URTEIL DES GERICHTS (Fünfte Kammer)

17. März 2005 *

In der Rechtssache T-160/03

AFCon Management Consultants mit Sitz in Bray (Irland),

Patrick Mc Mullin, wohnhaft in Bray,

Seamus O'Grady, wohnhaft in Bray,

Prozessbevollmächtigte: B. O'Connor, Solicitor, und I. Carreño, avocat,

Kläger,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch J. Enegren und F. Hoffmeister als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Englisch.

wegen Ersatz des durch Unregelmäßigkeiten bei der Ausschreibung eines durch das TACIS-Programm finanzierten Vorhabens („Projet FDRUS 9902 — Agricultural extension services in South Russia") entstandenen Schadens

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung der Präsidentin P. Lindh sowie der Richter R. García-Valdecasas und J. D. Cooke,

Kanzler: D. Christensen, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 2004

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 AFCon Management Consultants (im Folgenden: AFCon) ist eine Beratungsfirma, die sich im Bereich der Landwirtschaft von Ländern spezialisiert hat, deren Wirtschaft sich im Übergang befindet. Herr Mc Mullin und Herr O'Grady sind die Geschäftsführer, Anteilseigner und Gründer dieser Firma (im Folgenden gemeinsam: Kläger).

2 Am 28. Mai 1999 schrieb die Kommission im Rahmen des TACIS-Programms einen Auftrag über technische Hilfeleistungen mit der Bezeichnung „Agricultural extension services in South Russia" (Landwirtschaftliche Erweiterungsleistungen in Südrussland) mit dem Zeichen FDRUS 9902 im nicht offenen Verfahren aus.

3 Von den 21 Unternehmen, die ihr Interesse an diesem Auftrag bekundeten, nahm der Bewertungsausschuss am 29. Juli 1999 in ein beschränktes Verzeichnis zehn Unternehmen auf, die daraufhin aufgefordert wurden, ein Angebot einzureichen.

4 Am 16. und 17. Dezember 1999 trat der Bewertungsausschuss zusammen, um die acht eingegangenen Angebote zu bewerten (im Folgenden: erste Bewertung). Der Ausschuss hielt das Angebot des aus der GFA — Gesellschaft für Agrarprojekte mbH (im Folgenden: die GFA-Agrar) und der Stoas Agri-projects Foundation (im Folgenden: die Stoas) bestehenden Konsortiums für das beste; das Angebot von AFCon wurde auf den zweiten Platz gesetzt.

5 Die Kommission stellte später fest, dass eine Interessenkollision zwischen einem Mitglied des Bewertungsausschusses und dem aus der GFA-Agrar und der Stoas bestehenden Konsortium (im Folgenden: die GFA) bestand. Dieses Mitglied, Herr A, war nämlich bei der Agriment International BV, einer Tochtergesellschaft der Stoas, beschäftigt. Die Kommission beendete ihre Zusammenarbeit mit Herrn A und teilte ihm mit, dass künftig auf seine Dienste verzichtet werde.

6 Aufgrund dieses Interessenkonflikts beschloss die Kommission am 3. März 2000, die erste Bewertung aufzuheben und einen neu besetzten Ausschuss mit einer zweiten Bewertung zu betrauen. Die Kommission teilte den Bietern diese Entscheidung mit Schreiben vom 28. März 2000 mit.

7 Am 15. und 16. Mai 2000 nahm der Bewertungsausschuss eine zweite Bewertung der Angebote vor (im Folgenden: zweite Bewertung). Das Angebot von GFA wurde schließlich zum besten erklärt. Das technische Angebot von GFA erhielt 72,69 % (dritter Platz); sein finanzielles Angebot belief sich auf 2 131 870 Euro (erster Platz). Das Angebot von AFCon wurde mit einem technischen Angebot, das 75,32 % erreichte (erster Platz), und einem finanziellen Angebot über 2 499 750 Euro (sechster Platz) an zweite Stelle gesetzt.

8 Im August 2000 vergab die Kommission den Auftrag an GFA. Mit Schreiben vom 17. August 2000 teilte sie dies AFCon mit.

9 Am 9. Oktober 2000 beschwerte sich AFCon bei der Kommission über die unkorrekte Durchführung des Ausschreibungsverfahrens. Sie machte geltend, das finanzielle Angebot von GFA habe unter dem Marktpreis gelegen. Die Kommission wies diese Beschwerde am 9. November 2000 zurück.

10 Mit Schreiben vom 18. Dezember 2000 und vom 31. Januar 2001 behauptete AFCon, dass GFA gegen die Ausschreibungsbedingungen verstoßen habe. Mit Schreiben vom 28. Februar 2001 wies die Kommission diese Behauptung zurück.

11 Mit Schreiben vom 15. März 2001 wies AFCon erneut darauf hin, dass das Angebot von GFA nicht den TACIS-Vergabebedingungen entspreche. Die Kommission beantwortete dieses Schreiben nicht.

12 Am 15. Mai 2001 legte AFCon eine Beschwerde beim Europäischen Bürgerbeauftragten ein. Darin führte sie aus, dass

— das finanzielle Angebot von GFA nicht der Ausschreibung entsprochen habe (erster Beschwerdegrund);

— die Kommission nach der Aufdeckung des Interessenkonflikts nicht die nach den Vergaberegeln erforderlichen Maßnahmen ergriffen habe (zweiter Beschwerdegrund);

— die Kommission dadurch gegen die Ausschreibung verstoßen habe, dass sie es dem Zuschlagsempfänger einige Wochen nach Unterzeichnung des Vertrages gestattet habe, die meisten Langzeitexperten durch Dritte zu ersetzen (dritter Beschwerdegrund).

13 In seiner Entscheidung vom 22. April 2002 (834/2001/GG) vertrat der Bürgerbeauftragte die Auffassung, dass nur der erste Beschwerdegrund begründet erscheine. Hierzu stellte er fest:

„Es entspricht guter Verwaltungspraxis bei Ausschreibungsverfahren, dass sich die Verwaltung an die für diese Verfahren aufgestellten Regeln hält. Dadurch, dass sie es im vorliegenden Fall den Bietern gestattet hat, Sachverständigenhonorare in den Posten erstattungsfähige Ausgaben einzubeziehen, hat die Kommission gegen die für die Ausschreibung geltenden Regeln und das mit diesen Regeln verfolgte Ziel verstoßen. Dies stellt einen Missstand dar."

14 Bezüglich des zweiten und des dritten Beschwerdegrundes stellte der Bürgerbeauftragte fest, dass keine durch die Kommission verursachten Missstände vorlägen.

15 Mit Schreiben vom 25. Mai 2002 forderte AFCon von der Kommission, ihr zum Ersatz des Schadens, der ihr dadurch entstanden sei, dass ihr nicht der Zuschlag erteilt worden sei, folgende Beträge zu zahlen:

— entgangener Gewinn: 624 937 Euro;

— entgangenes „Vorhabenprofil": 600 000 Euro;

— entgangene „berufliche Entwicklung": 150 000 Euro.

16 Mit Schreiben vom 25. Juli 2002 wies die Kommission diese Forderung zurück.

17 Mit Schreiben vom 13. September 2002 beantragte AFCon bei der Kommission, ihr bestimmte Unterlagen zu dem fraglichen Vergabeverfahren zu übermitteln. Die Kommission gab diesem Antrag am 3. Oktober 2002 statt, außer hinsichtlich der Bewertungsberichte und der Protokolle des Bewertungsausschusses sowie der Angebote der Mitbewerber, die unter die in Artikel 4 Absatz 3 Unterabsatz 2 und Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (ABl. L 145, S. 43) vorgesehenen Ausnahmen fielen.

18 Mit Schreiben vom 11. Oktober 2002 stellte AFCon einen Zweitantrag im Sinne der Verordnung Nr. 1049/2001. Sie forderte Zugang zu verschiedenen Dokumenten, die sich auf das fragliche Vergabeverfahren bezögen.

19 Mit Schreiben vom 22. November 2002 gewährte die Kommission Zugang zu bestimmten Dokumenten und bestätigte im Übrigen ihre Entscheidung, die Übermittlung der geforderten Unterlagen abzulehnen.

20 Parallel dazu sprach sich der irische Staatsminister für Europäische Angelegenheiten D. Roche in einem Schreiben vom 4. September 2002 an das Mitglied der Kommission Byrne für AFCon aus und bat die Kommission, eine Lösung für ihre Meinungsverschiedenheit mit AFCon zu finden.

21 Mit Schreiben vom 10. Oktober 2002 und vom 4. November 2002 wiederholte die Kommission ihren Standpunkt zur Rechtmäßigkeit des fraglichen Ausschreibungsverfahrens.

22 Am 15. November 2002 reichte das Mitglied des Europäischen Parlaments B. Crowley eine schriftliche Anfrage (3365/02) zur fraglichen Auftragsvergabe bei der Kommission ein. Das Mitglied der Kommission Patten beantwortete diese am 23. Dezember 2002. Herr Crowley richtete dann ein Schreiben an Herrn Patten, das dieser am 3. April 2003 beantwortete.

23 Mit Schreiben vom 18. Februar 2003 setzte sich Herr Roche bei Herrn Byrne ein zweites Mal für AFCon ein. Mit Schreiben vom 8. April 2003 wiederholte Herr Byrne den Standpunkt der Kommission.

Verfahren

24 Die Kläger erhoben mit Klageschrift, die am 12. Mai 2003 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, die vorliegende Klage.

25 Das Gericht (Fünfte Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters die mündliche Verhandlung eröffnet und im Rahmen der prozessleitenden Maßnahmen nach Artikel 64 der Verfahrensordnung des Gerichts den Parteien schriftlich einige Fragen gestellt und die Kommission aufgefordert, bestimmte Unterlagen vorzulegen. Die Parteien sind dem fristgerecht nachgekommen.

26 Die Parteien haben in der Sitzung vom 6. Juli 2004 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet.

Anträge der Parteien

27 Die Kläger beantragen,

— die Kommission zum Ersatz des Schadens zu verurteilen, der ihnen aufgrund der Unregelmäßigkeiten bei der Vergabe des TACIS-Vorhabens FDRUS 9902 entstanden sei; zuzüglich Ausgleichszinsen ab Schadenseintritt;

— die Kommission zur Zahlung von Zinsen auf den Schadensersatzbetrag ab Erlass des das Verfahren abschließenden Urteils zu verurteilen;

— der Kommission aufzugeben, bestimmte das Verfahren der Bewertung der Angebote betreffende Unterlagen vorzulegen;

— der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

28 Die Kommission beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— den Klägern die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe

A — *Zum Antrag auf Beweiserhebung*

29 Die Kläger haben nach § 65 Buchstabe b der Verfahrensordnung beantragt, der Kommission aufzugeben, bestimmte das Ausschreibungsverfahren betreffende Unterlagen vorzulegen und gegebenenfalls Zeugen zu vernehmen.

30 Das Gericht hat im Rahmen der prozessleitenden Maßnahmen u. a. die Kommission aufgefordert, Angaben zu den Angeboten der Bieter sowie die die erste und die zweite Bewertung betreffenden Unterlagen vorzulegen. Diese Aufforderung entspricht im Wesentlichen den von den Klägern gestellten Beweisanträgen. Das

Gericht ist daher in der Lage, aufgrund des Akteninhalts zu entscheiden, ohne die Vorlage weiterer Unterlagen oder die Vernehmung von Zeugen anzuordnen.

B — *Zum Schadensersatzantrag*

31 Das Gemeinschaftsrecht erkennt einen Entschädigungsanspruch an, sofern drei Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich dass die Rechtsnorm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, dass der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und dass zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht (Urteile des Gerichtshofes vom 5. März 1996 in den Rechtssachen C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Randnr. 51, und vom 4. Juli 2000 in der Rechtssache C-352/98 P, Bergaderm und Goupil/Kommission, Slg. 2000, I-5291, Randnrn. 41 und 42).

32 Somit ist zu prüfen, ob die Kläger nachgewiesen haben, dass diese Tatbestandsmerkmale hier vorliegen.

1. *Zur Rechtswidrigkeit des der Kommission vorgeworfenen Verhaltens*

33 Die Kläger machen im Kern drei rechtswidrige Verhaltensweisen geltend. Erstens entspreche das Angebot von GFA nicht den Auftragsbedingungen. Zweitens habe die Kommission unzulässige Bewertungskriterien angewandt. Drittens habe die Kommission nicht die Maßnahmen ergriffen, die nach der Feststellung eines Interessenkonflikts geboten gewesen seien.

a) Zur Ordnungsmäßigkeit des Angebots von GFA

Vorbringen der Parteien

34 Die Kläger tragen vor, das Angebot von GFA habe den für den fraglichen Auftrag geltenden Regeln nicht entsprochen. Diese Regeln bestünden aus

— den Hinweisen für die Bieter (Europäische Kommission, SCR[E] TACIS, „Instructions to tenderers", Fassung vom 22. Juni 1999), insbesondere Punkt C.2.1;

— den Leitlinien für die Erstellung des technischen und des finanziellen Angebots (Europäische Kommission, SCR[E] TACIS, „Guidelines for the preparation of the technical and financial proposal", Fassung vom Januar 1999, im Folgenden: Leitlinien), insbesondere den Bestimmungen über die Erstellung der Anhänge B („Organisation and methods") und D („Breakdown of prices for Tacis contracts");

— dem Lastenheft des fraglichen Auftrags (Europäische Kommission, „Technical assistance to economic reform in the food and agriculture sector, Terms of reference, Project: Russia ‚Agricultural extension services in South Russia — Farm extension project'", vom 4. Juni 1999).

35 Nach Ansicht der Kläger ergibt sich aus diesen Regeln, dass das finanzielle Angebot dem technischen Angebot entsprechen muss und die Vergütung der mit der Ausbildung betrauten Personen bei dem hierfür vorgesehenen Posten angegeben werden muss.

36 Diese Regeln seien eindeutig. Sie bezweckten, die Angebote vergleichbar zu machen, und seien durch die Praxis der Kommission bei einem dem fraglichen Auftrag ähnlichen und zur gleichen Zeit vergebenen Auftrag (FDRUS 9901) bestätigt worden.

37 GFA habe gegen diese Regeln verstoßen, weil

— die Zahl der in seinem technischen Angebot genannten „Manntage" die in seinem finanziellen Angebot angegebenen übersteige;

— es in seinem finanziellen Angebot einen Teil der Vergütung der mit der Ausbildung betrauten Personen dem Posten „erstattungsfähige Ausgaben" zugewiesen habe, der normalerweise der Erstattung von im Zusammenhang mit Ausbildungstätigkeiten stehenden Kosten „wie Reisen, dem Tagegeld für Praktikanten, Einschreibegebühren usw." vorbehalten sei.

38 GFA sei es dadurch gelungen, den Betrag seines finanziellen Angebots zu verringern. Die beiden Angebote unterschieden sich wie folgt:

Technisches Angebot	Finanzielles Angebot	Unterschied
2 687 Manntage (EU-Sachverständige)	2 200 Manntage (EU-Sachverständige)	(487) Manntage
4 615 Manntage (örtliche Sachverständige)	2 250 Manntage (örtliche Sachverständige)	(2 365) Manntage
5 300 Manntage (örtliches Unterstützungspersonal)	3 500 Manntage (örtliches Unterstützungspersonal)	(1 800) Manntage
Gesamt 12 602 Manntage	7 950 Manntage	(4 652) Manntage

Diese Unterschiedsbeträge seien den erstattungsfähigen Ausgaben zugeschlagen worden.

39 Die Kläger weisen darauf hin, dass der Bürgerbeauftragte ihre Auffassung im Kern betätigt habe, indem er ausgeführt habe, dass die Kommission insofern für einen Missstand verantwortlich sei, als sie GFA unter Verstoß gegen die den fraglichen Auftrag betreffenden Regeln gestattet habe, die Ausbildungshonorare in die Ausgaben einzubeziehen, die zu dem Posten erstattungsfähige Ausgaben gehörten.

40 Schließlich würden ihre Beanstandungen durch die Schwierigkeiten bestätigt, denen die Kommission bei der Ausführung des Auftrags durch GFA begegnet sei.

41 Aus alledem ergebe sich, dass die Kommission dadurch, dass sie GFA trotz dieser Unregelmäßigkeiten nicht ausgeschlossen habe, gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes verstoßen habe.

42 Die Kommission trägt vor, die Darstellung des Angebots sei aus folgenden Gründen ordnungsgemäß gewesen:

— Die Regeln, deren Verletzung die Kläger geltend machten, seien rechtlich nicht verbindlich; sie schrieben nicht eindeutig vor, wie die Vergütung für die Sachverständigen im finanziellen Angebot darzustellen sei;

— die Haushaltsordnung vom 21. Dezember 1977 für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften (ABl. L 326, S. 1) in der durch die Verordnung (EG, EGKS, Euratom) Nr. 2548/98 des Rates vom 23. November

1998 (ABl. L 320, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Haushaltsordnung) (Artikel 117) und die Verordnung (Euratom, EG) Nr. 1279/96 des Rates vom 25. Juni 1996 über die Unterstützung der Neuen Unabhängigen Staaten und der Mongolei bei ihren Bemühungen um Gesundung und Neubelebung ihrer Wirtschaft (ABl. L 165, S. 1) (Artikel 7 und Anhang III) enthielten keine klare Bestimmung zur Frage der Zuordnung von Ausbildungshonoraren zum Posten erstattungsfähige Ausgaben;

— es gebe keine gängige Praxis der Kommission zu dieser Frage, so dass sich die Kläger nicht auf einen Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen könnten;

— da die Zuordnung der Vergütung für die Ausbilder zum Posten erstattungsfähige Ausgaben nicht ausdrücklich verboten gewesen sei, habe sich GFA durchaus dieser Methode bedienen können;

— die Darstellung des Angebots von GFA habe den Vergleich der Angebote nicht verfälscht, denn der Auftraggeber sei bei seiner vergleichenden Bewertung in der Lage gewesen, zu berücksichtigen, dass die Ausbilderhonorare als erstattungsfähige Ausgaben behandelt worden seien;

— der Standpunkt des Bürgerbeauftragten sei nicht maßgeblich;

— nach der Auftragsvergabe auftretende Gesichtspunkte, insbesondere die Ausführung des Auftrags, seien nicht relevant.

Würdigung durch das Gericht

43 Punkt C.2.1 der Hinweise für die Bieter lautet:

„Die Preisaufschlüsselung ist nach dem Modell in Anhang D des Vertragsentwurfs vorzunehmen; die Preise müssen in Euro angegeben werden. Angebote in anderen Währungen oder eine falsche Darstellung der Preisaufschlüsselung können zur Zurückweisung des Angebots führen."

44 Anhang D der Leitlinien enthält eine Einleitung, in der die Methode für die Darstellung des Angebots erläutert wird. Sie enthält u. a. ein Formular in Form einer Tabelle, in die die Angaben der Bieter einzutragen sind. Diese Tabelle enthält die folgenden vier Hauptposten:

„1. Honorare (‚Fees') für

a) westliche Sachverständige

b) örtliche Sachverständige

c) Unterstützungspersonal

2. Tagegelder

3. Direkte Ausgaben

4. Erstattungsfähige Ausgaben".

45 In den Leitlinien heißt es:

„Die folgenden Anmerkungen sollen den Bietern bei der Erstellung des Anhangs D (finanzielle Aufschlüsselung) helfen ... Werden diese Leitlinien nicht befolgt, ist der Bieter aufgefordert, die Abweichung zu begründen ...

4. ... Die in Anhang D angegebenen Zahlen (für jede Kategorie oder jeden einzelnen Sachverständigen) müssen den im Anhang B (Zusammenfassung der Aufgaben des Personals) angegebenen Zahlen in der Arbeitszeittabelle (von den einzelnen Sachverständigen für das Vorhaben aufgewendete Zeit) genau entsprechen."

46 Die Kommission hat somit klar und deutlich darauf hingewiesen, dass es eine „genaue" Entsprechung zwischen den Angaben in Anhang B und denjenigen in Anhang D geben muss und jede Abweichung zu begründen ist.

47 Auf diesen Grundsatz der Entsprechung von finanziellem und technischem Angebot wird auch in den Erläuterungen vor dem Formular des den Leitlinien beiliegenden Anhangs B hingewiesen, in denen es heißt:

„Wichtig: Die nachstehende Zusammenfassung muss den Zahlen in der Aufschlüsselung der Vergütungen entsprechen."

48 Im Hinblick auf die Prüfung, ob das Angebot von GFA diesen Bestimmungen entsprach, ist daran zu erinnern, dass das technische Angebot von GFA (Anhang A) in Bezug auf den Aspekt „Ausbildung" folgende Zahlen angab:

Tabelle 1

Anzahl (Manntage)	Technische Hilfe	Ausbildung Wiederholung Verbreitung	Gesamt
EU-Sachverständige	2 200	487	2 687
Örtliche Sachverständige	2 250	2 365	4 615
Örtliches Unterstützungspersonal	3 500	1 800	5 300
Gesamt	7 950	4 652	12 602

49 Im finanziellen Angebot (Anhang D) gab GFA unter dem Posten „A. Honorare" folgende Zahlen an:

Tabelle 2

	Anzahl Manntage	Beträge in Euro
EU-Sachverständige	2 200	821 000
Örtliche Sachverständige	2 250	58 750
Örtliches Unterstützungspersonal	3 500	61 250
Gesamt	7 950	941 000

50 Diese Anzahl Manntage (7 950) ist um 4 652 niedriger als die im technischen Angebot (12 602).

51 Aus dem finanziellen Angebot von GFA ergibt sich jedoch, dass dieser Unterschied daher rührt, dass diese 4 652 Manntage bei den erstattungsfähigen Ausgaben angegeben wurden.

52 Das finanzielle Angebot von GFA nimmt nämlich in einer Fußnote und in einer beiliegenden erläuternden Anmerkung die im technischen Angebot enthaltenen und oben (Tabelle 1) wiedergegebenen Zahlen wieder auf. Diese Klarstellung verdeutlicht, dass der Unterschied zwischen den beiden Angeboten auf die Behandlung der Kosten für die Vergütung der mit der Ausbildung, Wiederholung und Verbreitung betrauten Personen zurückzuführen ist. Das finanzielle Angebot von GFA enthält u. a. eine Tabelle, in der alle sich auf diese Tätigkeiten beziehenden erstattungsfähigen Ausgaben detailliert beschrieben werden. Dieser Tabelle ist zu entnehmen, dass insgesamt 4 652 Manntage im Gesamtwert von 282 425 Euro bei den erstattungsfähigen Ausgaben verrechnet wurden. Entgegen dem Vorbringen der Kläger ist der Unterschied zwischen dem finanziellen und dem technischen Angebot also rein formal und schließt einen effektiven Vergleich der Angebote der verschiedenen Bieter nicht aus.

53 Darüber hinaus enthielt das finanzielle Angebot von GFA entsprechend dem Lastenheft Leistungen im Wert von 500 000 Euro für Ausbildung und von 200 000 Euro für Wiederholung und Verbreitung.

54 Die Rügen, die Kommission habe dadurch rechtswidrig gehandelt, dass sie das Angebot von GFA nicht wegen der Diskrepanzen zwischen dem technischen und dem finanziellen Angebot abgelehnt habe, sind daher zurückzuweisen.

b) Zum Rückgriff auf unzulässige Bewertungskriterien

Vorbringen der Parteien

55 Die Kläger werfen der Kommission vor, dem Bewertungsausschuss gestattet zu haben, bei der zweiten Bewertung unter Verstoß gegen die geltenden Regeln die bisherige Erfahrung von AFCon mit TACIS-Vorhaben zu berücksichtigen. Nummer 3 des Anhangs III der Verordnung Nr. 1279/96 sowie Nummer 3 des Anhangs IV der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 99/2000 des Rates vom 29. Dezember 1999 über die Unterstützung der Partnerstaaten in Osteuropa und Mittelasien (ABl. 2000, L 12, S. 1) sähen nämlich vor, dass „[s]pezifische Erfahrung des Bieters mit TACIS ... nicht berücksichtigt" werde. Nach diesen Bestimmungen werde das Angebot nur „unter Abwägung der technischen Qualität gegenüber dem Preis beurteilt. Die Gewichtung der beiden Kriterien wird bei jeder Aufforderung zur Angebotsabgabe angegeben. Für die technische Bewertung gelten insbesondere folgende Kriterien: Organisation, Zeitplan, vorgeschlagene Verfahren und Arbeitsplan für die Erbringung der Leistungen, Qualifikationen, Erfahrung, besondere Fähigkeiten des für die Leistungserbringung vorgeschlagenen Personals sowie die Einbeziehung von örtlichen Unternehmen oder Sachverständigen, deren Integrierung in das Projekt und ihr Beitrag zu dauerhaften Projektergebnissen."

56 Im vorliegenden Fall habe eines der Mitglieder des Bewertungsausschusses, der die zweite Bewertung vorgenommen habe, Herr G. Rea, die Ansicht vertreten, dass die von Herrn Mc Mullin und AFCon in der Zeit von 1996 bis 1998 im Rahmen des TACIS-Vorhabens FDRUS 9405 „Unterstützung privater landwirtschaftlicher Einzelbetriebe in Russland" errichteten Beratungszentren zum Zeitpunkt des Gesprächs nicht betriebsbereit gewesen seien und keine technische Beratung erteilt hätten. Diese Aussage, die nicht zutreffe, habe die anderen Mitglieder des Ausschusses beeinflusst.

57 Nachdem den Klägern infolge der prozessleitenden Maßnahmen verschiedene Unterlagen zu den Arbeiten des Bewertungsausschusses übermittelt worden waren, machten sie in der mündlichen Verhandlung geltend, dass eines der Ausschussmitglieder, Frau K. Karttunen, in ihrem Bericht ausdrücklich erwähnt habe, dass sie den Umstand, dass AFCon keine Erfahrung mit anderen Vorhaben in Russland habe, berücksichtigt habe.

58 Die Kommission bestreitet, dass es Unregelmäßigkeiten gegeben habe. Sie erkennt an, dass sie nach Anhang III Nummer 3 der Verordnung Nr. 1279/96 verpflichtet sei, die Erfahrung, die die Bieter aufgrund von anderen TACIS-Aufträgen hätten, außer Acht zu lassen.

59 Im vorliegenden Fall habe der Bewertungsausschuss jeden Bieter zu seinem technischen Angebot angehört. Dazu sei keine allgemeine Frageliste erstellt worden; der Inhalt der Gespräche sei von Bieter zu Bieter unterschiedlich gewesen. Im Lauf des Gesprächs habe Herr Mc Mullin Gelegenheit gehabt, jede für AFCon nachteilige Behauptung zurückzuweisen.

Würdigung durch das Gericht

60 Die Rügen, die die Berücksichtigung der Erfahrung von AFCon aufgrund von früheren durch das TACIS-Programm finanzierten Vorhaben betreffen, sind nicht rechtlich hinreichend untermauert.

61 Die infolge der prozessleitenden Maßnahmen zu den Akten gereichten Unterlagen, die die Bewertung der Angebote betreffen, belegen nämlich nicht, dass die Mitglieder des Bewertungsausschusses die Erfahrung, die die Bieter aufgrund von durch das TACIS-Programm finanzierten Vorhaben schon erworben hatten, als ein Kriterium für die Bewertung der Angebote berücksichtigt hätten. Den mit „Detailed technical evaluation per tenderer" überschriebenen Unterlagen ist zu entnehmen, dass sich der Bewertungsausschuss auf acht objektive Kriterien stützte, die die Erfahrung der Sachverständigen, den Ansatz des Vorhabens und die Beteiligung örtlicher Sachverständiger betrafen. Darüber hinaus enthält der Vermerk der Bewerter über die Bewertung des Angebots von AFCon keine negativen Äußerungen über einen angeblichen Mangel an Erfahrung oder über Schwierigkeiten, die bei der Durchführung früherer durch das TACIS-Programm finanzierter Vorhaben aufgetreten seien. So hoben die Mitglieder des Bewertungsausschusses die Qualitäten des Projektleiters sowie seine Erfahrung in der durch das Vorhaben betroffenen Region als Stärken des Angebots von AFCon hervor. Zu den Schwächen

zählten sie u. a., dass der Projektleiter die russische Sprache nur begrenzt beherrsche und dass das Angebot allgemein zu ehrgeizig und in mancher Hinsicht zu wenig flexibel zu sein scheine.

62 Zu dem die angeblichen Kommentare von Herrn Rea betreffenden Vorbringen ist festzustellen, dass dieses Mitglied des Bewertungsausschusses in seinem Abschlussbericht nicht die geringste Bemerkung zu Schwierigkeiten gemacht hat, die im Rahmen früherer Vorhaben von AFCon aufgetreten sein sollen.

63 Auch der von den Klägern in der mündlichen Verhandlung herangezogene Bericht der externen Bewerterin, Frau Karttunen, enthält keine negativen Bemerkungen zu der Erfahrung, die AFCon im Rahmen von früheren durch das TACIS-Programm finanzierten Vorhaben schon erworben hatte. In diesem Bericht wird u. a. die vom Projektleiter in Russland gesammelte Erfahrung hervorgehoben und darauf hingewiesen, dass dieser es im Bewertungsgespräch „bezüglich der aktuellen Lage der landwirtschaftlichen Beratungszentren im Vorhabengebiet an Offenheit mangeln ließ".

64 Es genügt folglich, festzustellen, dass die Kläger nicht nachgewiesen haben, dass sich die Kommission bei der Bewertung des Angebots von AFCon auf eine negative Beurteilung der Erfahrung gestützt hat, die AFCon aufgrund von früheren Vorhaben im Rahmen des TACIS-Programms erworben hatte. Die Rügen, die die Unzulässigkeit der Kriterien für die Bewertung des Angebots von AFCon betreffen, sind daher zurückzuweisen.

c) Zu den Folgen des Interessenkonflikts

Vorbringen der Parteien

65 Die Kläger werfen der Kommission vor, aus der Interessenkollision zwischen einem Mitglied des Bewertungsausschusses, Herrn A, und einem der Bieter, GFA, keine

Folgen gezogen zu haben. Die Kommission habe zum einen, nachdem sie festgestellt habe, dass ein Interessenkonflikt bestehe, nicht mit der gebotenen Sorgfalt gehandelt. Zum anderen hätte sie GFA nicht gestatten dürfen, weiter am Ausschreibungsverfahren teilzunehmen.

66 Die Kläger machen mit der ersten dieser Rügen geltend, dass die Kommission ihr Ermessen nicht auf verantwortliche Weise ausgeübt habe, als sie es abgelehnt habe, die Verhängung von Sanktionen gegen Herrn A und gegen GFA in Betracht zu ziehen. Denn obwohl die Kommission vom Vorsitzenden des Bewertungsausschusses über die Verbindungen zwischen diesem Bieter und einem der Mitglieder des Bewertungsausschusses unterrichtet worden sei, habe sie es nicht erwogen, GFA auszuschließen. Die Kläger fragen sich ferner, ob die Kommission untersucht habe, ob GFA gewusst habe, dass Herr A dem Bewertungsausschuss angehörte. Nach Prüfung aller das Ausschreibungsverfahren betreffenden Unterlagen, die ihnen infolge der vom Gericht beschlossenen prozessleitenden Maßnahmen übermittelt worden waren, haben die Kläger in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass es keinen Beweis dafür gebe, dass sich die Kommission auch nur die Frage gestellt habe, ob gegen GFA Sanktionen verhängt werden sollten.

67 Mit ihrer zweiten Rüge machen die Kläger geltend, dass die Kommission gegen ihre Pflicht, die durch das TACIS-Programm finanzierten Vorhaben ordnungsgemäß zu verwalten, verstoßen habe, indem sie keine Sanktion gegen GFA verhängt habe und diesem Konsortium die Teilnahme an der zweiten Bewertung gestattet habe. Dass Herr A bei einem der Mitglieder des Konsortiums GFA vollzeitbeschäftigt gewesen sei, hätte die Kommission dazu veranlassen müssen, sowohl das fragliche Ausschussmitglied als auch den betreffenden Bieter auszuschließen.

68 Die Kommission ist der Ansicht, sie habe rechtmäßig gehandelt, ohne die Grenzen ihres weiten Ermessens zu überschreiten.

69 Sie sei in Ermangelung von Beweisen dafür, dass GFA versucht habe, das Vergabeverfahren durch die Mitarbeit von Herrn A im Bewertungsausschuss zu beeinflussen, nach keiner Bestimmung berechtigt gewesen, GFA auszuschließen oder eine Sanktion gegen GFA zu verhängen. Denn die Haushaltsordnung sehe in Artikel 114 Absatz 1 vor:

„Die Beteiligung an Ausschreibungen steht allen dem Vertrag unterliegenden natürlichen und juristischen Personen sowie allen natürlichen und juristischen Personen des begünstigten Staates zu gleichen Bedingungen offen."

70 GFA hätte demnach jede Entscheidung, es von der fraglichen Auftragsvergabe auszuschließen, ohne weiteres wegen Verstoßes gegen Artikel 114 Absatz 1 der Haushaltsordnung beanstanden können. Die Kommission ist ferner der Ansicht, dass sie ein Unternehmen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur in außergewöhnlichen Fällen von einem Ausschreibungsverfahren ausschließen dürfe.

71 Der Interessenkonflikt sei ausschließlich dem Bewerter zuzurechnen gewesen. Dieser habe gegen Artikel 12 Absatz 4 der Allgemeinen Vorschriften für die Ausschreibung und die Vergabe der aus PHARE-/TACIS-Mitteln finanzierten Dienstleistungsaufträge verstoßen. Er sei nicht mit GFA, sondern mit einem der Unternehmen dieses Konsortiums verbunden gewesen. Da der Bewerter der Kontrolle von GFA entzogen gewesen sei, habe der Interessenkonflikt nicht GFA zugerechnet werden können.

72 Die Kommission trägt darüber hinaus vor, dass der Ausschluss von GFA AFCon unter Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung unberechtigt bevorzugt hätte.

73 Nach dem Ausschluss von Herrn A von seinen Beratungen habe der Bewertungsausschuss nicht AFCon ausgewählt. Denn obwohl der Vertreter des durch den fraglichen Auftrag Begünstigten beantragt habe, die Zuschlagserteilung an AFCon zu empfehlen, hätten sich die drei anderen Mitglieder dagegen ausgesprochen.

Würdigung durch das Gericht

74 Es ist daran zu erinnern, dass es angesichts des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge, des Bestrebens um eine wirtschaftliche Verwaltung der Finanzmittel der Gemeinschaft sowie der Verhütung von Betrug in hohem Maße zu beanstanden und nach dem Recht mehrerer Mitgliedstaaten strafbar ist, wenn demjenigen ein öffentlicher Auftrag erteilt wird, der bei der Evaluierung und der Auswahl der Angebote für diesen Auftrag mitwirkt (Urteil des Gerichts vom 15. Juni 1999 in der Rechtssache T-277/97, Ismeri Europa/Rechnungshof, Slg. 1999, II-1825, Randnr. 112).

75 Hat die Kommission eine Interessenkollision zwischen einem Mitglied des Bewertungsausschusses und einem der Bieter festgestellt, so ist sie verpflichtet, bei der Vorbereitung und dem Erlass ihrer Entscheidung über die Folgen des fraglichen Vergabeverfahrens mit aller erforderlichen Sorgfalt vorzugehen und die Entscheidung auf der Grundlage aller einschlägigen Informationen zu treffen. Diese Verpflichtung ergibt sich insbesondere aus den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Verwaltung und der Gleichbehandlung (vgl. entsprechend Urteil des Gerichts vom 9. Juli 1999 in der Rechtssache T-231/97, New Europe Consulting und Brown/Kommission, Slg. 1999, II-2403, Randnr. 41). Denn die Kommission hat in allen Abschnitten eines Ausschreibungsverfahrens darauf zu achten, dass die Gleichbehandlung und damit die Chancengleichheit aller Bieter gewährleistet ist (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-496/99 P, Kommission/CAS Succhi di Frutta, Slg. 2004, I-3801, Randnr. 108, und Urteil des Gerichts vom 24. Februar 2000 in der Rechtssache T-145/98, ADT Projekt/Kommission, Slg. 2000, II-387, Randnr. 164).

76 Es ist zu prüfen, ob die Kommission im vorliegenden Fall entsprechend dieser Verpflichtung gehandelt hat.

77 Hat die Kommission eine Interessenkollision zwischen einem der Bieter und einem Mitglied des mit der Bewertung der Angebote betrauten Ausschusses festgestellt, so verfügt sie bei der Entscheidung darüber, welche Maßnahmen bezüglich des weiteren Ablaufs des Verfahrens zur Vergabe des ausgeschriebenen Auftrags zu ergreifen sind, über einen gewissen Spielraum.

78 Es ist unstreitig, dass die Kommission, nachdem sie vom Vorsitzenden des Bewertungsausschusses alarmiert worden war, keine Nachforschungen über die Verbindungen zwischen Herrn A und GFA angestellt hat, um sich zu vergewissern, dass dieses Konsortium nicht versucht hat, die Beratungen des Bewertungsausschusses zu beeinflussen. Die Kommission hat in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass kein Beweis dafür vorgelegen habe, dass GFA versucht habe, das Verfahren über einen seiner Angestellten als Mitglied des Bewertungsausschusses zu beeinflussen. In Beantwortung der Fragen des Gerichts hat die Kommission allerdings eingeräumt, dass sie nichts unternommen hat, um zu überprüfen, ob GFA und Herr A im Verlauf des Vergabeverfahrens zusammengearbeitet haben. Die Kommission hat darauf bestanden, dass es in Ermangelung von Anhaltspunkten für einen Betrug nicht gerechtfertigt gewesen sei, die Rolle von GFA zu untersuchen.

79 In Anbetracht der Umstände des vorliegenden Falles erscheint diese Beurteilung offensichtlich falsch. Da die Kommission nicht untersucht hatte, ob GFA und Herr A sich abgesprochen hatten, lagen ihr nämlich keine Anhaltspunkte vor, aufgrund deren sie mit hinreichender Gewissheit ausschließen konnte, dass GFA versucht haben könnte, das Verfahren der Auftragsvergabe zu beeinflussen. Doch hätten mehrere übereinstimmende objektive Anhaltspunkte die Kommission dazu veranlassen müssen, besonders aufmerksam zu sein und die Möglichkeit einer Kollusion zwischen GFA und Herrn A zu prüfen. Diese Anhaltspunkte rechtfertigen es, in Betracht zu ziehen, dass die Interessenkollision nicht auf einen bloßen Zufall, sondern auf betrügerische Absicht zurückzuführen sein könnte.

80 Erstens ist darauf hinzuweisen, mit welch ernsten Worten der Vorsitzende des Bewertungsausschusses auf die Fragwürdigkeit der ersten Bewertung aufmerksam gemacht hatte. In einem Vermerk vom 4. Januar 2000 schlug er nämlich vor, diese

Bewertung aufzuheben und eine neue Bewertung durch einen anders besetzten Ausschuss vornehmen zu lassen. Er hatte u. a. darauf hingewiesen, dass das Ergebnis der ersten Bewertung „äußerst fragwürdig" sei, da Herr A damals als „Leiter eines von der niederländischen Regierung finanzierten und von der zum Stoas-Konzern gehörenden Agriment International durchgeführten Vorhabens in der Ukraine" arbeitete.

81 Der Vorsitzende des Bewertungsausschusses hob neben dieser Interessenverquickung auch hervor, dass es Anhaltspunkte gebe, die befürchten ließen, dass Herr A tatsächlich versucht habe, GFA gegenüber den übrigen Bietern zu bevorzugen. So hieß es in dem Vermerk, dass „Herr A die Unternehmen, die von den anderen Bewertern an die erste und die zweite Stelle gesetzt worden waren, an die vierte und die fünfte Stelle platziert hat". Der Vorsitzende stellte weiter fest, „dass in Anbetracht dieser Anhaltspunkte insgesamt eine starke Vermutung für einen ‚Interessenkonflikt' und damit für eine [ungerechtfertigt] günstige Bewertung des Konsortiums GFA/Stoas besteht".

82 Der Vorsitzende des Bewertungsausschusses hatte ferner ausgeführt, dass das finanzielle Angebot von GFA in Höhe von 2,13 Mio. Euro „erheblich niedriger war als die Angebote des erstplatzierten und des zweitplatzierten Unternehmens" und dass ein „so niedriges Angebot als eine Form des Dumpings angesehen werden könnte". Aus den Feststellungen und Einschätzungen des Vorsitzenden des Bewertungsausschusses ergibt sich somit, dass das Angebot von GFA nicht nur deshalb dubios war, weil ein Angestellter dieses Konsortiums im Ausschuss vertreten war, sondern auch, weil das finanzielle Angebot von GFA anomal niedrig war.

83 Zweitens rechtfertigten die Umstände Zweifel daran, dass der Interessenkonflikt, in dem sich Herr A befand, auf bloßem Zufall beruhte oder ausschließlich seiner Nachlässigkeit zuzuschreiben war.

84 Zunächst hatte Herr A es unterlassen, der Kommission gegenüber seine Tätigkeit beim Stoas-Konzern anzugeben. So erwähnte er bei seiner Bewerbung um den Posten eines externen Bewerters und den anschließenden Arbeiten des Bewertungsausschusses nicht, dass er für den Stoas-Konzern Führungsaufgaben im Zusammenhang mit einem Hilfsprojekt im Bereich der Landwirtschaft wahrnahm (vgl. Vermerk vom 4. Januar 2000). Dass diese Information für die Einstellung von Herrn A als Bewerter relevant war, war umso offenkundiger, als sich der Auftrag FDRUS 9902 auf Unterstützungsleistungen im Bereich der Landwirtschaft bezog, die gewisse Ähnlichkeiten mit denen aufwiesen, für die Herr A in der Ukraine verantwortlich war.

85 Sodann hat Herr A nicht nur seine Tätigkeit beim Stoas-Konzern verschwiegen, sondern er hat sogar ausdrücklich erklärt, dass er weder direkt noch indirekt mit den Bietern als Einzelbieter oder als Mitglied eines Konsortiums verbunden sei. Denn am 16. Dezember 1999 hatte Herr A eine Unparteilichkeitserklärung unterschrieben, mit der er Folgendes bekräftigte:

„Ich habe zu keinem der Bieter, ob Einzelbieter oder Mitglied eines Konsortiums, die Ausschreibungsunterlagen eingereicht haben, und zu keinem der vorgeschlagenen Unterauftragnehmer direkte oder indirekte Verbindungen. Ich bestätige, dass ich, falls ich im Lauf der Bewertung entdecken sollte, dass eine solche Verbindung besteht, diese sofort angeben und aus dem Bewertungsausschuss ausscheiden werde. Mir ist bewusst, dass die Europäische Kommission, wenn ich von einer solchen Verbindung Kenntnis habe und es unterlasse, sie anzugeben, beschließen kann, das betreffende Ausschreibungsverfahren aufzuheben, und dass ich dafür haftbar gemacht werden kann."

86 Das Vorstehende wird dadurch noch fragwürdiger, dass Herr A, nachdem er mit der Prüfung des Angebots von GFA begonnen hatte, keine Unkenntnis darüber geltend machen konnte, dass er sich in einer Lage befand, die mit seiner Unparteilichkeitsverpflichtung unvereinbar war. Aus dem genannten Angebot ging klar hervor, dass Stoas eines der Mitglieder des Konsortiums GFA war. Darüber hinaus war GFA

beim Bewertungsgespräch, an dem Herr A teilnahm, u. a. durch den Leiter der für das internationale Geschäft des Stoas-Konzerns zuständigen Abteilung, Herrn B, vertreten. Obwohl Herr A damit einer Führungskraft des Konzerns gegenüber saß, bei dem er beschäftigt war, unterließ er es unter Verstoß gegen die oben zitierte Unparteilichkeitserklärung, seine Verbindungen zu diesem Konzern anzugeben und aus dem Bewertungsausschuss auszuscheiden.

87 Drittens gab der Ernst der Lage Anlass, die Möglichkeit einer Kollusion zwischen Herrn A und GFA in Betracht zu ziehen.

88 Zum einen lässt sich die Rechtmäßigkeit des Verhaltens von GFA zu Recht in Frage stellen. Wie bereits ausgeführt, war GFA beim Bewertungsgespräch durch den Leiter der für das internationale Geschäft des Stoas-Konzerns zuständigen Abteilung vertreten, der Herr A angehörte. Dem Angebot von GFA zufolge bestand die von Herrn B geleitete Abteilung lediglich aus 25 Mitarbeitern, so dass die Kommission Grund zu der Annahme hatte, dass er Herrn A kannte. Dies hätte die Kommission veranlassen müssen, sich zu fragen, warum Herr B die Verbindungen, die er zu einem der Mitglieder des Bewertungsausschusses unterhielt, nicht offen legte.

89 Zum anderen war Herr A von den Kommissionsdienststellen im September 1999 als externer Sachverständiger benannt worden, als GFA sein Angebot noch nicht eingereicht hatte. Obwohl Herr A nicht an der Erstellung des Lastenhefts beteiligt war, war es denkbar, dass er in den zwei Monaten von seiner Benennung als externer Sachverständiger bis zum Eingang der Angebote mit den Vertretern des Konsortiums GFA Kontakt hatte. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission eingeräumt, dass sie, wenn es solche Kontakte gegeben haben sollte, verpflichtet gewesen sei, GFA von diesem Vergabeverfahren auszuschließen. Die Kommission hat jedoch nicht versucht, Herrn A dazu zu befragen.

90 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Kommission dadurch, dass sie es unterlassen hat, Nachforschungen zu den Beziehungen zwischen Herrn A und dem Konsortium GFA anzustellen, einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat. Durch diesen Verstoß gegen den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung hat sie außerdem den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt, nach dem sie alle Angebote unparteiisch und objektiv vor dem Hintergrund der für das Vergabeverfahren geltenden Bedingungen und allgemeinen Grundsätze prüfen muss, um die Chancengleichheit der Bieter zu gewährleisten.

91 Der Grundsatz der Gleichbehandlung verbietet es nämlich, gleiche Sachverhalte unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte gleich zu behandeln, es sei denn, dass eine derartige Behandlung objektiv gerechtfertigt wäre. Im vorliegenden Fall gab es ernste Zweifel an der Zulässigkeit des Angebots von GFA. Solange diese Zweifel fortbestanden, befand sich das Konsortium in einer Situation, die sich von derjenigen der anderen Bieter unterschied. Indem die Kommission es unterließ, eine Untersuchung durchzuführen, um diese Situation zu beenden, behandelte sie GFA genau wie die anderen Bieter, obwohl dies objektiv nicht gerechtfertigt war. Mit diesem Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot hat die Kommission gegen eine Rechtsnorm verstoßen, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen.

92 Hingegen ist es nicht möglich, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu beurteilen, GFA die weitere Beteiligung an diesem Verfahren nicht zu untersagen, denn es steht fest, dass die Kommission hinsichtlich der Vorbereitung der Maßnahmen für die Fortsetzung des Vergabeverfahrens nicht mit der gebotenen Sorgfalt gehandelt hat. Die Rechtmäßigkeit der Entscheidung hängt nämlich unmittelbar vom Ergebnis der Untersuchung ab, die die Kommission hätte durchführen müssen, um sich zu vergewissern, dass keine Kollusion vorlag. Da die sich aus den Akten ergebenden Tatsachen keinen Schluss auf eine solche Kollusion gestatten, ist das Vorbringen der Kläger, die Kommission hätte GFA vom Vergabeverfahren ausschließen müssen, zurückzuweisen.

93 Hinsichtlich der Frage, ob die festgestellte Rechtswidrigkeit die Haftung der Gemeinschaft begründen kann, ist daran zu erinnern, dass das entscheidende

Kriterium dafür, ob ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht als hinreichend qualifiziert ist, darin besteht, ob das betreffende Gemeinschaftsorgan die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat (Urteile Brasserie du Pêcheur und Factortame, Randnr. 55, und Bergaderm und Goupil/Kommission, Randnr. 43). Aufgrund der oben aufgezeigten Umstände des Interessenkonflikts und des damit verbundenen Betrugsrisikos ist das Versäumnis der Kommission offenkundig und schwerwiegend und daher geeignet, die Haftung der Gemeinschaft zu begründen.

2. *Zum Schaden und zum Kausalzusammenhang*

94 Die Kläger machen mehrere Schadensposten geltend:

— im Lauf des Ausschreibungsverfahrens entstandene Verluste;

— entgangener Gewinn;

— „Profileinbuße";

— Schädigung des Rufes von AFCon und seiner Geschäftsführer Mc Mullin und O'Grady.

a) Zum Ersatz des Schadens in Gestalt der aufgrund der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren entstandenen Verluste

Vorbringen der Parteien

95 Die Kläger fordern Ersatz des Schadens in Gestalt der ihnen aufgrund ihrer Teilnahme am Ausschreibungsverfahren entstandenen Verluste. Dabei handele es sich um die von AFCon umsonst aufgewendeten Kosten für die Einreichung ihres Angebots und die Kosten, die mit den bei der Kommission und dem Bürgerbeauftragten erhobenen Beschwerden verbunden gewesen seien. Diese Verluste bestünden aus den Bezügen der mit der Entwicklung des Vorhabens beschäftigten Personen und den gesamten in der Folge aufgewendeten Reise- und Aufenthaltskosten. Die Kläger bemessen diesen Schaden auf der Grundlage der im finanziellen Angebot von AFCon angegebenen Einheitskosten auf 82 570 Euro.

96 Die Kommission bestreitet dieses Vorbringen. Die Kosten, deren Ersatz verlangt werde, wären auch entstanden, wenn AFCon der Auftrag erteilt worden wäre. Demnach handele es sich nicht um einen Schaden, für den sie hafte.

Würdigung durch das Gericht

97 Es ist zwischen dem Schaden in Gestalt der Kosten für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren und dem Schaden in Gestalt der Kosten für das Bestreiten der Rechtmäßigkeit des Verfahrens zu unterscheiden.

— Zu den Kosten für die Einreichung des Angebots von AFCon

98 Es ist daran zu erinnern, dass die Wirtschaftsteilnehmer die unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles mit ihren Tätigkeiten verbundenen Risiken tragen müssen. Im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens umfassen diese wirtschaftlichen Risiken insbesondere die mit der Vorbereitung des Angebots verbundenen Kosten. Derartige Ausgaben hat also das Unternehmen, das sich für eine Teilnahme an dem Verfahren entschieden hat, zu tragen, da die Möglichkeit, an einer Ausschreibung teilzunehmen, nicht die Gewissheit umfasst, den Zuschlag zu erhalten. Dementsprechend sieht Artikel 24 der Allgemeinen Vorschriften für die Ausschreibung und die Vergabe der aus Phare-/TACIS-Mitteln finanzierten Dienstleistungsaufträge vor, dass die Bieter im Fall der Einstellung oder der Aufhebung eines Verfahrens keinen Anspruch auf Schadensersatz haben. Somit können grundsätzlich die Kosten, die einem Bieter für seine Teilnahme an einer Ausschreibung entstehen, keinen ersatzfähigen Schaden darstellen. Die genannte Bestimmung kann jedoch in den Fällen keine Anwendung finden, in denen eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts bei der Durchführung des Ausschreibungsverfahrens die Chancen eines Bieters beeinträchtigt, den Zuschlag zu erhalten, da sonst die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes beeinträchtigt würden (Urteile des Gerichts vom 17. Dezember 1998 in der Rechtssache T-203/96, Embassy Limousines & Services/Parlament, Slg. 1998, II-4239, Randnrn. 75 und 97, und vom 29. Oktober 1998 in der Rechtssache T-13/96, TEAM/Kommission, Slg. 1998, II-4073, Randnrn. 70 bis 72).

99 Im vorliegenden Fall haben die Kläger nachgewiesen, dass bei der Durchführung des Ausschreibungsverfahrens gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen worden ist. Aufgrund dieses Verstoßes ist das Ausschreibungsverfahren mit einem grundlegenden Fehler behaftet, und die Chancen von AFCon, den Zuschlag für den fraglichen Auftrag zu erhalten, sind beeinträchtigt worden.

100 Hätte die Kommission nämlich eine Untersuchung über die Verbindungen zwischen GFA und Herrn A durchgeführt, wäre sie unter Umständen zu dem Schluss gelangt, dass eine Kollusion vorliege, die den Ausschluss von GFA vom Ausschreibungs-

verfahren rechtfertige. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission in der Tat eingeräumt, dass sie bei einem solchen Untersuchungsergebnis verpflichtet gewesen wäre, gegen GFA durch den Ausschluss vom Verfahren eine Sanktion zu verhängen.

101 Die Kommission hat beschlossen, das Ausschreibungsverfahren fortzusetzen, ohne eine Untersuchung durchzuführen, das Angebot von GFA berücksichtigt und diesem Konsortium trotz übereinstimmender Indizien, die für eine Kollusion mit einem Mitglied des Bewertungsausschusses sprachen, den Auftrag erteilt. Indem sie so vorgegangen ist und sich nicht vergewissert hat, dass es bei der Teilnahme von GFA nicht zu Unregelmäßigkeiten gekommen ist, hat sie es GFA ermöglicht, im Rennen zu bleiben, und dadurch die Chancen von AFCon, den Zuschlag zu erhalten, beeinträchtigt.

102 Zwar muss jeder Bieter, der an einem Ausschreibungsverfahren teilnimmt, grundsätzlich das Risiko eingehen, dass er die mit der Einreichung seines Angebots verbundenen Kosten selbst zu tragen hat, wenn der Auftrag an einen seiner Mitbewerber geht. Das Eingehen dieses Risikos beruht jedoch auf der allen Ausschreibungen zugrunde liegenden Annahme, dass die Kommission gemäß den oben in Randnummer 90 erwähnten Grundsätzen unparteiisch handelt, um die Chancengleichheit der Bieter zu gewährleisten. Dadurch, dass sie GFA trotz der oben angeführten Indizien teilnehmen ließ und es versäumte, eine Untersuchung durchzuführen, hat die Kommission dieser Annahme zuwidergehandelt und die Chancen von AFCon unmittelbar beeinträchtigt. AFCon ist daher der Schaden in Gestalt der Kosten für die Teilnahme an dem Verfahren zu ersetzen.

103 Was die Bezifferung dieses Schadens angeht, so bemessen ihn die Kläger auf einen Betrag von 31 070 Euro, der sich aus den Kosten einer Erkundungsreise nach Südrussland (8 800 Euro), aus dem Zeit- und Kostenaufwand für die Vorbereitung des Angebots (14 950 Euro) und den Kosten für Reisen nach Brüssel für die Teilnahme an zwei Bewertungsgesprächen (7 320 Euro) zusammensetzt. Da dieser Betrag nicht zu hoch erscheint, ist der AFCon entstandene Schaden in Gestalt der Kosten für die Einreichung ihres Angebots auf 31 070 Euro zu beziffern.

— Zu den Kosten für das Bestreiten der Rechtmäßigkeit des Ausschreibungsverfahrens

104 Es handelt sich um einen gegenwärtigen, tatsächlichen und sicheren Schaden, der sich unmittelbar aus der Rechtswidrigkeit des der Kommission zur Last gelegten Verhaltens ergibt. Die Kläger machen geltend, dass sich dieser Schadensposten auf 51 500 Euro belaufe, wobei sich dieser Betrag folgendermaßen zusammensetze:

— Mittel für die verschiedenen Beschwerden und anderen Verfahren als die Klage, die AFCon eingereicht oder betrieben hat, nachdem GFA den Zuschlag für den fraglichen Vertrag erhalten hatte (26 500 Euro);

— Reisekosten und Kosten für Sitzungen in Russland, Irland und Belgien mit Kontaktpersonen und Politikern sowie Rechtsanwaltskosten (25 000 Euro).

105 Hinsichtlich der Ausgaben für Reisen, Sitzungen und Rechtsanwälte haben die Kläger nichts dargetan, was eine Überprüfung, ob diese Ausgaben zum erstattungsfähigen Schaden gehören, ermöglichen würde, und keinen Beweis vorgelegt, der ihre Bemessung stützen würde. Mangels Beweises können diese Ausgaben daher bei der Bezifferung des entstandenen Schadens nicht berücksichtigt werden.

106 Was die für die verschiedenen Beschwerden von AFCon bei der Kommission und beim Bürgerbeauftragten aufgewendeten Mittel angeht, so trägt deren Schätzung zwei Aspekten Rechnung.

107 Der erste Aspekt betrifft die Anzahl der Honorartage („fee/days"), die AFCon für die Verteidigung ihrer Interessen aufgewendet hat, um die Gültigkeit des Ausschreibungsverfahrens zu bestreiten. Im Zeitraum vom 17. August 2000, als AFCon über die Auftragsvergabe unterrichtet wurde, bis zur letzten Intervention des irischen Ministers für Europäische Angelegenheiten bei einem Mitglied der Kommission im Februar 2003 wird diese Zahl auf 28 Honorartage geschätzt. Der Tageshonorarsatz wird unter Verweis auf den im finanziellen Angebot von AFCon angewendeten Satz mit 500 Euro angesetzt. Diese Schätzung erscheint nicht als zu hoch. Der AFCon an Zeitaufwand für die Verteidigung ihrer Interessen entstandene Schaden ist daher mit 14 000 Euro zu veranschlagen.

108 Der zweite Aspekt betrifft Recherchekosten in Höhe von 12 500 Euro. Die Kläger haben jedoch nichts dafür vorgetragen, was genau diese Kosten abdecken, noch irgendeinen Beleg zur Begründung dieses Betrages vorgelegt. Dem Antrag bezüglich dieser angeblichen Recherchen ist daher nicht stattzugeben.

109 Demnach ist die Kommission dazu zu verurteilen, AFCon einen Betrag von 14 000 Euro zum Ersatz des Schadens in Gestalt der von AFCon für die Verteidigung ihrer Interessen aufgewendeten Kosten zu zahlen.

b) Zum Ersatz des Schadens in Gestalt des entgangenen Gewinns

Vorbringen der Parteien

110 Für entgangenen Gewinn fordern die Kläger 25 % des Wertes des finanziellen Angebots von AFCon, d. h. 741 591 Euro. Dieser Betrag entspreche der Gewinnmarge, die AFCon realisiert hätte, wenn ihr der Auftrag erteilt worden wäre.

111 Die Kommission behält sich ihre Stellungnahme zu dieser Berechnung vor, da AFCon keine Belege vorgelegt habe.

Würdigung durch das Gericht

112 Der wegen entgangenen Gewinns geltend gemachte Schaden setzt voraus, dass AFCon einen Anspruch auf Zuschlagserteilung hatte. Doch selbst wenn die Kommission eine Untersuchung über die zwischen Herrn A und GFA bestehenden Verbindungen durchgeführt hätte und zu dem Schluss gelangt wäre, dass der Ausschluss von GFA von dem Verfahren wegen Kollusion gerechtfertigt sei, hätte AFCon nicht sicher sein können, den Zuschlag zu erhalten.

113 Der Auftraggeber ist nämlich nicht an den Vorschlag des Bewertungsausschusses gebunden, sondern verfügt über einen weiten Spielraum bei der Beurteilung der Gesichtspunkte, die bei einer Entscheidung über die Erteilung des Auftrags zu berücksichtigen sind (Urteil TEAM/Kommission, Randnr. 76). Die Kläger haben insofern zwar auf den Sonderbericht des Rechnungshofes Nr. 16/2000 über die Ausschreibungsverfahren für Dienstleistungsaufträge im Rahmen der Phare- und TACIS-Programme zusammen mit den Antworten der Kommission (ABl. 2000, C 350, S. 1) verwiesen, aus dem sich ergebe, dass die Kommission bei 117 von 120 im Rahmen dieser Programme geschlossenen Verträgen der Empfehlung des Bewertungsausschusses gefolgt sei. Diese statistischen Angaben lassen jedoch nicht den Schluss zu, dass der Auftrag im vorliegenden Fall mit Sicherheit AFCon erteilt worden wäre, wenn GFA vom Verfahren ausgeschlossen worden wäre.

114 Bei dem AFCon entgangenen Gewinn handelt es sich daher nicht um einen tatsächlichen und sicheren, sondern um einen hypothetischen Schaden. Er ist folglich nicht ersatzfähig.

c) Zum Ersatz des Schadens in Gestalt der „Profileinbuße"

Vorbringen der Parteien

115 Die Kläger machen geltend, dass die Erteilung des fraglichen Auftrags es AFCon ermöglicht hätte, sich an anderen Ausschreibungen zu beteiligen. Nach dem fraglichen Ausschreibungsverfahren sei es mit der Geschäftstätigkeit von AFCon bergab gegangen. Die Erteilung des fraglichen Auftrags an GFA habe dem Ruf und dem Geschäft von AFCon geschadet.

116 AFCon sei nämlich von späteren Ausschreibungsverfahren automatisch ausgeschlossen worden. Ab 2002 hätten neue Zulassungsregeln es ihr untersagt, an Ausschreibungsverfahren teilzunehmen, weil die Bieter nach diesen Regeln einen bestimmten Jahresumsatz und eine bestimmte Erfahrung aufweisen müssten, über die sie nicht mehr verfügt habe.

117 Die Kläger veranschlagen für die „Profileinbuße" vorläufig 600 000 Euro.

118 Die Kommission bestreitet dieses Vorbringen, das ihrer Ansicht nach nicht belegt ist.

Würdigung durch das Gericht

119 Der Schaden, dessen Ersatz gefordert wird, beruht auf dem Vorbringen, dass die Erteilung des fraglichen Auftrags an GFA eine Verringerung der Geschäftstätigkeit von AFCon zur Folge gehabt habe, die bis zu ihrem faktischen Ausschluss von Ausschreibungsverfahren für Aufträge gereicht habe, die mit dem im vorliegenden Fall in Rede stehenden Auftrag vergleichbar seien. Dieses Vorbringen ist jedoch nicht belegt.

120 Die außervertragliche Haftung der Kommission wird daher für diesen Schaden nicht ausgelöst.

d) Zum Ersatz des Schadens in Gestalt der Schädigung des Rufes von AFCon und ihrer Geschäftsführer

Vorbringen der Parteien

121 Die Kläger machen geltend, dass der Ruf von AFCon durch den Umstand, dass ihr der Auftrag nicht erteilt worden sei, wie auch durch die Unregelmäßigkeiten des Ausschreibungsverfahrens beschädigt worden sei.

122 Die Kommission habe die technische und fachliche Kompetenz von AFCon diskreditiert. Ihre Entscheidung, AFCon nicht zu berücksichtigen, habe erhebliche Auswirkungen gehabt, da AFCon nach erfolgloser Teilnahme an 27 Ausschreibungsverfahren beschlossen habe, keine Angebote für Phare- oder TACIS-Vorhaben mehr abzugeben.

123 Die Kläger tragen vor, dass diese Misserfolge mit den Beschwerden von AFCon über das Vorhaben FDRUS 9902 in Zusammenhang stünden. Sie verfügten über Belege dafür, dass AFCon auf eine „schwarze Liste" gesetzt worden sei. Dieser Schadensposten werde auf 600 000 Euro geschätzt.

124 Die Schädigung des Rufes von AFCon beeinträchtige auch den Ruf von Herrn Mc Mullin und Herrn O'Grady. Dieser Schadensposten werde auf 75 000 Euro pro Person geschätzt.

125 Die Kommission trägt vor, dass das Vorbringen der Kläger nicht belegt sei. Es könne zahlreiche andere Gründe als die Auftragsvergabe an GFA für den Misserfolg von AFCon gegeben haben. Eine „schwarze Liste" habe es nicht gegeben. Auch den Ruf von Herrn Mc Mullin und Herrn O'Grady habe sie nicht beschädigt.

Würdigung durch das Gericht

126 Die Kläger haben nicht nachgewiesen, dass es eine schwarze Liste oder den Ruf von AFCon schädigende Äußerungen oder Praktiken gegeben hat, die der Kommission zugerechnet werden könnten. Es handelt sich daher nicht um einen gegenwärtigen, tatsächlichen und sicheren Schaden.

127 Aus denselben Gründen ist das Vorbringen zur Schädigung des Rufes von Herrn Mc Mullin und Herrn O'Grady zurückzuweisen.

e) Zu den Zinsen

Vorbringen der Parteien

128 Die Kläger beantragen, den zugesprochenen Schadensersatzbetrag um Ausgleichszinsen zu dem in Irland derzeit geltenden Satz von 8 % pro Jahr zu erhöhen.

129 Sie beantragen außerdem, die Kommission zur Zahlung von Verzugszinsen zu demselben Satz ab Erlass des das Verfahren abschließenden Urteils zu verurteilen.

Würdigung durch das Gericht

130 Was die Berechnung der Ausgleichszinsen betrifft, so beginnt der maßgebliche Zeitraum mit dem ersten Tag des Monats, der auf den Monat folgt, in dem AFCon ihre letzten vorprozessualen Schritte unternommen hat. Das war im Februar 2003, so dass der maßgebliche Zeitraum am 1. März 2003 beginnt.

131 Aus den Anhängen zur Klageschrift ergibt sich, dass die Kläger im Zusammenhang mit der Bemessung ihres Schadens nicht die Anwendung der Zinseszinsformel beantragt haben. Für die Begleichung der Schuld der Kommission ist daher die Zinsformel anzuwenden.

132 Was die Bestimmung des Zinssatzes für die Ausgleichszinsen angeht, so ist dieser auf der Grundlage des von der Europäischen Zentralbank für die wesentlichen Refinanzierungsgeschäfte festgesetzten, während des betreffenden Zeitraums anwendbaren Zinssatzes zuzüglich 2 Prozentpunkte zu berechnen, was einen Jahreszinssatz von 4 % ergibt. Der AFCon von der Kommission geschuldete Betrag beläuft sich am Tag der Verkündung des vorliegenden Urteils auf 48 605 Euro einschließlich Zinsen.

133 Dieser Betrag ist um Verzugszinsen vom Tag der Verkündung des vorliegenden Urteils an bis zur vollständigen Zahlung zu erhöhen. Der auf die Verzugszinsen anzuwendende Zinssatz ist auf der Grundlage des von der Europäischen Zentral-

bank für die wesentlichen Refinanzierungsgeschäfte festgesetzten, während des betreffenden Zeitraums anwendbaren Zinssatzes zuzüglich 2 Prozentpunkte zu berechnen. Der Zinsbetrag ist nach der Zinseszinsformel zu berechnen.

Kosten

134 Gemäß Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr dem Antrag der Kläger entsprechend die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Kommission wird verurteilt, an AFCon 48 605 Euro zuzüglich Zinsen vom Tag der Verkündung des vorliegenden Urteils bis zur vollständigen Zahlung zu zahlen. Der anzuwendende Zinssatz ist auf der Grundlage des**

von der Europäischen Zentralbank für die wesentlichen Refinanzierungsgeschäfte festgesetzten, während des betreffenden Zeitraums anwendbaren Zinssatzes zuzüglich 2 Prozentpunkte zu berechnen. Der Zinsbetrag ist nach der Zinseszinsformel zu berechnen.

2. **Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**

3. **Die Kommission trägt die Kosten des Verfahrens.**

Lindh García-Valdecasas Cooke

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 17. März 2005.

Der Kanzler

H. Jung

Der Präsident

P. Lindh

Inhaltsverzeichnis

Vorgeschichte des Rechtsstreits ..... II - 985

Verfahren ..... II - 990

Anträge der Parteien ..... II - 991

Entscheidungsgründe ..... II - 992

A — Zum Antrag auf Beweiserhebung ..... II - 992

B — Zum Schadensersatzantrag ..... II - 993

1. Zur Rechtswidrigkeit des der Kommission vorgeworfenen Verhaltens ..... II - 993

a) Zur Ordnungsmäßigkeit des Angebots von GFA ..... II - 994

Vorbringen der Parteien ..... II - 994

Würdigung durch das Gericht ..... II - 998

b) Zum Rückgriff auf unzulässige Bewertungskriterien ..... II - 1002

Vorbringen der Parteien ..... II - 1002

Würdigung durch das Gericht ..... II - 1003

c) Zu den Folgen des Interessenkonflikts ..... II - 1004

Vorbringen der Parteien ..... II - 1004

Würdigung durch das Gericht ..... II - 1007

2. Zum Schaden und zum Kausalzusammenhang ..... II - 1013

a) Zum Ersatz des Schadens in Gestalt der aufgrund der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren entstandenen Verluste ..... II - 1014

Vorbringen der Parteien ..... II - 1014

Würdigung durch das Gericht ..... II - 1014

— Zu den Kosten für die Einreichung des Angebots von AFCon. II - 1015

— Zu den Kosten für das Bestreiten der Rechtmäßigkeit des Ausschreibungsverfahrens ..... II - 1017

b) Zum Ersatz des Schadens in Gestalt des entgangenen Gewinns ..... II - 1018

Vorbringen der Parteien ..... II - 1018

Würdigung durch das Gericht ..... II - 1019

c) Zum Ersatz des Schadens in Gestalt der „Profileinbuße" ..... II - 1020

Vorbringen der Parteien ..... II - 1020

Würdigung durch das Gericht ..... II - 1020

d) Zum Ersatz des Schadens in Gestalt der Schädigung des Rufes von AFCon und ihrer Geschäftsführer ..... II - 1021

Vorbringen der Parteien ..... II - 1021

Würdigung durch das Gericht ..... II - 1022

e) Zu den Zinsen ..... II - 1022

Vorbringen der Parteien ..... II - 1022

Würdigung durch das Gericht ..... II - 1023

Kosten ..... II - 1024