die Behörden des AKP-Staats verantwortlich sind.

Daraus folgt, daß es gegenüber den Bietern keine Handlung oder Unterlassung der Kommission geben kann, die mit einer Klage nach Artikel 173 Absatz 2 oder Artikel 175 Absatz 3 EWG-Vertrag angegriffen werden kann.

Den Bietern steht zwar die Möglichkeit offen, eine Haftungsklage nach den Artikeln 178 und 215 Absatz 2 EWG-Vertrag zu erheben, doch kann die Haftung der Kommission nur festgestellt werden, sofern sie in Ausübung der streng beschränkten Befugnisse, die ihr das Abkommen überträgt, eine rechtswidrige Handlung vorgenommen oder sich fehlerhaft verhalten hat.

SITZUNGSBERICHT
in der Rechtssache C-257/90 *

I — Rechtlicher Rahmen des Rechtsstreits

Das am 8. Dezember 1984 in Lomé unterzeichnete Dritte AKP—EWG-Abkommen [1] bestimmt unter Titel III über die finanzielle und technische Zusammenarbeit in Artikel 192:

„(1) Die von der Gemeinschaft finanzierten Maßnahmen werden von den AKP-Staaten und der Gemeinschaft als gleichgestellten Partnern in enger Zusammenarbeit durchgeführt.

(2) Die AKP-Staaten sind verantwortlich für

...

d) die Vorbereitung, die Aushandlung und die Vergabe der Aufträge;

...

(4) Die Gemeinschaft ist verantwortlich für die Finanzierungsbeschlüsse betreffend die Vorhaben und Aktionsprogramme."

Artikel 222 des Abkommens sieht vor:

„(1) Für jedes Vorhaben oder Aktionsprogramm, das durch einen Zuschuß des Fonds finanziert wird, wird zwischen der Kommission im Namen der Gemeinschaft

* Verfahrenssprache: Italienisch.
1 — BGB I, p. 1169.

und dem oder den betreffenden AKP-Staaten ein Finanzierungsabkommen geschlossen.

...“

In Artikel 225 Absatz 3 des Abkommens heißt es:

„Die AKP-Staaten und die von ihnen ermächtigten anderen Begünstigten führen die von der Gemeinschaft finanzierten Vorhaben und Aktionsprogramme durch; sie sind insbesondere für die Vorbereitung, die Aushandlung und den Abschluß der zur Durchführung dieser Maßnahmen erforderlichen Aufträge verantwortlich.“

Artikel 226 Absatz 2 lautet:

„In enger Zusammenarbeit mit dem nationalen Anweisungsbefugten sorgt der Hauptanweisungsbefugte dafür, daß für die Teilnahme an den Ausschreibungen gleiche Bedingungen für alle bestehen, daß Diskriminierungen in den Ausschreibungsunterlagen beseitigt werden und daß das wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt wird. Vorbehaltlich der Zuständigkeiten des Beauftragten der Kommission nach Artikel 228 nimmt er das Ergebnis der Auswertung der Angebote entgegen und billigt den Vorschlag für die Auftragsvergabe.“

In Artikel 45 der Bestimmungen für die Vergabe von öffentlichen Bau- und Lieferaufträgen, die vom Europäischen Entwicklungsfonds finanziert werden [2], heißt es schließlich:

„(1) Die Kommission schlägt der Verwaltung [3] das wirtschaftlich günstigste Angebot vor, unter Berücksichtigung insbesondere des Preises der Leistungen, der Kosten für den Betrieb, des technischen Wertes sowie der finanziellen Garantien.

(2) Über die Beratungen der Kommission wird eine Niederschrift gefertigt, die weder veröffentlicht noch einem Bewerber mitgeteilt werden darf. Diese Niederschrift wird von den Mitgliedern der Kommission abgezeichnet.

Die Verwaltung unterrichtet informationshalber durch eingeschriebenen Brief mit Rückschein den ausgewählten Bieter ...

...

Die Verwaltung teilt den anderen Bietern die Ablehnung ihres Angebots ebenfalls durch eingeschriebenen Brief mit.

Die Verwaltung ist nicht verpflichtet, die Gründe für ihre Wahl bekanntzugeben.

...“

2 — ABl. 1972, L 39, S. 3.

3 — Artikel 4 Nr. 4 der Bestimmungen für die Vergabe legt fest, was unter dem Begriff der Verwaltung zu verstehen ist: „der Staat, eine Gebietskörperschaft oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts, in deren Namen der Auftrag vergeben wird“.

II — Sachverhalt und Verfahren

1. *Sachverhalt*

Die Gemeinschaft beschloß gemäß dem Dritten Abkommen von Lomé, aus dem 6. Europäischen Entwicklungsfonds [4] ein vom Comité permanent Inter-États de lutte contre la sécheresse dans le Sahel (CILSS — Ständiger Zwischenstaatlicher Ausschuß zur Bekämpfung der Dürre in den Sahel-Ländern) vorgelegtes regionales Programm zur Nutzung photovoltaischer Sonnenenergie in den Sahel-Ländern zu finanzieren.

Dieses Programm betrifft die Einführung von photovoltaischen Anlagen im großen Maßstab, mit der die Nutzung der Sonnenenergie in den ländlichen Gebieten der neun Sahel-Länder [5] verbreitet und alltäglich gemacht werden soll.

Gemäß Artikel 222 des Abkommens wurde zwischen der Gemeinschaft, vertreten durch die Kommission, und den betreffenden neun Staaten, vertreten durch den CILSS, ein Finanzierungsabkommen geschlossen.

Auf die Ausschreibung Nr. 2731 zur Vorauswahl von Unternehmen [6] 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.

Unter Abschnitt IV der besonderen Ausschreibungsbestimmungen war vorgesehen, daß der Auftrag in drei Lose aufgeteilt war [7]. Angebote konnten für ein, zwei oder drei Lose eingereicht werden.

Als geltende allgemeine Bestimmungen wurden die oben genannten „Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von öffentlichen Bau- und Lieferaufträgen, die vom Europäischen Entwicklungsfonds finanziert werden", bezeichnet.

Die Angebote mußten gesondert Angaben über die Eigenschaften der Materialien und die Preise für ihre Lieferung und Installation sowie über die Einzelheiten der Ausführung und die Preise für bestimmte Leistungen nach Abschluß des Verkaufs (Schaffung eines Vertriebsnetzes für Ersatzteile, Wartung der Anlagen und Schulung des Personals) enthalten.

Mit Schreiben vom 6. Juli 1989, das vom Exekutivsekretär des CILSS unterzeichnet war, wurde die Klägerin aufgefordert, an der beschränkten Ausschreibung teilzunehmen; gleichzeitig wurde ihr mitgeteilt, daß ihr gemäß den Ausschreibungsunterlagen erstelltes Angebot bis zum 5. November 1989 bei der Generaldirektion Entwicklung (GD VIII) der Kommission der Europäischen Gemeinschaften eingehen müsse.

Die Klägerin reichte fristgerecht ein Angebot für das zweite und das dritte Los ein.

4 — Geschaffen durch das Interne Abkommen über die Finanzierung und Verwaltung der Hilfe der Gemeinschaft (86/126/EWG), ABl. 1986, L 86, S. 210.

5 — Burkina Faso, Kap Verde, Gambia, Guinea-Bissau, Mali, Mauretanien, Niger, Senegal und Tschad.

6 — ABl. S 62 vom 29. März 1988.

7 — Los Nr. 1: Kap Verde, Gambia, Guinea-Bissau, Mauretanien und Senegal; Los Nr. 2: Burkina Faso und Mali; Los Nr. 3: Niger und Tschad.

Am 7. November 1989 wurden in Brüssel am Sitz der Kommission die Umschläge mit den eingegangenen Angeboten geöffnet. Diese wurden sodann geprüft und bewertet. Bei dieser Prüfung wurden die Bewerber und die zuständigen Ministerien der Mitgliedstaaten des CILSS um verschiedene Auskünfte und Erläuterungen gebeten.

Mit Schreiben der GD VIII vom 14. November 1989 wurde die Klägerin aufgefordert, zusätzliche Informationen vorzulegen, die die technischen Spezifikationen des Materials, die Referenzen bezüglich bisheriger Einsätze in überseeischen Ländern, die geplanten Einzelheiten der Installation und die Organisation des Kundendienstes betrafen. Die Klägerin reichte diese Informationen vollständig und fristgerecht ein.

Am 27. November 1989 wurde eine Delegation in den Betrieb der Klägerin entsandt, um die Erzeugnisse des Unternehmens technischen Prüfungen zu unterziehen.

Mit Schreiben vom 5. März 1990 bat der Exekutivsekretär des CILSS die Klägerin, die Gültigkeitsdauer ihres Angebots um zwei Monate zu verlängern, damit die Prüfung der Angebote abgeschlossen und eine Abstimmung zwischen den Empfängern und der das Programm finanzierenden Kommission der Europäischen Gemeinschaften erzielt werden könne.

Später schlug der CILSS vor, den Auftrag nicht an die Klägerin, sondern vorläufig an andere Unternehmen zu vergeben und mit diesen gemäß Artikel 5 des technischen Anhangs zu Teil A der Ausschreibungsunterlagen in die technische Erprobungsphase einzutreten. Diesem Vorschlag stimmte die Kommission am 30. April 1990 zu.

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

Mit Schreiben vom 7. Mai 1990 verlangte die Klägerin von der Kommission unter Bezugnahme auf den Text des Fernschreibens eine Richtigstellung und behielt sich vor, die zuständigen Gerichte anzurufen.

Die Kommission antwortete der Klägerin mit Schreiben vom 12. Juni 1990, daß die Befugnis zur Entscheidung über die Losvergabe dem Exekutivsekretär des CILSS zustehe, da diese Organisation für die Durchführung des regionalen Solarprogramms, in dessen Rahmen die Ausschreibung erfolge, verantwortlich sei. Die Kommission fügte hinzu, daß der CILSS jedenfalls für die Beurteilung der in den verschiedenen Angeboten enthaltenen technischen Spezifikationen internationale Sachverständige beigezogen habe und daß für die Entscheidung, welches Angebot insgesamt das wirtschaftlich günstigste sei, entsprechend den Ausschreibungsunterlagen nicht nur die Qualität der einzelnen Materialien, sondern auch die Funktionsfähigkeit der Anlagen und insbesondere der Kundendienst und die angebotenen Wartungsgarantien berücksichtigt worden seien. Abschließend wies die Kommission die Klägerin darauf hin, daß die Verwaltung nach Artikel 45 Absatz 2 Unterabsatz 5 der Bestimmungen für die Vergabe nicht verpflichtet sei, ihre Entscheidung zu begründen.

Mit Schreiben vom 9. Juli 1990 an den Exekutivsekretär des CILSS machte die Klägerin geltend, daß die Entscheidung über ihren Ausschluß vom Ausschreibungsverfahren ermessensmißbräuchlich sei und gegen die formellen und materiellen Vorschriften verstoße, die für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen gälten, die vom EEF finanziert

würden. In diesem Schreiben verlangte die Klägerin außerdem nachdrücklich die Rücknahme der Entscheidung über den Ausschluß und die Erlaubnis zur Teilnahme am Fortgang des Verfahrens und insbesondere an den Labortests bis zur endgültigen Vergabe. Hilfsweise beantragte die Klägerin, die Beschwerde an jede andere gegebenenfalls zuständige Behörde weiterzuleiten. Sollten keine Maßnahmen zugunsten der Klägerin getroffen werden, so werde sie das Schiedsgerichtsverfahren des Artikels 238 des Dritten Abkommens von Lomé einleiten, damit ihr Recht anerkannt werde, an dem Verfahren teilzunehmen und den Zuschlag für den Auftrag zu erhalten, weil ihr Angebot das wirtschaftlich günstigste sei, oder ihr andernfalls Schadensersatz gewährt werde.

Die Klägerin reichte tatsächlich am 4. Dezember 1990 bei der Internationalen Handelskammer einen gegen den CILSS gerichteten Schiedsantrag ein.

2. *Schriftliches Verfahren*

Am 22. August 1990 hat die Klägerin auf der Grundlage der Artikel 173 Absatz 2, 175 Absatz 3, 178 und 215 EWG-Vertrag beim Gerichtshof Klage erhoben und gleichzeitig einen Antrag auf einstweilige Anordnung gestellt. Dieser Antrag ist mit Beschluß des Präsidenten des Gerichtshofes vom 25. Oktober 1990 zurückgewiesen worden.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen, und die Rechtssache an die Sechste Kammer zu verweisen.

3. *Anträge der Parteien*

Die *Klägerin* beantragt,

— die Klage im vollen Umfang für zulässig zu erklären;

— die ihr mit Schreiben vom 12. Juni 1990 mitgeteilte Entscheidung der Kommission für nichtig zu erklären, hilfsweise, festzustellen, daß die Kommission nicht die Maßnahmen ergriffen hat, zu denen sie ihr gegenüber verpflichtet war;

— die Kommission zum Ersatz der ihr entstandenen Schäden zu verurteilen;

— der Kommission die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens der einstweiligen Anordnung aufzuerlegen.

Die *Beklagte* beantragt,

— die Klage insoweit, als sie auf die Artikel 173 und 175 EWG-Vertrag gestützt ist, für unzulässig zu erklären, hilfsweise, sie als unbegründet abzuweisen;

— die Klage insoweit, als sie auf die Artikel 178 und 215 Absatz 2 EWG-Vertrag gestützt ist, als unbegründet abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens der einstweiligen Anordnung aufzuerlegen.

III — Vorbringen der Parteien

1. *Zulässigkeit*

Nach Ansicht der *Kommission* ist die Klage unzulässig, soweit sie auf die Artikel 173 und 175 EWG-Vertrag gestützt ist.

Das Vergabeverfahren bei öffentlichen Aufträgen im Rahmen der durch die AKP—EWG-Abkommen eingeführten finanziellen und technischen Zusammenarbeit bringe eine Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und den Behörden der AKP-Staaten mit sich.

Der Kommission obliege es, im Namen der Gemeinschaft die Finanzierungsbeschlüsse zu treffen, während für die Vorbereitung, die Aushandlung und den Abschluß der Aufträge die Behörden der AKP-Staaten verantwortlich seien. Daraus folge nach ständiger Rechtsprechung [8], daß es gegenüber den Bietern weder eine Handlung noch eine Untätigkeit der Kommission geben könne, derentwegen eine Nichtigkeits- oder Untätigkeitsklage erhoben werden könnte.

Dies gelte insbesondere im vorliegenden Fall, da die angefochtene Handlung, das am 12. Juni 1990 an die Klägerin gerichtete Schreiben der Kommission, offensichtlich keine Entscheidungsqualität habe und lediglich auf die vorherige Stellungnahme des CILSS verweise.

Die Kommission habe den CILSS zwar unterstützt, insbesondere hinsichtlich der materiellen und logistischen Durchführung des Ausschreibungsverfahrens, doch bedeute dies nicht, daß die Kommission bei der Durchführung des Ausschreibungsverfahrens an die Stelle des CILSS getreten sei. Der CILSS habe nämlich entsprechend den Befugnissen, die ihm nach dem Dritten Abkommen von Lomé vorbehalten seien, bei der Öffnung der Angebote den Vorsitz geführt, den technischen Ausschuß geleitet und vorgeschlagen, wem der vorläufige Zuschlag erteilt werden solle.

Dagegen sei die Schadensersatzklage nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes zulässig; die Kommission bestreitet in ihrer Gegenerwiderung allerdings die Zulässigkeit der Schadensbezifferung, die die Klägerin erstmals in ihrer Erwiderung vorgenommen habe.

Die *Klägerin* trägt vor, daß das angefochtene *Schreiben* vom 12. Juni 1990 die abschließende Stellungnahme der Kommission zu dem ihr von der Klägerin dargelegten Sachverhalt darstelle und daß dieses Schreiben ihre Rechtsstellung unmittelbar beeinträchtigen könne, selbst wenn die sie beschwerende Handlung formal — aber nur formal — diejenige sei, die vom Exekutivsekretär des CILSS unterschrieben sei.

Die angefochtene Handlung sei an die Klägerin gerichtet und verkörpere nach außen hin die Weigerung der Kommission, den von der Klägerin aufgezeigten Irrtum zu berichtigen. Die vorliegende Klage unterscheide sich daher von ähnlichen früheren Klagen, die der Gerichtshof als unzulässig abgewiesen habe,

8 — Urteile vom 10. Juli 1984 in der Rechtssache 126/83 (STS/Kommission, Slg. 1984, 2769), vom 10. Juli 1985 in der Rechtssache 118/83 (CMC/Kommission, Slg. 1985, 2325), vom 19. September 1985 in der Rechtssache 33/82 (Murri frères/Kommission, Slg. 1985, 2759) und vom 24. Juni 1986 in der Rechtssache 267/82 (Développement SA und Clemessy/Kommission, Slg. 1986, 1907).

da diese gegen Handlungen der Kommission gegenüber einem AKP-Staat gerichtet gewesen seien, mit denen die Kommission einem Zuschlag oder dem Vertragsabschluß zugestimmt habe.

Das der Kommission außerdem vorgeworfene *Untätigbleiben* betreffe nicht die Ausschreibung des Auftrags und den entsprechenden Vertragsabschluß, sondern die der Kommission im Dritten Abkommen von Lomé übertragenen Verpflichtungen, nämlich die Verpflichtung zur Unterstützung im Hinblick auf die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens und die Überwachungspflicht während des Verfahrens selbst. Die Kommission müsse darauf achten, daß die Verwaltung, die das Ausschreibungsverfahren veranstalte, die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung beachte und das wirtschaftlich günstigste Angebot auswähle.

Der der Klägerin entstandene *Schaden* sei endgültig, weil sich die Kommission geweigert habe, die ihr im Rahmen des Dritten Abkommens von Lomé übertragene institutionelle Aufgabe vollständig zu erfüllen, und weil sie auf den rechtswidrigen Ausschluß der Klägerin nicht — mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln — reagiert habe. Wenn die Kommission ordnungsgemäß reagiert hätte, hätte dieser Schaden vermieden werden können.

Wie der Gerichtshof in der Vergangenheit bereits entschieden habe, bedeute der Umstand, daß das Abkommen von Lomé den bietenden Unternehmen ein schiedsgerichtliches Verfahren gegen die Behörden der AKP-Länder eröffne, nicht, daß diese Unternehmen den Rechtsschutz verlören, den ihnen der EWG-Vertrag gegenüber der Kommission einräume. Mit der Einreichung eines Schiedsantrags habe die Klägerin sicher nicht die Absicht verbunden, die Kommission von der Verantwortung zu entbinden, die sie nach dem Gemeinschaftsrecht trage.

Die Klägerin ist deshalb der Meinung, daß sowohl der Schadensersatzantrag als auch die auf die Artikel 173 und 175 EWG-Vertrag gestützten Anträge als zulässig anzusehen seien.

2. *Begründetheit*

A — Die *Klägerin* hält die ihr von der Kommission mit Schreiben vom 12. Juni 1990 mitgeteilte Entscheidung für *rechtswidrig* und meint, die Kommission habe *nicht die Maßnahmen getroffen, die erforderlich gewesen seien*, um ihre Interessen zu wahren. Dies alles habe zu einem schweren *Schaden* für die Klägerin geführt.

1. *Nichtigkeitsklage*

Die Klägerin macht geltend, ihr seien die *Gründe* für ihren Ausschluß weder vom CILSS noch von der Kommission mitgeteilt worden. Die genannte Vorschrift in den Bestimmungen für die Vergabe, die die Verwaltung davon entbinde, die Gründe für ihre Wahl bekanntzugeben, verstoße gegen Artikel 190 EWG-Vertrag. Die Klägerin verweist insoweit auf Artikel 5a der neuen Richtlinie des Rates zu den öffentlichen Bauaufträgen [9], wonach die auftraggebende Verwaltung jedem Bieter, dessen Angebot abgelehnt werde, die Gründe für die Ablehnung seines Angebots mitzuteilen habe.

9 — Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 210, S. 1).

Die Vorschrift, in der die Geheimhaltung der Niederschrift über die Beratungen der Kommission für das Ausschreibungsverfahren angeordnet werde, sei ebenso rechtswidrig.

Die Klägerin wendet daher ausdrücklich die Rechtswidrigkeit dieser beiden Vorschriften ein. Sie weist darauf hin, daß der Rat und die Kommission Richtlinien ausgearbeitet hätten, um Diskriminierungen und Mißbräuche bei den öffentlichen Ausschreibungsverfahren der Behörden der Mitgliedstaaten auszumerzen und den ausgeschlossenen Unternehmen die Möglichkeit angemessenen Rechtsschutzes zu gewährleisten, während den Gemeinschaftsunternehmen, die sich an Ausschreibungen beteiligten, die vollständig aus Gemeinschaftsmitteln finanziert und von den Dienststellen der Kommission unter der rein formalen Mitwirkung der AKP-Länder durchgeführt würden, nichts anderes übrig bleibe, als ungerechte Schäden hinzunehmen, ohne daß sie eine konkrete Möglichkeit hätten, volle Wiedergutmachung zu erlangen.

Die Klägerin trägt außerdem vor, daß sich die Kommission bei der Erfüllung der Aufgaben, die ihr hinsichtlich der Auftragserteilung und der Kontrolle ihrer Ordnungsmäßigkeit oblägen, *schwere und unentschuldbare Versäumnisse* habe zuschulden kommen lassen.

An dem Angebot der Klägerin sei redlicherweise nichts auszusetzen gewesen, womit sich der Ausschluß in einem relativ frühen Stadium des Auswahlverfahrens — vor der labortechnischen Erprobung zur Materialprüfung — hätte rechtfertigen lassen. Das Angebot der Klägerin sei nämlich nicht nur das — bei weitem — preislich beste, sondern gerade nach Ansicht der Sachverständigen der Kommission auch technisch einwandfrei gewesen. Der Ausschluß der Klägerin sei mit ihrer Weigerung zusammengefallen, den unberechtigten Forderungen gewisser führender Mitarbeiter des CILSS nachzugeben.

Die Klägerin hält den Grund für den Ausschluß ihres Angebots, also die angebliche Schwäche ihres Kundendienstes, nicht für stichhaltig. Sie habe ihre Erfahrung, ihr Engagement und ihre organisatorischen Fähigkeiten sowie ihre Kontakte vor Ort zu bedeutenden Firmen der betreffenden Länder umfassend belegt. Außerdem gehöre sie der ENI-Gruppe an, die über große Erfahrung verfüge.

Die Klägerin ist außerdem der Meinung, daß die Entscheidung, mit der die Kommission den vom CILSS beschlossenen Ausschluß von der Auftragsvergabe gebilligt habe, für nichtig erklärt werden müsse, weil die Kommission damit deutlich gemacht habe, daß sie sich hinter dem CILSS habe verstecken wollen, um nicht die Verpflichtungen erfüllen zu müssen, die ihr oblägen, damit der ordnungsgemäße Ablauf von Ausschreibungsverfahren für Aufträge, die mit Gemeinschaftsmitteln finanziert würden, sichergestellt werde.

2. *Untätigkeitsklage*

Für den Fall, daß der Gerichtshof entscheiden sollte, daß die Entscheidung der Kommission ihr gegenüber keine Entscheidung im Sinne von Artikel 189 EWG-Vertrag darstelle, weist die Klägerin darauf hin, daß sich die Kommission ihr gegenüber jedenfalls ein *Unterlassen* habe zuschulden kommen lassen, da sie nicht eingeschritten sei, um die Wiederzulassung der Klägerin im laufenden Ausschreibungsverfahren zu erreichen.

Dem Argument, daß es ausschließlich Sache der Behörden der AKP-Staaten sei, Aus-

schreibungsverfahren zu veranstalten und die Verträge zu schließen, könne nicht gefolgt werden. Das der Kommission vorgeworfene Untätigbleiben betreffe nicht die Ausschreibung des Auftrags und den entsprechenden Vertragsabschluß, sondern gerade die der Kommission im Abkommen von Lomé übertragenen Verpflichtungen, nämlich die Verpflichtung zur Unterstützung im Hinblick auf die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens und die Überwachungspflicht während des Verfahrens selbst. Die Kommission müsse darauf achten, daß die ausschreibende Verwaltung den Grundsatz der Nichtdiskriminierung der Bieter nicht verletze und das Angebot auswähle, das sich als das wirtschaftlich günstigste herausstelle.

3. *Schadensersatzklage*

Der der Klägerin entstandene *Schaden* sei auf das zumindest fahrlässige Verhalten der Kommission zurückzuführen, da dieses eine der entscheidenden Ursachen gewesen sei.

Es sei allgemein anerkannt, daß es für die Darlegung eines *Kausalzusammenhangs* zwischen einer Handlung und dem erlittenen Schaden ausreiche, daß die Handlung eine der Schadensursachen dargestellt habe, ohne daß verlangt werde, daß sie dessen alleinige Ursache sei.

Der *Schaden*, den die Klägerin wegen des Verhaltens der Kommission erlitten habe, sei ungerecht, da der Ausschluß des Bieters mit dem günstigsten Angebot — der wahrscheinlich aufgrund seiner Weigerung erfolgt sei, einem Versuch, überhöhte Gebühren zu erheben, nachzugeben — kein übliches Risiko darstelle, dem sich jedes Unternehmen aussetze, das sich dazu entschließe, an einem Ausschreibungsverfahren teilzunehmen.

Der Schaden bestehe in erster Linie in den gesamten Kosten der Klägerin für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. Außerdem ist die Klägerin der Meinung, daß es angemessen sei, Ersatz für den Entgang des Gewinns zu verlangen, den sie durch den Auftrag voraussichtlich erzielt hätte und den sie mit 15 % des angebotenen Preises für jedes Los veranschlagt, wobei sie die Beurteilung dieser Frage jedoch in das Ermessen des Gerichtshofes stellt.

B — Die *Kommission* stellt bezüglich der *Schadensersatzklage* fest, daß die Klägerin nichts vortrage, womit dargetan werden könnte, daß sich die Kommission bei der Erfüllung der Aufgaben, die ihr bei der Durchführung des Ausschreibungsverfahrens und der Kontrolle seiner Ordnungsmäßigkeit oblägen, schwere und unentschuldbare Versäumnisse habe zuschulden kommen lassen.

Das Ausschreibungsverfahren sei unter Mitwirkung eines technischen Ausschusses für die Bewertung der Angebote, der sich aus unabhängigen Sachverständigen zusammengesetzt habe, ordnungsgemäß abgelaufen.

Die Kommission weist darauf hin, daß die ihr im Abkommen von Lomé übertragene Aufgabe nicht darin bestehe, an die Stelle des technischen Ausschusses zu treten. Im vorliegenden Fall habe sie festgestellt, daß die Arbeiten des technischen Ausschusses gewissenhaft und korrekt ausgeführt worden seien. Sie habe somit keinen Anlaß gehabt, sich den Schlußfolgerungen der unabhängigen Sachverständigen zu widersetzen, die dem Vorschlag des CILSS über die vorläufige Vergabe zugrunde gelegen hätten.

Die Initiative der Entsendung der technischen Delegation zu der Klägerin sei von

zwei Mitgliedern dieses Ausschusses und von dem Kommissionsbeamten ausgegangen, der an den Arbeiten des technischen Ausschusses teilgenommen habe. Entgegen dem Vortrag der Klägerin beweise dies in keiner Weise, daß die Kommission in diesem Stadium der Ausschreibung „an die Stelle des CILSS getreten" sei; dieser Vorgang beweise vielmehr das Engagement und die Ernsthaftigkeit, mit denen sowohl die Kommission als auch der technische Ausschuß ihre jeweiligen Aufgaben erfüllt hätten.

Die Entscheidung des CILSS, das Angebot der Klägerin nicht anzunehmen, sei, auch wenn es das niedrigste gewesen sei, insbesondere wegen der Unzulänglichkeit des angebotenen Kundendienstes gerechtfertigt gewesen. Die Kommission weist insoweit darauf hin, daß der Erfolg des gesamten Solarprogramms zum großen Teil von der Möglichkeit abhängig gewesen sei, den Anwendern schnelle, wirksame und preiswerte Hilfeleistung zu bieten.

Gegenüber den Anforderungen in den Angebotsunterlagen sei der von der Klägerin vorgeschlagene Kundendienst vage und unvollständig gewesen und habe auf nicht spezialisierten oder auf dem Sektor nicht genügend ausgewiesenen privaten Einrichtungen beruht.

Die Kommission ist daher der Ansicht, daß ihr Verhalten nicht als widerrechtlich angesehen werden könne und daß eine Haftung der Gemeinschaft gegenüber der Klägerin jeder Grundlage entbehre.

Die Kommission bestreitet ausdrücklich die Schadensbezifferung durch die Klägerin.

Hilfsweise trägt die Kommission vor, aus dem Vorstehenden folge, daß die Nichtigkeits- und die Untätigkeitsklage nicht nur unzulässig, sondern auch unbegründet seien.

J. L. Murray
Berichterstatter