URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)
14. Januar 1993 *

In der Rechtssache C-257/90

Italsolar SpA, Gesellschaft italienischen Rechts mit Sitz in Mailand, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Mario Siragusa, Rom, Massimo Nicolazzi, Mailand, und Giuseppe Scassellati-Sforzolini, Bologna, Zustellungsanschrift: Kanzlei der Rechtsanwälte Arendt und Medernach, 8-10, rue Mathias Hardt, Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch die Rechtsberater Eugenio de March und Hans-Peter Hartvig als Bevollmächtigte, Zustellungsbevollmächtigter: Roberto Hayder, Vertreter des Juristischen Dienstes, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Beklagte,

wegen Anträgen nach den Artikeln 173 Absatz 2, 175 Absatz 3, 178 und 215 Absatz 2 EWG-Vertrag im Zusammenhang mit der beschränkten Ausschreibung (Nr. 6100.20.94.216 [REG/6116]) für die Lieferung und Installation photovoltaischer Wasserhaltungsanlagen für die Länder des Comité permanent Inter-États de lutte contre la sécheresse dans le Sahel (CILSS — Ständiger Zwischenstaatlicher Ausschuß zur Bekämpfung der Dürre in den Sahel-Ländern), die von der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft aus dem Europäischen Entwicklungsfonds (EEF) finanziert werden,

erläßt

* Verfahrenssprache: Italienisch.

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten C. N. Kakouris, der Richter J. L. Murray, G. F. Mancini, F. A. Schockweiler und M. Diez de Velasco,

Generalanwalt: C. O. Lenz
Kanzler: D. Triantafyllou, Verwaltungsrat

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der Parteien in der Sitzung vom 7. Mai 1992, in der die Italsolar SpA durch die Rechtsanwälte Siragusa, Rom, und Scassellati-Sforzolini, Bologna, vertreten worden ist,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 30. Juni 1992,

folgendes

Urteil

1 Die Italsolar SpA hat mit Klageschrift, die am 22. August 1990 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, auf der Grundlage der Artikel 173 Absatz 2, 175 Absatz 3, 178 und 215 Absatz 2 EWG-Vertrag Klage erhoben in erster Linie auf Nichtigerklärung der Handlung der Kommission, die der Klägerin mit Schreiben der Generaldirektion „Entwicklung" vom 12. Juni 1990 mitgeteilt wurde, in dem diese bestätigte, daß der Exekutivsekretär des Comité permanent Inter-États de lutte contre la sécheresse dans le Sahel (Ständiger Zwischenstaatlicher Ausschuß zur Bekämpfung der Dürre in den Sahel-Ländern; im folgenden: CILSS) das Angebot nicht berücksichtigt habe, das die Klägerin im Rahmen der Ausschreibung eines Auftrags für die Lieferung und Installation photovoltaischer Wasserhaltungsanlagen zugunsten der in dieser Organisation zusammengeschlossenen Länder eingereicht hatte. In zweiter Linie begehrt die Klägerin die Feststellung, daß die

Kommission nicht die Maßnahmen ergriffen hat, zu denen sie der Klägerin gegenüber verpflichtet war, um deren Wiederzulassung im Ausschreibungsverfahren zu erreichen. Schließlich zielt die Klage auf Ersatz der Schäden, die der Klägerin durch ihren Ausschluß von diesem Verfahren entstanden sind.

2 Der vorgenannte Auftrag gehört zu einem regionalen Programm zur Nutzung der Sonnenenergie, das vom Europäischen Entwicklungsfonds gemäß den Vorschriften des am 8. Dezember 1984 in Lomé unterzeichneten Dritten AKP—EWG-Abkommens (ABl. 1986, L 86, S. 3; im folgenden: Abkommen) finanziert wurde.

3 Gemäß Artikel 222 des Abkommens wurde zwischen der Gemeinschaft, vertreten durch die Kommission, und den betreffenden neun Sahelländern, vertreten durch den CILSS, eine Finanzierungsvereinbarung für das Vorhaben getroffen.

4 Auf die Ausschreibung Nr. 2731 zur Vorauswahl von Unternehmen (ABl. S 62 vom 29. März 1988) reichte die Klägerin einen Antrag auf Zulassung zu der beschränkten Ausschreibung ein, die als Vorhaben unter der Nummer 6100.20.94.216 (REG/6116) geführt wurde.

5 Mit Schreiben vom 6. Juli 1989, das vom Exekutivsekretär des CILSS unterzeichnet war, wurde die Klägerin aufgefordert, an der beschränkten Ausschreibung teilzunehmen und zu diesem Zweck ihr gemäß den der Aufforderung beigefügten Ausschreibungsunterlagen erstelltes Angebot bis zum 5. November 1989 bei der Generaldirektion „Entwicklung" einzureichen. Es wurde vor allem deutlich gemacht, daß für den Auftrag die Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von öffentlichen Bau- und Lieferaufträgen, die vom EEF finanziert werden (ABl. 1972, L 39, S. 3), gälten.

6 Die Klägerin reichte ihr Angebot fristgerecht ein. Nach Öffnung der Umschläge mit den eingegangenen Angeboten und deren Prüfung wurden die Bieter um verschiedene Auskünfte und Erläuterungen gebeten; die Klägerin legte die von ihr verlangten Informationen fristgerecht vor.

7 In einem späteren Abschnitt des Verfahrens schlug der CILSS vor, den Auftrag vorläufig an andere Bieter als die Klägerin zu vergeben und mit ihnen gemäß den Ausschreibungsunterlagen in die technische Erprobungsphase einzutreten. Diesem Vorschlag stimmte die Kommission am 30. April 1990 zu.

8 Daraufhin teilte der CILSS der Klägerin mit Fernschreiben vom 3. Mai 1990, das mit Schreiben vom 7. Mai 1990 bestätigt wurde, die Ablehnung ihres Angebots mit.

9 Da die Klägerin der Ansicht war, daß ihr Angebot das wirtschaftlich günstigste sei und zu Unrecht abgelehnt worden sei, machte sie mit Schreiben vom 7. Mai 1990 bei der Kommission geltend, daß sie die Mitteilung vom 3. Mai, wenn sie ihr in definitiver Form zugehen sollte, aus sehr schwerwiegenden Gründen, die sie noch mitteilen würde, als rechtswidrig ansähe. Die Klägerin behielt sich außerdem die Möglichkeit vor, ihre Rechte vor den zuständigen Gerichten zu wahren. Das Schreiben schloß mit folgenden Worten: „In der Hoffnung, daß die uns zugegangene Mitteilung auf einem Irrtum beruht, wären wir Ihnen dankbar, wenn Sie uns insoweit möglichst schnell antworten könnten."

10 Mit Schreiben vom 12. Juni 1990 antwortete die Kommission der Klägerin, daß die Befugnis zur Bestimmung des Auftragnehmers dem Exekutivsekretär des CILSS zustehe und daß die Klägerin ihre Vorbehalte gegenüber dem Ausschreibungsverfahren bei dieser Organisation äußern müsse. Die Kommission stellte klar, daß sie den Vorgang jedenfalls aufmerksam überwacht habe und daß der CILSS für die Beurteilung der in den verschiedenen Angeboten enthaltenen technischen Spezifikationen internationale Sachverständige beigezogen habe.

11 Mit Schreiben vom 9. Juli 1990 an den Exekutivsekretär des CILSS verlangte die Klägerin die Rücknahme der Entscheidung über den Ausschluß und die Erlaubnis zur Teilnahme am Fortgang des Verfahrens bis zur endgültigen Vergabe des Auftrags. Sollten keine Maßnahmen zu ihren Gunsten getroffen werden, werde die Klägerin das Schiedsgerichtsverfahren des Artikels 238 des Abkommens einleiten,

um ihr Recht anerkennen zu lassen, an dem Verfahren teilzunehmen, und den Zuschlag für den Auftrag zu erhalten, weil ihr Angebot das wirtschaftlich günstigste sei, oder andernfalls, um Schadensersatz zu erhalten.

12 Mit Schriftsatz, der am selben Tag wie die vorliegende Klage bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, hat die Klägerin nach den Artikeln 185 und 186 EWG-Vertrag einen Antrag auf einstweilige Anordnung der Aussetzung des Vollzugs der angefochtenen Handlung oder auf Erlaß aller sonstigen einstweiligen Maßnahmen, die zur Wiederzulassung der Klägerin zu dem Ausschreibungsverfahren führen können, eingereicht. Dieser Antrag ist mit Beschluß des Präsidenten des Gerichtshofes vom 25. Oktober 1990 zurückgewiesen worden.

13 Am 4. Dezember 1990 hat die Klägerin bei der Internationalen Handelskammer einen Schiedsantrag gegen den CILSS eingereicht.

14 Auf Antrag der Klägerin hat der Gerichtshof die Kommission aufgefordert, Unterlagen bezüglich des fraglichen Ausschreibungsverfahrens vorzulegen. Diese Unterlagen sind am 7. Februar 1992 von der Kommission vorgelegt worden, die jedoch bemerkt hat, daß sie vertraulich seien.

15 Mit Entscheidung vom 20. Februar 1992 hat der Präsident der Sechsten Kammer angeordnet, daß die betreffenden Unterlagen wegen ihres vertraulichen Charakters aus der Akte entfernt und der Kommission zurückgegeben werden. Demzufolge sind diese Unterlagen vom Gerichtshof für das vorliegende Urteil nicht berücksichtigt worden.

16 Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts, des Verfahrensablaufs und des Parteivorbringens wird auf den Sitzungsbericht verwiesen. Der Akteninhalt wird im folgenden nur insoweit wiedergegeben, als die Begründung des Urteils dies erfordert.

Zur Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage

17 Die Klägerin trägt im wesentlichen vor, die Kommission habe mit der angefochtenen Handlung die vorläufige Vergabe des Auftrags durch den CILSS an die anderen Bieter gebilligt und damit den Ausschluß der Klägerin vom Ausschreibungsverfahren stillschweigend hingenommen; gleichzeitig habe sie es abgelehnt, die von der Klägerin zur Wahrung ihrer Interessen beantragten Maßnahmen zu erlassen.

18 Die vorläufige Auftragsvergabe und damit der Ausschluß der Klägerin seien der Kommission zuzurechnen, die selbst das Verfahren zur Vorauswahl der Bieter für den CILSS durchgeführt habe. Dieser sei in bezug auf die Finanzierung des Vorhabens völlig von der Kommission abhängig, und die von dieser Organisation getroffene Ausschlußentscheidung sei rein formal gewesen.

19 Die Klägerin macht außerdem geltend, daß nach den Vorschriften des Abkommens über die finanzielle und technische Zusammenarbeit der CILSS und die Kommission die gemeinsame Verantwortung für das Ausschreibungsverfahren einschließlich der Auftragsvergabe hätten und der CILSS nur für den Abschluß des Vertrages mit dem ausgewählten Bieter ausschließlich zuständig sei.

20 Demgegenüber bestreitet die Kommission die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage unter Berufung darauf, daß es nach den Bestimmungen über die Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und den Behörden der AKP-Staaten im Ausschreibungsverfahren, wie sie vom Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausgelegt würden, gegenüber den Bietern keine Entscheidungshandlung der Kommission geben könne, gegen die eine Nichtigkeitsklage erhoben werden könne.

21 Für die Beurteilung der Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage ist die Rechtsnatur der angefochtenen Handlung zu prüfen. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes sind nur Maßnahmen, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugen, die die Interessen des Klägers beeinträchtigen können, Handlungen, gegen die die Nichtigkeitsklage gegeben ist (vgl. insbesondere Urteil vom 11. November 1981 in der Rechtssache 60/81, IBM/Kommission, Slg. 1981, 2639, Randnr. 9).

22 Dies ist bei der angefochtenen Handlung nicht der Fall. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. insbesondere Urteile vom 10. Juli 1984 in der Rechtssache 126/83, STS/Kommission, Slg. 1984, 2769, Randnrn. 16 bis 18, und vom 10. Juli 1985 in der Rechtssache 118/83, CMC/Kommission, Slg. 1985, 2325, Randnr. 28) bleiben die vom EEF finanzierten öffentlichen Aufträge nationale Aufträge, für deren Vorbereitung, Aushandlung und Abschluß nur die Vertreter der AKP-Staaten verantwortlich sind, während die Beteiligung der Vertreter der Kommission am Verfahren der Vergabe dieser Aufträge nur auf die Feststellung gerichtet ist, ob die Voraussetzungen für die Gemeinschaftsfinanzierung vorliegen. Die Unternehmen, die für die fraglichen Aufträge ein Angebot einreichen oder denen dieses Aufträge erteilt werden, unterhalten Rechtsbeziehungen nur mit dem für den Auftrag verantwortlichen AKP-Staat, und die Handlungen der Vertreter der Kommission können nicht bewirken, daß ihnen gegenüber die Entscheidung des AKP-Staates durch eine Gemeinschaftsentscheidung ersetzt wird.

23 Daraus folgt, daß die Entscheidung über die Vergabe des Auftrags selbst in die Zuständigkeit fällt, die nach dem Abkommen den AKP-Staaten vorbehalten ist, und daß sich der Vertreter der Kommission insoweit darauf beschränkt, dem Vorschlag des Vertreters der AKP-Staaten für die Auftragsvergabe unter dem Gesichtspunkt der finanziellen Ordnungsmäßigkeit des Vorgangs zuzustimmen.

24 Im übrigen wird diese Zuständigkeit der AKP-Staaten durch Artikel 45 der vorgenannten Allgemeinen Bestimmungen bekräftigt, wonach die Auswahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots Aufgabe der Verwaltung der AKP-Staaten ist.

25 Daraus folgt, daß sich die Kommission in ihrem Schreiben vom 12. Mai 1990 darauf beschränkt hat, der Klägerin zu antworten, daß die Befugnis zur Bestimmung des Auftragnehmers dem Exekutivsekretär des CILSS zustehe und daß die Klägerin ihre Vorbehalte gegenüber dem Ausschreibungsverfahren dieser Organisation mitzuteilen habe.

26 Aus diesen Feststellungen ergibt sich, daß die angefochtene Handlung keine Rechtswirkungen gegenüber der Klägerin erzeugt und somit nicht von ihr mit einer Nichtigkeitsklage angegriffen werden kann.

27 Folglich ist die Nichtigkeitsklage als unzulässig abzuweisen.

Zur Zulässigkeit der Untätigkeitsklage

28 Die Klägerin trägt zur Begründung ihrer Untätigkeitsklage im wesentlichen vor, die Kommission habe es unterlassen, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die Wiederzulassung der Klägerin im Ausschreibungsverfahren zu erreichen, obwohl es ihre Aufgabe gewesen wäre, derartige Maßnahmen zu erlassen, da sie die Ordnungsmäßigkeit des Ausschreibungsverfahrens habe gewährleisten müssen.

29 Die Kommission bestreitet die Zulässigkeit der Untätigkeitsklage mit der Begründung, daß angesichts der Aufgabenverteilung zwischen ihr und den Behörden der AKP-Staaten kein Unterlassen ihrerseits gegenüber den Bietern vorliegen könne, gegen das die Untätigkeitsklage gegeben wäre.

30 Es genügt der Hinweis darauf, daß die Kommission wegen der oben erwähnten Aufgabenverteilung zwischen ihr und dem CILSS gegenüber der Klägerin jedenfalls keine andere Handlung als eine Empfehlung oder eine Stellungnahme im Sinne von Artikel 175 Absatz 3 EWG-Vertrag hätte erlassen können.

31 Unter diesen Umständen ist die Untätigkeitsklage als unzulässig abzuweisen.

Zur Schadensersatzklage

32 Die Klägerin trägt vor, ihr sei durch den rechtswidrigen Ausschluß vom Ausschreibungsverfahren, der auf das zumindest fahrlässige Verhalten der Kommission zurückgehe, ein schwerer Schaden entstanden, der ihr ersetzt werden müsse.

33 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. insbesondere Urteil vom 8. April 1992 in der Rechtssache C-55/90, Cato/Kommission, Slg. 1992, I-2533, Randnr. 18) ergibt sich aus Artikel 215 Absatz 2 EWG-Vertrag, daß zur Begründung der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft und zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs eine Reihe von Bedingungen erfüllt sein muß, nämlich die Rechtswidrigkeit des den Gemeinschaftsorganen vorgeworfenen Verhaltens, das tatsächliche Vorliegen eines Schadens und das Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen diesem Verhalten und dem geltend gemachten Schaden.

34 Zur Rechtswidrigkeit des der Kommission vorgeworfenen Verhaltens ist darauf hinzuweisen, daß sich die Zuständigkeit der Kommission auf die Feststellung beschränkt, ob die Voraussetzungen für die Gemeinschaftsfinanzierung vorliegen, und daß ihr daher keine Verpflichtung gegenüber der Klägerin oblag, sich ihrem Ausschluß zu widersetzen oder sich für ihre Wiedereinsetzung zu verwenden.

35 Im übrigen hat die Klägerin weder nachweisen können, daß die Kommission den CILSS widerrechtlich beeinflußt hatte, um die Klägerin vom Ausschreibungsverfahren auszuschließen, noch, daß sie sich fehlerhaft verhalten hatte, als sie meinte, keine vernünftigen Gründe für die Annahme zu haben, daß die Voraussetzungen für die Gemeinschaftsfinanzierung des Vorhabens nicht vorgelegen hätten.

36 Unter diesen Umständen ist die Schadensersatzklage abzuweisen, ohne daß es erforderlich wäre, über den Schaden und den Kausalzusammenhang zwischen ihm und dem der Kommission vorgeworfenen Verhalten zu entscheiden.

Kosten

37 Gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr die Kosten einschließlich der Kosten des Verfahrens der einstweiligen Anordnung aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1) Die Nichtigkeitsklage wird als unzulässig abgewiesen.

2) Die Untätigkeitsklage wird als unzulässig abgewiesen.

3) Die Schadensersatzklage wird als unbegründet abgewiesen.

4) Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens der einstweiligen Anordnung.

Kakouris Murray

Mancini Schockweiler Diez de Velasco

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 14. Januar 1993.

Der Kanzler Der Präsident der Sechsten Kammer

J.-G. Giraud C. N. Kakouris