen Stellungnahme nachgekommen ist. In der Tat wurde diese Klausel, wie erinnerlich, vor der Unterzeichnung des Vertrags (26. Juni) und somit erst recht vor der Zustellung der mit Gründen versehenen Stellungnahme durch die Kommission an die dänische Regierung (14. Juli) gestrichen. Genau hierauf beruft sich die dänische

<sup>4</sup> — Siehe S. 44 der Gegenerwiderung. In der Tat hat die dänische Regierung ausdrücklich anerkannt, daß einige von ihr als sekundär eingestufte Bestimmungen des Vertrages nach wie vor Spezifizierungen des dänischen Vorbehalts enthalten.

<sup>5</sup> — Die soeben vorgetragenen Bemerkungen gelten wohlgerne auch hier: Es wäre in der Tat zumindest unlogisch, wenn die dänische Regierung, die ja die Unvereinbarkeit des dänischen Vorbehalts mit dem Gemeinschaftsrecht eingeräumt und infolgedessen deren Streichung gefordert hat, es anschließend zuließe, daß in den endgültigen Vertragstext rechtswidrige Vorschriften der gleichen Art eingefügt würden.

Regierung zur Stützung ihres Vorbringens, die Klage müsse für unzulässig erklärt oder zumindest abgewiesen werden, wie der Gerichtshof in der Rechtssache C-362/90<sup>6</sup> entschieden habe. Meines Erachtens kann aber der vorliegende Fall dem soeben erwähnten Fall nicht gleichgestellt werden.

In der Rechtssache C-362/90 hatte der festgestellte Verstoß seine Wirkungen zum Zeitpunkt der Zustellung der mit Gründen versehenen Stellungnahme bereits vollständig erschöpft, und der Gerichtshof hat der Kommission namentlich vorgeworfen, sie habe „nicht rechtzeitig gehandelt...“, um — mit Hilfe der Verfahren, die ihr zur Verfügung stehen — zu verhindern, daß der gerügte Verstoß Wirkungen entfaltet, und ... sie [habe] sich nicht einmal darauf berufen ..., daß das in Artikel 169 EWG-Vertrag vorgesehene Vorverfahren nicht habe abgeschlossen werden können, bevor der Verstoß abgestellt wurde“<sup>7</sup>.

9. In unserem Falle stellt sich die Lage dagegen wesentlich anders dar. Wie bereits dargelegt, hatte die Kommission nämlich in dem Schreiben, mit dem sie die dänische Regierung um Äußerung ersucht hatte, diese Regierung nicht nur aufgefordert, binnen acht Tagen die verlangten Auskünfte zu erteilen, sondern auch, inzwischen die Unterzeichnung des Vertrages aufzuschieben. Die dänische Regierung konnte also dadurch, daß sie die Forderung der Kommission erfüllte, die „Vollendung“ der Zuwiderhandlung vermeiden; stattdessen teilte sie in ihrer Antwort auf das Aufforderungsschreiben mit, daß Storebælt den Vertrag bereits unterzeichnet habe. Dieses Vorgehen hat die Wiedereröffnung des Ausschreibungsverfahrens verhindert, was das klagende Organ dazu veranlaßte, in der mit Gründen versehenen Stellungnahme die Aufhebung des

Vertrages und eben diese Wiedereröffnung zu verlangen, da dies die einzige Möglichkeit war, der Zuwiderhandlung ein Ende zu setzen. Da der Vertrag über die Vergabe des Bauauftrags im übrigen auf der Grundlage einer nicht ordnungsgemäßen Ausschreibung geschlossen wurde, ist meines Erachtens — angesichts der Tatsache, daß die Rechtswidrigkeit des dänischen Vorbehalts nicht bestritten wird — kein Zweifel am Fortbestehen des Verstoßes möglich.

In der Tat liegt auf der Hand, daß der Verstoß nur durch ein neues Ausschreibungsverfahren beseitigt werden kann, da das tatsächlich durchgeführte Verfahren in offenem Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht stand. Es ist mit anderen Worten unzweifelhaft, daß, da der dänische Vorbehalt Einfluß auf die Abgabe der Angebote hatte, seine spätere Streichung, sei es selbst vor Unterzeichnung des Vertrages, in keiner Weise einen derart tiefgreifenden Mangel des Vergabeverfahrens heilen konnte. Ich bezweifle auch, daß sich die dänische Regierung auf die Feststellung der Kommission berufen kann, es sei im gegenwärtigen Stadium nicht mehr möglich, die volle Beachtung des Gemeinschaftsrechts durchzusetzen, um hieraus abzuleiten, die Anträge der Kommission seien gegenstandslos geworden. In der Tat wäre es zumindest seltsam, wenn ein Mitgliedstaat, der immerhin die Möglichkeit hatte, zu verhindern, daß die Zuwiderhandlung endgültige Wirkungen zeitigte, sich anschließend den Umstand zunutze machen könnte, daß die fragliche Zuwiderhandlung bereits vollendet war, um deren „Feststellung“ im Sinne von Artikel 171 zu verhindern. In einem etwa in diesem Sinne ergehenden Urteil des Gerichtshofes ginge es ja nicht um die Feststellung, daß Storebælt verpflichtet gewesen wäre, das Ausschreibungsverfahren neu zu eröffnen, sondern ganz einfach um die Feststellung, daß das in Rede stehende Verfahren im Widerspruch zu den einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts durchgeführt wurde.

6 — Urteil vom 31. März 1992 (Kommission/Italien, Slg. 1992, 2353).

7 — Urteil vom 31. März 1992, a. a. O., Randnr. 12.

Alles in allem würde die Billigung des Vorbringens der beklagten Regierung, daß der dänische Vorbehalt bereits vor Erlaß der mit Gründen versehenen Stellungnahme gestrichen worden und die diesen Vorbehalt betreffende Rüge daher jedenfalls nach erfolgter Unterzeichnung des Vertrages gegenstandslos geworden sei, darauf hinauslaufen, die Beteiligten noch dafür zu belohnen, daß die Zuwiderhandlung ungeachtet der Tatsache, daß das Vertragsverletzungsverfahren bereits im Gang war, „vollendet“ wurde.

Noch eine letzte Bemerkung zu diesem Punkt. Ganz offensichtlich würde das Vertragsverletzungsverfahren, falls sich der Gerichtshof die Auffassung der dänischen Regierung zu eigen machte, stets dann jeden Sinn verlieren, wenn es um punktuelle Zuwiderhandlungen ginge, d. h. um solche, bei denen die Gefahr bestünde, daß sie bereits während des vorgerichtlichen Verfahrens, möglicherweise vor Erlaß der mit Gründen versehenen Stellungnahme, „vollendet“ würden. Es liegt auf der Hand, daß diese Gefahr auf einem Gebiet wie dem der Vergabe öffentlicher Bauaufträge fast immer besteht. Unter diesem Gesichtspunkt ist es, will man nicht das Verfahren nach Artikel 169 in Fällen von Verstößen der in Rede stehenden Art aushöhlen und entwerten, weder möglich, sich mit Erfolg auf die Feststellung des Gerichtshofes zu berufen, er könne „nur angerufen werden ...“, wenn der betreffende Staat der mit Gründen versehenen Stellungnahme nicht ... nachgekommen ist“<sup>8</sup>, noch, wie in der bereits erwähnten Rechtssache C-362/90 geschehen, geltend zu machen, daß „bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme ... gesetzten Frist der gerügte Verstoß nicht mehr bestand“, da diese Zuwiderhandlung ihre Wirkungen bereits erschöpft hatte. Im vorliegenden Fall hatte die Kommission nämlich das Vertragsverletzungsverfahren rechtzeitig eingeleitet, um zu verhindern, daß die beanstandete Zuwiderhandlung Wirkungen

zeitigte, d. h., um den beteiligten Staat angesichts der Tatsache, daß der endgültige Vertrag noch nicht unterzeichnet worden war, die Möglichkeit zu geben, das Ausschreibungsverfahren neu zu eröffnen.

10. Nach dieser Klarstellung ist nunmehr zu prüfen, ob und inwieweit die im Rahmen des Verfahrens der einstweiligen Anordnung abgegebene Erklärung der dänischen Regierung vom 22. September 1989 von Bedeutung ist. Hierzu macht die dänische Regierung geltend, mit dieser Erklärung habe sie nicht nur das Vorliegen des Verstoßes eingeräumt, sondern auch anerkannt, daß sie gegenüber den bietenden Unternehmen mit ihrem Vermögen haftbar sei, so daß der fraglichen Erklärung, ebenso wie einem Urteil, die rechtliche Bedeutung einer endgültigen Feststellung des Verstoßes zukomme.

Nun hat die dänische Regierung zwar den Verstoß anerkannt und den Ersatz des den konkurrierenden Unternehmen entstandenen Schadens garantiert; dieser Umstand beseitigt aber nicht das rechtliche Interesse an der Fortsetzung des Verfahrens. Daß die genannte Erklärung das klagende Organ veranlaßt hat, seinen Antrag auf Anordnung einstweiliger Maßnahmen zurückzunehmen, ist nichts weiter als das Ergebnis einer zwischen den Parteien ausschließlich im Hinblick auf das summarische Verfahren und vor allem zu dem Zweck, dieses Verfahren außergerichtlich zu beenden, getroffenen Vereinbarung. Es geht daher nicht an, aus einem solchen Verhalten der Kommission auf die Unzulässigkeit oder jedenfalls die Unbegründetheit der Klage zu schließen. Die gegenteilige Auffassung würde den Grundsatz einführen, daß die Kommission stets dann auf ihre Klage verzichten *muß*, wenn der Verstoß im Laufe des Verfahrens nicht mehr bestritten und gleichzeitig der Anspruch der betroffenen Privatpersonen auf Ersatz des ihnen durch den Verstoß entstandenen Schadens anerkannt wird.

11. Aus der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, in der mitunter ausdrück-

<sup>8</sup> — Urteil vom 15. Januar 1986 in der Rechtssache 121/84 (Kommission/Italien, Slg. 1986, 107, Randnr. 10).

lich hervorgehoben wurde, daß das Interesse an der Fortführung des Rechtsstreits insoweit gegeben sein kann, als die Grundlage für eine Haftung geschaffen wird, die einen Mitgliedstaat als Folge seiner Zuwiderhandlung treffen kann<sup>9</sup>, folgt im übrigen, daß ein Interesse der Kommission an der Fortführung der von ihr gemäß Artikel 169 anhängig gemachten Verfahren in jedem Fall zu vermuten ist, auch wenn die Verstöße, um die es sich handelt, nicht bestritten werden<sup>10</sup>.

Letztlich braucht die Kommission, wie der Gerichtshof anerkannt hat<sup>11</sup>, kein „Klage-“Interesse nachzuweisen, um ihre Klage aufrechterhalten zu können. Als „Hüterin“ der Verträge hat die Kommission in jedem Fall ein Interesse daran, die Zuwiderhandlung durch Urteil des Gerichtshofes feststellen zu lassen: Einzige Voraussetzung hierfür ist, daß der betroffene Staat den ihm vorgeworfenen Verstoß nicht innerhalb der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist abgestellt hat. Entgegen der Auffassung der dänischen Regierung ist es unerheblich, ob der in Rede stehende Verstoß bereits vor Zustellung dieser Stellungnahme eingeräumt wurde.

Nach alledem bin ich daher der Auffassung, daß das Königreich Dänemark dadurch gegen seine Verpflichtungen aus den Artikeln 30, 48 und 59 des Vertrages verstoßen hat, daß Storebælt einen öffentlichen Bauauftrag auf der Grundlage einer Klausel ausgeschrieben hat, die zur Abgabe von Angeboten unter der Bedingung der weitestmöglichen Verwendung dänischer Baustoffe und Arbeitskräfte aufforderte.

9 — Vgl. zuletzt Urteil vom 18. März 1992 in der Rechtssache C-29/90 (Kommission/Griechenland, Slg. 1992, 1971, Randnr. 12).

10 — Hierzu mag der Hinweis genügen, daß der Gerichtshof niemals das Interesse der Kommission an der Verurteilung eines Mitgliedstaats wegen eines begangenen Verstoßes verneint hat, und zwar auch dann nicht, wenn der betroffene Mitgliedstaat seinen Verstoß in vollem Umfang anerkannt und dieser Verstoß offensichtlich keinerlei Schadensersatzprobleme aufgeworfen hat.

11 — Vgl. Urteil vom 4. April 1974 in der Rechtssache 167/73 (Kommission/Frankreich, Slg. 1974, 359, Randnr. 15).

b) *Zur Frage der auf der Grundlage eines mit den Verdingungsunterlagen nicht im Einklang stehenden Angebots geführten Verhandlungen*

12. Auch gegenüber diesem Vorwurf erhebt die dänische Regierung eine Reihe von Unzulässigkeitsreden, die teils die tatsächlichen Umstände betreffen, die die Kommission zur Stützung der Rüge erstmals in der Erwiderung ins Feld geführt haben soll, und sich teils und vor allem gegen eine angebliche Änderung der Klageanträge richten, die zu einer Erweiterung derselben geführt habe.

Was die von der Kommission erstmals in ihrer Erwiderung angeführten Tatsachen angeht, d. h. die „angeblichen“ Verhandlungen zwischen Storebælt und der ESG, die zu mit den Klauseln der Verdingungsunterlagen unvereinbaren Bestimmungen des endgültigen Vertragstextes geführt haben sollen<sup>12</sup>, gilt das bereits zu dem den dänischen Vorbehalt betreffenden Vorwurf Gesagte. Nach der bereits angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofes ist es ausgeschlossen, daß die Kommission die uns beschäftigende Rüge auf Tatsachen stützt, die sie im vorgerichtlichen Verfahren nicht vorgetragen hat.

Schwieriger ist dagegen die Frage der Neuformulierung der Anträge. Tatsächlich hatte die Kommission der dänischen Regierung ursprünglich vorgeworfen, daß Storebælt mit der ESG Verhandlungen auf der Grundlage eines mit Artikel 3 Absatz 3 der Verdingungsunterlagen nicht im Einklang stehenden Angebots geführt habe. In der Erwiderung hat die Kommission dann die entsprechenden Anträge neu formuliert und

12 — In ihrer Erwiderung hat die Kommission tatsächlich nicht nur die Verhandlungen über den von der ESG gegenüber Artikel 3 Absatz 3 der Verdingungsunterlagen geltend gemachten Vorbehalt zur Sprache gebracht, sondern auch angebliche Verhandlungen über den Einheitspreis für Füllsand, das Aufholen von Verspätungen und die für diese zu entrichtenden Vertragsstrafen, den Beitrag zugunsten des Arbeitsmarktes, die Formel für Preisanpassungen usw.

geltend gemacht, Storebælt habe auf der Grundlage eines mit den Verdingungsunterlagen nicht in Einklang stehenden Angebots mit der ESG Verhandlungen geführt, die zur Folge gehabt hätten, daß in den endgültigen Vertragstext Änderungen der Ausschreibungsbedingungen allein zu Gunsten dieses Bieters, insbesondere solche Änderungen, die preisrelevante Faktoren betroffen hätten, aufgenommen worden seien. Überdies hat die Kommission eine ausdrückliche Bezugnahme auf den Grundsatz der Gleichbehandlung als Grundlage der Richtlinie 71/305 hinzugefügt, während sie sich in den Anträgen der Klageschrift im besonderen auf Abschnitt IV dieser Richtlinie bezogen hatte.

Die dänische Regierung macht geltend, die Neuformulierung der Anträge zu diesem Punkt stelle sich als Erweiterung dieser Anträge dar, und beruft sich auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach eine Partei den Streitgegenstand im Laufe des Verfahrens nicht ändern dürfe; infolgedessen sei die Begründetheit der Klage ausschließlich anhand der in der Klageschrift gestellten Anträge zu beurteilen<sup>13</sup>. Überdies stützten sich die neuformulierten Anträge auf eine neue Rechtsgrundlage, nämlich den Grundsatz der Gleichbehandlung, der angeblich der Richtlinie zugrunde liege. Ein derartiges Vorgehen könne deshalb nicht hingenommen werden, weil es eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs darstelle, denn der beklagte Staat habe nicht die Möglichkeit gehabt, sich innerhalb der vorgeschriebenen Fristen und in der vorgeschriebenen Form zu äußern.

13. Dieser Auffassung kann ich mich nicht anschließen. Zunächst einmal ist eine

Neuformulierung der Anträge, wie auch die dänische Regierung selbst anerkennt, rechtlich nicht zu beanstanden, wenn sie darauf abzielt, die Anträge im Sinne einer „Einschränkung“ abzugrenzen. Gerade diese Lage halte ich im vorliegenden Fall für gegeben, da die Kommission nicht mehr in allgemeiner Weise beanstandet, die Verhandlungen seien auf der Grundlage eines den Verdingungsunterlagen nicht entsprechenden Angebots geführt worden, sondern den Vorwurf erhebt, sie hätten eine unabdingbare Klausel der Verdingungsunterlagen zum Gegenstand gehabt und zu Ergebnissen geführt, die in offenem Gegensatz zu dem Grundsatz gestanden hätten, auf dem die Richtlinie 71/305 beruhe, nämlich dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter; damit hat die Kommission den in der mit Gründen versehenen Stellungnahme erhobenen Vorwurf abgegrenzt und eingeschränkt.

Zu der Behauptung, der Grundsatz der Gleichbehandlung stelle eine neue Rechtsgrundlage dar, möchte ich einleitend bemerken, daß dieser Grundsatz ausdrücklich zwar erstmals in der Erwiderung in die Anträge aufgenommen wurde, daß die Kommission aber bereits im Stadium des vorgerichtlichen Verfahrens dem Königreich Dänemark die Verletzung dieses Grundsatzes vorgeworfen hatte. Insbesondere erinnere ich daran, daß die Kommission in der mit Gründen versehenen Stellungnahme ausgeführt hat, daß die Verhandlungen auf der Grundlage eines nicht den Verdingungsunterlagen entsprechenden Angebots „infringed the principle of equal treatment of all contractors which lies at the heart just as much of national laws in the field of procurement as of Council Directive 71/305“. Folglich hatte die dänische Regierung die Möglichkeit, sich zu diesem Aspekt zu äußern, wie sich im übrigen auch aus der Antwort auf die mit Gründen versehene Stellungnahme und aus der Klagebeantwortung ergibt.

13 — Siehe z. B. das Urteil vom 14. Oktober 1987 in der Rechtsache 278/85 (Kommission/Dänemark, Slg. 1987, 4069).

14. Ich komme nun zur Prüfung der Begründetheit dieser Rüge. Hier sei zunächst an den Inhalt von Artikel 3 Absatz 3 der Verdingungsunterlagen erinnert, also die Klausel, der die ESG in ihrem Angebot nicht entsprochen haben soll.

Nach dieser Bestimmung muß der in einem Alternativangebot angegebene Preis die Kosten der detaillierten Ausarbeitung des Entwurfs enthalten, den der Bieter dem Bauherrn zur Annahme vorlegt; weiter muß der Bieter die volle Haftung für die Erstellung und die Ausführung des Vorhabens übernehmen, einschließlich des Risikos der Änderung der Mengen, auf denen das Alternativangebot beruht. Artikel 3 Absatz 3 sieht ferner vor, daß der Bieter für den Fall, daß der Bauherr beschließt, die detaillierte Ausarbeitung des Vorhabens selbst vorzunehmen, den Betrag angeben muß, um den sich der Preis des Vorhabens ermäßigt. In diesem Fall trägt der Bauherr die Verantwortung für die Konzeption des Vorhabens und die Risiken der Änderung der Mengen, soweit sie die Folge der detaillierten Ausarbeitung des Vorhabens sind.

Das von der ESG vorgelegte Alternativangebot über eine Stahlbetonbrücke sieht unter dem Punkt 6.1 (gegenwärtiges Angebot) vor, daß der Bauherr die detaillierte Ausarbeitung des Vorhabens übernimmt und die volle Verantwortung für dessen Durchführung sowie das Risiko von Mengenänderungen übernimmt. Als Variante schlug die ESG unter dem Punkt 6.2 ihres Angebots vor, für einen zusätzlichen Preis von 42 Millionen DKR selbst die Ausarbeitung des Vorhabens zu übernehmen; auch in diesem Fall war sie jedoch der Ansicht, daß die Verantwortung für die Durchführung des Vorhabens und das etwa mit 5 Millionen DKR bezifferte Risiko von Mengenänderungen beim Bauherrn liegen müßten.

15. Meines Erachtens ergibt sich aus der Formulierung von Punkt 6.2 unzweideutig, daß dieses Angebot Artikel 3 Absatz 3 der Verdingungsunterlagen nicht entspricht. Das Vorbringen der dänischen Regierung, die Übernahme der Verantwortung für die Durchführung des Vorhabens und der Risiken von Mengenänderungen durch den Bauherrn betreffen lediglich den Fall, daß der Bauherr das Vorhaben selbst ausarbeite, wird im übrigen durch Storebælt selbst widerlegt, wie sich aus der Note vom 21. Juni 1989 ergibt, die die dänische Regierung ihrer Antwort auf das Erklärungsersuchen der Kommission beigelegt hat<sup>14</sup>.

Angesichts der Unvereinbarkeit eines solchen Angebots mit den Verdingungsunterlagen hatte die Kommission ursprünglich die Auffassung vertreten, bereits die Tatsache, daß Storebælt das Angebot in Betracht gezogen und die Verhandlungen auf dieser Grundlage geführt habe, stelle eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung dar, so wie dieser dem Abschnitt IV der Richtlinie 71/305 zu entnehmen sei.

Die Kommission räumt zwar ein, daß die Unternehmen in ihre Angebote Vorbehalte aufnehmen könnten, ist aber der Ansicht, dieses Recht werde durch die grundlegenden Vorschriften der Verdingungsunterlagen begrenzt, zu denen Artikel 3 Absatz 3 mit Sicherheit gehöre. Hieraus folge, daß Storebælt keine unter den gleichen Bedingungen eingereichten Angebote objektiv miteinander verglichen habe, was später dazu geführt habe, daß die letzte Phase des Ausschreibungsverfahrens im Verhältnis zu den anderen Unternehmen, die Angebote abgegeben

14 — Um zu beweisen, daß das Angebot der ESG, so wie es unter Punkt 6.2 formuliert war, keinerlei Einfluß auf das Ergebnis der Verhandlungen gehabt habe, bemerkt Storebælt nämlich in dieser Note, sie habe den Vorschlag von ESG nicht angenommen, wonach der Bauherr das mit der Konzipierung des Vorhabens und den Mengen verbundene Risiko übernehmen sollte, auch wenn der Unternehmer diese Konzipierung übernehme.

hätten, nicht ordnungsgemäß verlaufen sei. Wie bereits bemerkt, hat die Kommission dann in ihrer Erwiderung den in Rede stehenden Vorwurf dahin präzisiert, daß die zwischen der ESG und Storebælt geführten Verhandlungen mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar seien, soweit sie einen Einfluß auf die Preise gehabt hätten.

16. In der Tat hatte sich Storebælt, wie ich soeben dargelegt habe, zur detaillierten Ausarbeitung des Vorhabens gegen einen festen Betrag von 42 Millionen DKR verpflichtet, nicht aber dazu, die Verantwortung hierfür und/oder die mit der Projektierung verbundenen Risiken zu übernehmen. Diese Punkte waren also notwendig Gegenstand von Verhandlungen; es ist zu vermuten, daß das gleiche auch für das Risiko von Mengenänderungen gilt.

Da sich die dänische Regierung geweigert hat, der Kommission die diese Verhandlungen betreffenden Unterlagen zu übermitteln<sup>15</sup>, läßt sich nicht feststellen, in welcher Weise Storebælt die entsprechenden Preise festgesetzt hat. Fest steht jedoch, daß eine Reihe von Bedingungen der Verdingungsunterlagen im Verlauf der Verhandlungen abgeändert wurden mit der Folge — angesichts der Natur dieser Bedingungen —, daß der Auftragspreis, wie er im Angebot festgelegt worden war, sich ebenfalls verändert hat.

Wie sich außerdem aus den von der Kommission vorgelegten Dokumenten ergibt, sieht der mit der ESG geschlossene Vertrag eine Haftungsbeschränkung auf 300 Millionen DKR sowie eine zeitliche Begrenzung der Haftung auf sechs Jahre vor. Dies steht

15 — Diese Weigerung wurde damit begründet, daß es sich a) um vertrauliche Unterlagen handle und daß b) Storebælt jedenfalls nicht verpflichtet gewesen sei, den Preis der fraglichen Vorbehalte festzusetzen.

in offenem Widerspruch nicht nur zu Artikel 3 Absatz 3 der Verdingungsunterlagen, wonach der Unternehmer die volle Verantwortung für Verwirklichung und Durchführung des Vorhabens zu übernehmen hat, sondern auch und vor allem mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung, denn es liegt auf der Hand, daß die übrigen Bieter bei der Festlegung des Auftragspreises davon ausgegangen sind, daß sie die volle Verantwortung für die Arbeiten zu tragen haben würden. Was weiterhin das Risiko von Mengenänderungen betrifft, so sieht der Vertrag einen festen Betrag von 5 Millionen DKR vor, der der Schätzung entspricht, die die ESG in ihrem Alternativangebot vorgenommen hatte: Es ist somit klar, daß die fraglichen Verhandlungen einen Einfluß auf die Preise gehabt haben.

Alle diese Tatsachen können nur zu dem Schluß führen, daß die Ausschreibungsbedingungen, wie sie in den Verdingungsunterlagen (und in dem hier einschlägigen Artikel 3 Absatz 3) festgelegt worden waren, zugunsten eines einzigen Bieters geändert worden sind. Hieraus ergibt sich letztlich eine Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen im Verhältnis zwischen den Bietern und damit eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter.

17. Die dänische Regierung wendet jedoch ein, die Preiserhöhung entspreche in vollem Umfang den Gesamtkosten der in Rede stehenden Arbeiten; die ihr von der Kommission vorgeworfenen Verhaltensweisen würden vom Gemeinschaftsrecht nicht erfaßt; insbesondere richteten sich die Möglichkeit, Angebote, die Vorbehalte enthielten, zu akzeptieren, sowie die Befugnis des Bauherrn, Verhandlungen mit den bietenden Unternehmen zu führen, nach innerstaatlichem Recht. Die Regierung besteht somit darauf, daß die Richtlinie 71/305 die Frage

nach den Grenzen, innerhalb deren sich die Verhandlungen bewegen dürften, nicht regeln und daß das anwendbare innerstaatliche Recht ohne jegliche Diskriminierung einzelner Bieter angewandt worden sei.

Das Vorbringen der dänischen Regierung, der Richtlinie 71/305 lasse sich keine Vorschrift entnehmen, die den Mitgliedstaaten in der Frage, ob mit einem Vorbehalt versehene Angebote berücksichtigt werden oder ob keinerlei Verhandlungen stattfinden dürften, weitergehende Verpflichtungen auferlege, als sie das dänische Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge vorsehe<sup>16</sup>, bedarf meines Erachtens keiner besonderen Erörterung. Es versteht sich von selbst, daß, falls die dänischen Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sein sollten, diesem der Vorrang zukäme.

Im übrigen ist mir der Sinn des Vorwurfs der dänischen Regierung unverständlich, die Kommission habe die Richtlinie dahin ausgelegt, daß ihr der Grundsatz der Gleichbehandlung zugrunde liege. Die Auffassung, dieser Grundsatz sei der Richtlinie fremd, weil er in keiner ihrer Bestimmungen ausdrücklich niedergelegt sei, wäre zumindest seltsam, da diese doch vor allem den Zweck verfolgt, die gleiche Behandlung aller an einem Ausschreibungsverfahren teilnehmenden Unternehmen zu gewährleisten.

18. Es trifft zu, daß die Richtlinie 71/305 weder eine spezifische Bestimmung über die Frage der Vorbehalte enthält, noch den Grundsatz der Gleichbehandlung ausdrücklich niederlegt — dies bedeutet jedoch nicht, daß das innerstaatliche Recht alle sich auf dem Gebiet des Auftragswesens stellenden Fragen regeln könnte, ohne einem so

wesentlichen Grundsatz Rechnung zu tragen. Offen gesagt ist es überraschend, daß die Parteien derart viel Energie aufgewandt haben, um zu beweisen oder aber zu bestreiten, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung der Richtlinie 71/305 zugrunde liegt. Es braucht kaum betont zu werden, daß im Rahmen einer Ausschreibung, bei der verschiedene Bieter miteinander konkurrieren, die Gleichheit aller an diesem Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen gewährleistet sein muß: Anderenfalls würde es sich nicht um die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags handeln, sondern eher um private Verhandlungen. Alles in allem ist Gleichbehandlung die Grundlage jeglicher Ausschreibungsregelung, da sie das Wesen einer Ausschreibung ausmacht.

Im übrigen sind sowohl die Begründungserwägungen als auch die Bestimmungen der Richtlinie 71/305, insgesamt betrachtet, in diesem Punkt sehr aufschlußreich. Hier genügt der Hinweis, daß die Festlegung objektiver Teilnahmekriterien ausdrücklich als einer der wesentlichen Grundsätze bezeichnet wird, dessen Beachtung im Rahmen der Ausschreibungsverfahren zu gewährleisten ist (dritte Begründungserwägung) und daß die Angebote zum Zweck der „Entwicklung eines echten Wettbewerbs“ im Einklang mit den in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen Bedingungen eingereicht werden müssen, und zwar erst recht im Rahmen nicht offener Verfahren (vorletzte Begründungserwägung).

19. Was die der Richtlinie 89/440 des Rates<sup>17</sup> beigefügte Gemeinsame Erklärung vom Juli 1989<sup>18</sup> angeht, in der für die offenen wie für die nicht offenen Verfahren

17 — ABl. L 210, S. 22.

18 — Richtlinie vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (AbI. L 210, S. 1).

16 — Siehe S. 54 der Gegenüberstellung der dänischen Regierung.

jegliche Verhandlungen mit den Bietern über Hauptbestandteile des Auftrags ausgeschlossen werden, deren Änderung den Wettbewerb, insbesondere den Preiswettbewerb verfälschen könnte, vermag ich der Auffassung der dänischen Regierung nicht zu folgen, daß es sich um eine Erklärung ohne rechtliche Tragweite handele, die, da sie nach dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Vorkommnissen abgegeben worden sei, für das vorliegende Verfahren keinerlei Bedeutung habe.

Angesichts der bisherigen Ausführungen glaube ich auch nicht, daß sich die dänische Regierung auf die Feststellungen des Gerichtshofes im Urteil in der Rechtssache Antonissen<sup>19</sup> stützen kann, wonach die rechtliche Bedeutung einer Erklärung von deren Inhalt sowie davon abhängt, ob dieser Inhalt in der Bestimmung, auf die er sich bezieht, einen Ausdruck gefunden hat. Ich halte es für unzweifelhaft, daß die vorgenannte Erklärung rein deklaratorischer Natur ist, da der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der auf dem Gebiet, mit dem wir es zu tun haben, insbesondere einen unverfälschten Wettbewerb zwischen den Teilnehmern des Ausschreibungsverfahrens

gewährleisten soll, die eigentliche Grundlage der in Rede stehenden Regelung ist.

Eine letzte Bemerkung. Der von der beklagten Regierung angeführte Umstand, daß das innerstaatliche Recht der Auftragsvergabe ohne Diskriminierung auf alle Teilnehmer am vorliegenden Ausschreibungsverfahren angewandt worden sei, wirft die Frage auf, ob sich in einem solchen Fall von einer Verletzung des in der Richtlinie 71/305 niedergelegten Diskriminierungsverbots sprechen läßt. Persönlich habe ich insoweit keine Zweifel: Wenn wie hier die dänischen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge, mögen sie auch ohne Diskriminierung angewandt worden sein, im Widerspruch zum Grundsatz der Gleichbehandlung stehen, wie er der Richtlinie 71/305 zu entnehmen ist und in der Gemeinsamen Erklärung von Juli 1989 bekräftigt wird, so sind diese Vorschriften als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar anzusehen.

20. Nach alledem schlage ich daher dem Gerichtshof vor, der Klage stattzugeben und dem beklagten Staat die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

19 — Urteil vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-292/89, Slg. 1991, I-745.