Vorhaben durch ein der Kommission zurechenbares Handeln oder Verhalten Dritte geschädigt werden.

2. Die Kommission ist aufgrund der ihr durch die Artikel 121 und 123 des Zweiten AKP-EWG-Abkommens im Interesse der Gemeinschaft übertragenen Verantwortung für eine wirtschaftliche Verwaltung der Mittel des Europäischen Entwicklungsfonds verpflichtet, vor ihrer Zustimmung zur Vergabe eines aus den Mitteln dieses Fonds finanzierten Auftrags zu prüfen, daß es sich bei dem ausgewählten Angebot um das niedrigste und um das wirtschaftlich günstigste handelt und daß die Angebotssumme im Rahmen der für den Auftrag bereitgestellten Mittel bleibt.

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PIETER VERLOREN VAN THEMAAT vom 14. Mai 1985 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Einleitung

Die Klägerinnen, ein italienisches Firmenkonsortium, beantragen in der vorliegenden Rechtssache:

1.1. gemäß Artikel 173 EWG-Vertrag eine Entscheidung der Kommission aufzuheben, durch die sie daran gehindert worden seien, Verhandlungen mit der Ethiopian Electric Light and Power Authority (EELPA) über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags nach dem zweiten Lomé-Abkommen, insbesondere den Artikeln 120 bis 132 dieses Abkommens, fortzusetzen;

hilfsweise

1.2. falls sich herausstellen sollte, daß die Kommission keine dahin gehende Entscheidung getroffen hat, gemäß Artikel 175 EWG-Vertrag festzustellen, daß die Kommission untätig geblieben ist;

äußerst hilfsweise

1.3. die Kommission nach den Artikeln 178 und 215 EWG-Vertrag zu verurteilen, den durch die genannte Entscheidung oder das rechtswidrige Verhalten verursachten Schaden zu ersetzen.

Zum besseren Verständnis dieses am Anfang der Klageschrift wiedergegebenen, in den Anträgen der Klägerinnen jedoch in fünf Punkten näher dargelegten Begehrens werde ich im zweiten Teil meiner Schlußanträge zunächst die Darstellung des Sachverhalts und der einschlägigen Bestimmungen aus dem Sitzungsbericht übernehmen.

Anschließend werde ich im dritten Teil meiner Schlußanträge die ersten beiden Klageanträge prüfen.

Im vierten Teil meiner Schlußanträge werde ich auf die Schadensersatzklage und im Zusammenhang damit auf den Zwischenantrag der Klägerinnen auf Vorlage von Unterlagen eingehen und anschließend im fünften Teil die Schlußfolgerungen aus meiner Untersuchung ziehen.

* Aus dem Niederländischen übersetzt.

2. Der Sachverhalt und die einschlägigen Bestimmungen

2.1. Die provisorische Militärregierung des sozialistischen Äthiopien führte über die Ethiopian Electric Light and Power Authority (EELPA) als „Auftraggeber" eine Ausschreibung (Nr. 1824) für Bauarbeiten zur Umleitung des Amarti-Flusses durch (ABl. 1982, S 132, S. 3, und S 193, S. 3).

2.2. Der Auftraggeber hatte beantragt, dieses Vorhaben im Rahmen des am 31. Oktober 1979 in Lomé unterzeichneten und durch Verordnung Nr. 3225/80 des Rates vom 25. November 1980 (ABl. 1980, L 347, S. 1) genehmigten zweiten AKP-EWG-Abkommens aus dem durch das Interne Abkommen von 1979 über die Finanzierung und Verwaltung der Hilfe der Gemeinschaft (ABl. 1980, L 347, S. 210) geschaffenen fünften Europäischen Entwicklungsfonds zu finanzieren. Die Bekanntgabe der Ausschreibung enthielt den Hinweis, daß bei einer Ablehnung dieses Antrags kein Auftrag vergeben werde.

2.3. Die jeweiligen Verantwortlichkeiten der AKP-Staaten und der Gemeinschaft bei der Durchführung des Programms über die finanzielle und technische Zusammenarbeit sind im Abkommen von Lomé festgelegt.

2.4. Nach Artikel 108 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 120 sind die AKP-Staaten verantwortlich für die Ausführung der Vorhaben und Aktionsprogramme, die sie zusammen mit der Gemeinschaft festgelegt haben und die von letzterer finanziert werden; sie haben die für diese Maßnahmen erforderlichen Aufträge vorzubereiten, auszuhandeln und abzuschließen. Gemäß Artikel 122 stellt die Regierung jedes AKP-Staats einen nationalen Anweisungsbefugten, der in enger Zusammenarbeit mit dem Hauptanweisungsbefugten dafür sorgt, daß für die Teilnahme an den Ausschreibungen gleiche Bedingungen für alle bestehen, daß Diskriminierungen beseitigt werden und daß das wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt wird. Er bereitet die Ausschreibungsunterlagen vor und nimmt nach Zustimmung des Beauftragten der Kommission die Bekanntgabe der Ausschreibungen vor. Er nimmt die eingehenden Angebote entgegen, führt die Aufsicht über die Angebotsauswertung, stellt das Ergebnis der Auswertung fest, übermittelt es dem Beauftragten zusammen mit einem Vorschlag für die Vergabe des Auftrags und unterzeichnet die Aufträge.

2.5. Artikel 108 Absatz 5 überträgt der Gemeinschaft die Verantwortung für die Vorbereitung der Finanzierungsbeschlüsse und die entsprechende Beschlußfassung. Gemäß Artikel 121 bestellt die Kommission den Hauptanweisungsbefugten, der für die Durchführung der Finanzierungsbeschlüsse sorgt und die Verantwortung für die Verwaltung der Mittel des Fonds hat; dieser Hauptanweisungsbefugte nimmt die Mittelbindungen sowie die Feststellung und Anordnung der Ausgaben vor und sorgt in enger Zusammenarbeit mit dem nationalen Anweisungsbefugten dafür, daß für die Teilnahme an den Ausschreibungen gleiche Bedingungen für alle bestehen, daß Diskriminierungen beseitigt werden und daß das wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt wird; er erteilt vor Bekanntgabe der Ausschreibung seine Zustimmung zu den Ausschreibungsunterlagen, nimmt das Ergebnis der Auswertung der Angebote entgegen und billigt den Vorschlag für die Auftragsvergabe. Nach Artikel 123 bestellt die Kommission in jedem AKP-Staat einen Beauftragten, der sie vertritt. In bestimmten Fällen erteilt dieser seine Zustimmung zu den Ausschreibungsunterlagen und ist bei der Öffnung der Angebote anwesend; nach Absatz 2 Buchstabe c erteilt er seine Zustimmung zu Vorschlägen für die Auftragsvergabe, wenn das ausgewählte Angebot folgende drei Bedingungen erfüllt: Es handelt sich um das niedrigste Angebot, das wirtschaftlich günstigste Angebot, und die Angebotssumme bleibt im Rahmen der für den Auftrag bereitgestellten Mittel.

2.6. Nach Artikel 130 gelten als Kriterien für die Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots stets die von den Bietern gebotenen Qualifikationen und Garantien, die Art der Bauarbeiten oder Lieferungen und die Bedingungen für ihre Ausführung, die Preise der Leistungen, die Kosten der Nutzung und der technische Wert.

2.7. Bis zum Erlaß des in Artikel 131 vorgesehenen Beschlusses über die Festlegung der allgemeinen Bedingungen für die Vergabe und Ausführung der Bau- und Lieferaufträge verweist die gemeinsame Erklärung in Anhang XII des Abkommens für die AKP-Staaten, die wie Äthiopien nicht Vertragsparteien des Abkommens von Jaunde waren, auf die für internationale Verträge maßgebenden nationalen Rechtsvorschriften der betreffenden Staaten oder deren diesbezügliche Praktiken.

2.8. Anhang XIII des Abkommens mit der Überschrift „Gemeinsame Erklärung zu Artikel 132 des Abkommens" bestimmt, daß bis zur Anwendung des aufgrund dieses Artikels vom Ministerrat festgelegten Schiedsverfahrens Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Vergabe oder Ausführung eines Auftrags nach der Vergleichs- und Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer endgültig entschieden werden.

2.9. Nach den Ausschreibungsbedingungen mußten die Bieter ihre technische Erfahrung und ihre Eignung für die Ausführung der Arbeiten nachweisen (Klausel IT-1, 4 Absatz 1 c) und ihre gegenwärtige finanzielle Situation darlegen (Klausel IT-1, 4 Absatz 1 d); diese Faktoren sollten von einem durch den Auftraggeber ernannten Vergabeausschuß geprüft werden, in dem der Beauftragte der Kommission und der beratende Ingenieur mitwirken konnten (Klausel IT-1, 4 Absatz 3).

2.10. Außerdem war vorgesehen, daß der Auftraggeber sich nicht zur Vergabe an den Bieter mit dem niedrigsten Angebot verpflichtete, sondern sorgfältig alle in dem Angebot und dessen Anhängen enthaltenen Angaben prüfen sollte. Der ausgewählte Bieter sollte von der Annahme seines Angebots informiert und aufgefordert werden, einen zur Vertragsunterzeichnung bevollmächtigten Vertreter nach Addis Abeba zu entsenden (Klausel IT-11).

2.11. Bis zum 5. November 1982, dem Tag, an dem die Frist zur Abgabe der Angebote ablief, hatte die EELPA drei Angebote erhalten, und zwar von den Klägerinnen, drei italienischen Unternehmen, die ein Konsortium gebildet hatten, von der Rush & Tompkins BV (im folgenden: R & T BV), einer niederländischen Tochtergesellschaftder englischen Gesellschaft Rush & Tompkins Group PLC (im folgenden: R & T PLC), und von der Boskalis Westminster-Baresel, einer Gesellschaft englischen Rechts. Die EELPA akzeptierte das von der R & T BV fernschriftlich abgegebene Angebot als ordnungsgemäß, da die Übersendung der Angebotsunterlagen durch höhere Gewalt verzögert worden war. Dieser Entscheidung traten weder der Beauftragte der Kommission noch der Hauptanweisungsbefugte entgegen, obwohl die Klägerinnen formell Einspruch eingelegt und darauf hingewiesen hatten, daß nach Klausel IT-5 der Ausschreibungsbedingungen fernschriftliche oder telegrafische Angebote nicht berücksichtigt wurden.

2.12. Bei der Angebotseröffnung am 8. November 1982 wurden die folgenden Angebote festgestellt (in Millionen ECU):

— Rush & Tompkins BV: 24,3
— Klägerinnen: 26,7
— Boskalis Westminster-Baresel: 28,2.

2.13. Die mit der Prüfung der Angebote betrauten beratenden Ingenieure, das dänische Büro Kampsax, empfahlen in ihrem Bericht, Verhandlungen mit den Klägerinnen aufzunehmen.

2.14. Wie sich aus dem — von dem Beauftragten und einem anderen Vertreter der

Kommission unterzeichneten — Protokoll über die Sitzung des Vergabeausschusses vom 24. Februar 1983 ergibt, erörterte dieser Ausschuß die technische und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie den vorgeschlagenen Arbeitsplan und finanziellen Vorschlag jedes Bieters auf der Grundlage des Berichts und eines früheren Berichtsentwurfs des Beratungsbüros. Der Ausschuß wies in dem Protokoll darauf hin, daß das Beratungsbüro die Schlußfolgerungen in seinem Bericht leicht zugunsten der R & T BV geändert hatte, und zwar aufgrund von ergänzenden Unterlagen, die später als die Angebotsunterlagen vorgelegt worden waren. Der Ausschuß stellte einstimmig fest, daß die R & T BV drei der vier aufgestellten Kriterien nicht erfülle und empfahl, die Klägerinnen zu Verhandlungen einzuladen.

2.15. Die Generaldirektion „Entwicklung" erstellte auf der Grundlage der Ausschreibungsbedingungen, des Abschlußberichts des Büros Kampsax und der Empfehlung des Vergabeausschusses vom 24. Februar 1983, die der Beauftragte dem Hauptanweisungsbefugten übersandt hatte, einen eigenen Bericht, in dem sie zu dem Ergebnis kam, daß das niedrigste Angebot — das der R & T BV — technisch und finanziell akzeptabel und wirtschaftlich das günstigste sei.

2.16. Mit Fernschreiben vom 3. März 1983 lud die EELPA die Klägerinnen ein, einen Bevollmächtigten zu schicken, um am 14. März 1983 Verhandlungen aufzunehmen und gegebenenfalls den Vertrag zu unterzeichnen.

2.17. Als die Vertreter der Klägerinnen in Addis Abeba ankamen, wurde ihnen am 15. März 1983 mitgeteilt, daß die Verhandlungen nicht stattfinden könnten, da die Kommission angeordnet habe, Verhandlungen mit der R & T BV aufzunehmen.

2.18. Am 15. April 1983 übersandte die EELPA den Klägerinnen ein Fernschreiben, in dem sie erklärte, daß sie aus Gründen, die sich ihrer Kenntnis und ihrem Einfluß entzögen, nicht in der Lage sei, die vorgesehenen Verhandlungen aufzunehmen. Sie sei gezwungen, Verhandlungen mit der R & T BV zu beginnen, strikt in Anwendung einer von der Kommission allein getroffenen Entscheidung und trotz ihrer ernsthaften Bedenken und abweichenden Meinung hinsichtlich der finanziellen und technischen Ungeeignetheit dieses Bieters. Ferner wurde auf ein Fernschreiben des Büros Kampsax an die EELPA verwiesen, in dem dieses Büro seinen Standpunkt bekräftigt habe, daß der niedrigste Bieter, die R & T BV, ungeeignet sei und die R & T PLC-Gruppe zwar für geeignet gehalten werde, jedoch nicht Bieter sei.

2.19. Bereits am 14. Januar 1983 hatte die R & T PLC-Gruppe dem Büro Kampsax fernschriftlich mitgeteilt, daß sie soweit erforderlich die unbedingte Garantie für die Ausführung der Arbeiten durch ihre Tochtergesellschaft übernehme. Anschließend übersandte die R & T PLC der EELPA eine vom 22. April 1983 datierte formelle Garantieerklärung, die später durch eine ähnliche Garantieerklärung vom 21. Juni 1983 ersetzt wurde.

2.20. Mit Fernschreiben vom 19. April 1983 lud die EELPA die R & T BV ein, zu Vertragsverhandlungen nach Addis Abeba zu kommen und ergänzende Unterlagen über ihre technische und finanzielle Leistungsfähigkeit vorzulegen.

2.21. In einem auf Ersuchen der EELPA verfaßten ergänzenden Gutachten, dem die am 5. Mai von der R & T BV eingereichten Schriftstücke zugrunde lagen, blieb das Beratungsbüro bei seiner Schlußfolgerung, daß dieser Bieter, obwohl er von der R & T PLC-Gruppe unterstützt werde, weder über die technische noch über die finanzielle Leistungsfähigkeit verfüge, um das Vorhaben durchzuführen. Die EELPA schloß sich diesen Schlußfolgerungen an und entschied, daß die geplanten Verhandlungen nicht stattfinden könnten.

2.22. Nach einer erneuten Prüfung der Schriftstücke sowie nach Rücksprache mit den äthiopischen Behörden und dem Beratungsbüro blieb die Kommission dennoch bei ihrer Ansicht, daß der Auftrag an die R & T BV vergeben werden müsse.

2.23. In einer Denkschrift vom 6. Juni 1983 schlug das Beratungsbüro Kampsax vor, den Auftrag an die von der R & T PLC-Gruppe unterstützte R & T BV zu vergeben. Die EELPA machte sich diesen Vorschlag zu eigen, und der Hauptanweisungsbefugte erteilte am 10. Juni 1983 dazu seine Zustimmung. Der Vertrag zwischen der EELPA und der R & T BV wurde am 6. Juli 1983 geschlossen und vom nationalen Anweisungsbefugten sowie von dem Beauftragten der Kommission im Namen des Hauptanweisungsbefugten beglaubigt.

2.24. Der das Vorhaben betreffende Finanzierungsvorschlag wurde am 22. Februar 1983 von dem EEF-Ausschuß gebilligt; die endgültige Entscheidung über die Finanzierung wurde von der Kommission am 7. März 1983 getroffen.

2.25. Als die Versuche der Klägerinnen, die Kommission zu einer Überprüfung der Angelegenheit und zu einer Änderung ihres Standpunkts zu bewegen, ebensowenig erfolgreich waren wie die am 12. April und 13. Juni 1983 mit Beamten der zuständigen Generaldirektion geführten Gespräche, kündigten sie am 16. Juni 1983 die Erhebung einer Klage an.

3. Die ersten beiden Anträge

Die ersten beiden zitierten Klageanträge (Anträge 1 und 2) müssen meines Erachtens aufgrund der Rechtsauffassung, die Sie in Ihrem Urteil vom 10. Juli 1984 in der Rechtssache 126/83 (STS/Kommission, Slg. 1984, 2769) vertreten haben, für unzulässig erklärt werden.

Daran können auch die von den Klägerinnen in der mündlichen Verhandlung zur Sprache gebrachten Unterschiede zwischen dem Sachverhalt in der vorliegenden Rechtssache und dem Sachverhalt, der dem erwähnten Urteil zugrunde lag, nichts ändern.

Die Klägerinnen haben in der mündlichen Verhandlung in erster Linie als Unterschied geltend gemacht, daß die EELPA als Auftraggeber in ihren Ausschreibungsbedingungen die Gültigkeit eines abzuschließenden Vertrags von der Finanzierungszusage des Europäischen Entwicklungsfonds abhängig gemacht habe. Da diese Voraussetzung von dem Auftraggeber aufgestellt wurde, ist allein dieser dafür verantwortlich. Eine derartige vom Auftraggeber aufgestellte Voraussetzung kann weder die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Gemeinschaft und den AKP-Staaten, wie sie in Ihrem zitierten Urteil beschrieben ist, ändern noch als solche eine Verantwortlichkeit der Gemeinschaft begründen.

Die Klägerinnen weisen in zweiter Linie zu Recht darauf hin, daß es in der Rechtssache STS ausschließlich um die Anwendung von Artikel 123 Absatz 3 Buchstabe b des Zweiten Abkommens von Lomé ging, während sie sich im vorliegenden Fall auf Artikel 123 Absatz 2 Buchstabe c des Abkommens berufen. Aus dieser an sich richtigen Feststellung können die Klägerinnen jedoch nichts zu ihren Gunsten herleiten, da sich die Entscheidungsgründe Ihres Urteils in der Rechtssache STS eindeutig auf den gesamten Artikel 123 beziehen. Ich verweise insoweit insbesondere auf die Randnummern 15 und 16 der Entscheidungsgründe dieses Urteils. Daß eine solche umfassende Tragweite beabsichtigt war, ergibt sich auch aus einem Vergleich des Urteils mit meinen Schlußanträgen in jener Rechtssache.

Da die ersten beiden Klageanträge im Lichte Ihres Urteils in der Rechtssache STS offenkundig unzulässig sind, halte ich es nicht für erforderlich, auch noch auf das klägerische Vorbringen zur Begründetheit dieser Anträge einzugehen.

4. Der dritte Antrag

4.1. *Zulässigkeit*

Die Kommission hält auch das Schadensersatzbegehren für unzulässig, das in den in der Klageschrift gestellten Anträgen 3 und 4 näher dargelegt wird. Da der in Antrag 3 verlangte Schadensersatz mit der Zulässigkeit der ersten beiden Anträge steht und fällt, muß dieser Antrag meines Erachtens in der Tat für unzulässig erklärt werden. Mit diesem Antrag wird nämlich Ersatz des Schadens begehrt, der durch die Handlungen oder die Untätigkeit verursacht worden sein soll, deren Rechtswidrigerklärung in den ersten beiden Anträgen gefordert wird.

Der vierte Antrag ist dagegen von den ersten beiden unabhängig und lautet wie folgt:

„4) As a further subordinate hypothesis, to award the Applicants monetary compensation and full indemnification for the damage caused to the Applicants by the Commission's illegal conduct, should it be found by this Honourable Court that there exists no act, acts, measures, failure or failures by the Commission, subject to review under Articles 173 and 175."

In Randnummer 20 der Entscheidungsgründe Ihres Urteils in der Rechtssache STS haben Sie die Frage der Zulässigkeit einer solchen auf Artikel 215 Absatz 2 EWG-Vertrag gestützten Schadensersatzklage ausdrücklich offengelassen.

Das Vorbringen der Kommission, das Schadensersatzbegehren sei im vorliegenden Fall eine verschleierte Anfechtung, halte ich, wie dargelegt, hinsichtlich des dritten Klageantrags für gerechtfertigt.

Dagegen teile ich im Hinblick auf den vierten Klageantrag das Vorbringen der Klägerinnen, daß bei einer Unzulässigerklärung der Schadensersatzklage allein deshalb, weil sie zum gleichen Ergebnis wie eine Anfechtungsklage führen könnte, die Eigenständigkeit dieser Klageart verkannt würde. Diese mögliche Eigenständigkeit einer Schadensersatzklage wird auch durch Randnummer 20 der Entscheidungsgründe Ihres Urteils in der Rechtssache STS untermauert und ergibt sich im übrigen aus anderen Urteilen zu Artikel 215 Absatz 2 EWG-Vertrag. Insoweit muß deshalb das Vorbringen der Kommission zurückgewiesen werden.

Soweit die Kommission ihren Zulässigkeitseinwand auf Artikel 38 § 1 der Verfahrensordnung stützt (unzureichende Angaben über den Umfang des erlittenen Schadens), muß auch dieses Vorbringen nach meinem Dafürhalten zurückgewiesen werden. Der Streitgegenstand ist in der Klageschrift auch in bezug auf das hier in Rede stehende Schadensersatzbegehren hinreichend deutlich umschrieben; damit sind die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt. Die Art des Schadens, dessen Ersatz begehrt wird, ist in der Klageschrift ebenfalls ausreichend dargelegt. Der genaue Umfang des erlittenen Schadens braucht nach Ihrer ständigen Rechtsprechung erst in einem späteren Verfahrensstadium festgestellt zu werden.

Der in der Klageschrift gestellte Antrag 4 muß deshalb nach meiner Meinung für zulässig erklärt werden. In diesem Zusammenhang halte ich insbesondere die in Artikel 121 Absatz 2 des Abkommens niedergelegte Verpflichtung des Hauptanweisungsbefugten für bedeutsam, dafür zu sorgen, „daß für die Teilnahme an den Ausschreibungen gleiche Bedingungen für alle bestehen, daß Diskriminierungen beseitigt werden und daß das wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt wird". Daß es sich hierbei auch um eine selbständige Verpflichtung des Hauptanweisungsbefugten handelt, wird in Randnummer 15 der Entscheidungsgründe Ihres Urteils in der Rechtssache STS durch den Hinweis hervorgehoben, daß diese Verpflichtung sowohl für den Hauptanweisungsbefugten als auch für den Beauftragten gilt. Aufgrund des Inhalts der Verpflichtungen ist außerdem meines Erachtens klar,

daß diese sich auch auf den Schutz der Bieter erstrecken.

4.2. *Begründetheit*

a) Nach Ansicht der *Klägerinnen* ist das Verhalten der Kommission insgesamt gesehen rechtswidrig. Die Kommission habe sich nicht an die Ausschreibungsbedingungen gehalten und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sowie das Diskriminierungsverbot verstoßen. Von der Entgegennahme und Öffnung der Angebote an habe sie die für Vertragsbeziehungen geltenden Grundsätze von Treu und Glauben, Billigkeit und Gerechtigkeit verletzt. So habe sie die von ihrem Beauftragten gebilligte Vergabeempfehlung verworfen, die Unterzeichnung des durch bloße Willensübereinstimmung zwischen den Parteien zustande gekommenen Vertrags verhindert und die EELPA gezwungen, Verhandlungen mit der R & T BV aufzunehmen, während sie jede Auskunft über das Verfahren verweigert habe. Sie habe sich die Befugnisse des AKP-Staats angemaßt, indem sie unmittelbar mit der R & T BV Verhandlungen aufgenommen und dieser Gesellschaft die Gelegenheit gegeben habe, neue Unterlagen vorzulegen und ihr Angebot zu modifizieren, und indem sie das Beratungsbüro überredet habe, seinen Bericht zu ändern.

b) Gegenüber diesem Vorbringen hat die Kommission zunächst mit Recht darauf hingewiesen, daß der Beauftragte gemäß Artikel 123 Absatz 2 Buchstabe c innerhalb eines Monats seine Zustimmung zu dem Vergabevorschlag des nationalen Anweisungsbefugten erteilt, wenn das ausgewählte Angebot folgende drei Bedingungen erfüllt: Es handelt sich um das niedrigste Angebot, das wirtschaftlich günstigste Angebot, und die Angebotssumme bleibt im Rahmen der für den Auftrag bereitgestellten Mittel.

Aus Nummer 2.14. meiner Darstellung des Sachverhalts und aus Anlage 3 zur Erwiderung ergibt sich zunächst, daß man es im vorliegenden Fall nicht mit einem Vorschlag des nationalen Anweisungsbefugten zu tun hatte, sondern nur mit einer Sitzung des Vergabeausschusses, an der der nationale Anweisungsbefugte und der Beauftragte teilgenommen hatten, anläßlich deren eine Empfehlung an den Auftraggeber ausgesprochen worden war und deren Protokoll unter anderem der Beauftragte der Kommission unterzeichnet hatte. Unterzeichnet der Beauftragte das Protokoll einer solchen Sitzung, deren Teilnehmer lediglich die Befugnis haben, den Auftraggeber zu beraten, so kann darin keine Zustimmung im Sinne des Artikels 123 Absatz 2 Buchstabe c gesehen werden, da feststeht, daß es hierbei nur um eine Beratung des Auftraggebers ging. Es ist nicht ersichtlich und wird auch nicht behauptet, daß der Bevollmächtigte auf andere Weise als hier dargestellt seine Zustimmung zu einem Vorschlag des nationalen Anweisungsbefugten für die Auftragsvergabe an die Klägerinnen erteilt hätte.

Zweitens geht aus Nummer 2.12. meiner Sachverhaltsdarstellung hervor, daß das Angebot der Klägerinnen nicht das niedrigste Angebot war. Obwohl der nationale Anweisungsbefugte sich später der Empfehlung des Vergabeausschusses anschloß, steht somit fest, daß der Beauftragte einem dahin gehenden Vorschlag gar nicht zustimmen *konnte*. Das Vorbringen der Klägerinnen, die betreffende Anforderung sei so zu verstehen, daß es sich um das niedrigste Angebot eines technisch und finanziell leistungsfähigen Unternehmens handeln müsse, findet keine Stütze im Wortlaut oder in der ratio dieses Artikels. Eine Abweichung von dem Grundsatz der Auftragsvergabe an den Bieter mit dem niedrigsten Angebot wegen dessen angeblich fehlender Qualifikation scheint mir im Rahmen der finanziellen Verantwortung der Gemeinschaft im Gegenteil von so weitreichender Bedeutung zu sein, daß sie der dem Hauptanweisungsbefugten vorbehaltenen Zustimmung bedarf. Dieser wird dann insbesondere zu prüfen haben, ob das „niedrigste Angebot" auch

das „wirtschaftlich günstigste Angebot" ist, wie die Kommission zu Recht unter Verweisung auf Artikel 130 des Abkommens ausgeführt hat.

Diesem Argument, mit dem die Klägerinnen die Rechtswidrigkeit des Vorgehens der Kommission darlegen wollten, kann daher meines Erachtens nicht gefolgt werden.

c) Die übrigen Argumente, die die Klägerinnen vorgebracht haben, um die Rechtswidrigkeit der Handlungsweise der Kommission darzutun, stützen sich auf die Behauptung, daß die Kommission aufgrund der Ausschreibungsbedingungen, der allgemeinen Bedingungen des EEF und ganz allgemein der im internationalen Vergabewesen geltenden Regeln nicht befugt gewesen sei, dem Bieter mit dem niedrigsten Angebot die Gelegenheit zu geben, sein Angebot nachträglich namentlich durch ergänzende Garantien von seiten der Gruppe, der er angehöre, zu erweitern, zu modifizieren oder zu berichtigen.

Wie ich in Nummer 2.9. dieser Schlußanträge bereits ausgeführt habe, mußten die Bieter gemäß den Ausschreibungsbedingungen ihre technische Erfahrung und Eignung für die Ausführung der Arbeiten nachweisen (Klausel IT-1, 4 Absatz 1 c) und ihre gegenwärtige finanzielle Situation darlegen (Klausel IT-1, 4 Absatz 1 d); diese Faktoren sollten von einem durch den Auftraggeber ernannten Vergabeausschuß geprüft werden, bei dem der Beauftragte der Kommission und der beratende Ingenieur mitwirken konnten (Klausel IT-1, 4 Absatz 3). Wie in Nummer 2.14. dieser Schlußanträge bereits erwähnt, stellte dieser Ausschuß einstimmig fest, daß der Bieter mit dem niedrigsten Angebot drei der vier aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllte.

Eine derartige Feststellung und die damit im vorliegenden Fall aufgrund von Klausel IT-11 der Ausschreibungsbedingungen verbundene Empfehlung, der Auftraggeber möge mit den Klägerinnen Verhandlungen aufnehmen, lassen jedoch selbstverständlich die bereits genannten Vorschriften des Abkommens über die Zustimmung zu einem auf dieser Empfehlung beruhenden Vorschlag des nationalen Anweisungsbefugten gegenüber dem Hauptanweisungsbefugten unberührt.

Was den weiteren Gang der Ereignisse betrifft, so steht meines Erachtens fest, daß der Hauptanweisungsbefugte keinem solchen Vorschlag zugunsten der Klägerinnen zugestimmt hat. Daß diese Zustimmung nicht erteilt wurde, kann für sich allein nach meiner Meinung bereits deshalb nicht für rechtswidrig erachtet werden, weil die Klägerinnen nicht das niedrigste Angebot abgegeben haben. Aufgrund welcher Kontakte der Hauptanweisungsbefugte und der nationale Anweisungsbefugte letztlich zu dem Ergebnis kamen, der Bieter mit dem niedrigsten Angebot verfüge tatsächlich über die nach den Ausschreibungsbedingungen erforderliche technische und finanzielle Leistungsfähigkeit, läßt sich den Prozeßakten nicht genau entnehmen. Dieser Frage messe ich aber auch keine entscheidende Bedeutung bei. Ausweislich der Verfahrensunterlagen steht fest, daß der beratende Ingenieur des Auftraggebers, sei es auf mehr oder weniger starken Druck des Hauptanweisungsbefugten oder nicht, den Bieter mit dem niedrigsten Angebot gemäß Klausel 12 der „Instructions to tenderers" der Internationalen Vereinigung Beratender Ingenieure um nähere Auskünfte über sein Angebot ersuchte. Unter anderem aufgrund der Anlagen 1 und 2 zur Klagebeantwortung und aufgrund einer im Verfahren auf Ersuchen des Gerichtshofes vorgelegten Garantieerklärung steht weiter fest, daß die Holdinggesellschaft der Gruppe, welcher der Bieter mit dem niedrigsten Angebot angehört, aufgrund der von dem Beratungsbüro erbetenen näheren Auskünfte die Garantie für die technische und finanzielle Leistungsfähigkeit des Bieters übernommen hat. Schließlich

steht fest, daß sowohl die beratenden Ingenieure des Auftraggebers und daraufhin der Auftraggeber selbst als auch der nationale Anweisungsbefugte und der Hauptanweisungsbefugte zu der Auffassung kamen, aufgrund dieser Garantie verfüge der Bieter mit dem niedrigsten Angebot über ausreichende Qualifikationen für die Ausführung der Arbeiten. Eine kurze Zusammenfassung des letzten Verfahrensstadiums in dieser Angelegenheit findet sich in Nummer 2.23. dieser Schlußanträge.

In der mündlichen Verhandlung haben die Klägerinnen insbesondere bestritten, daß die Klausel 12 der erwähnten „Instructions to tenderers" (deren Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall sie als solche nicht in Frage gestellt haben) eine Grundlage für das so zusammengefaßte Verfahren, das im vorliegenden Fall durchgeführt wurde, bilden könne.

Der entscheidende erste Absatz der genannten Vorschrift 12 lautet wie folgt:

„Tenderers should be advised that the Employer, or the Engineer on behalf of the Employer, may ask any tenderer for clarification of his tender, but that no tenderer will be permitted to alter his tender price after tenders have been opened. Clarifications which do not change the tender price may be accepted and modified in the contract."

Die Klägerinnen haben in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dieser Text könne keine Rechtsgrundlage für inhaltliche Änderungen des Angebots liefern. Insbesondere gestatte er keine nachträgliche Abgabe einer verbindlichen Garantieerklärung durch eine Person, die kein Bieter sei. Diese Auslegung ist meines Erachtens jedenfalls dann zurückzuweisen, wenn der Bieter einem Konzern angehört und wenn die Garantieerklärung von der Holdinggesellschaft dieses Konzerns abgegeben wird. Es ist allgemein bekannt und gilt — wie sich aus der von der Kommission auf den Seiten 10 und 11 ihrer Klagebeantwortung zitierten einschlägigen Literatur und Rechtsprechung sowie aus den Anlagen 1 und 2 zu ihrer Klagebeantwortung ergibt — vor allem auch für eine Holdinggesellschaft nach englischem Recht, daß diese zumindest die Garantie für die Erfüllung von Verpflichtungen ihrer Tochterunternehmen übernehmen *kann*. Die Prüfung der Frage, ob im vorliegenden Fall entweder von Rechts wegen oder aufgrund einer ausdrücklichen Garantieübernahme ein solcher Rückgriff auf die Holdinggesellschaft möglich war, fällt meines Erachtens bestimmt unter den Begriff „clarification". Nach einer Erklärung, die der Präsident der FIDIC-Organisation für Ausschreibungsverfahren in der mündlichen Verhandlung abgegeben hat, ist es normalerweise nicht üblich, daß der Auftraggeber bereits in den Ausschreibungsbedingungen eine mögliche Garantie von der Muttergesellschaft einer 100 %igen Tochtergesellschaft verlangt. Eine solche Garantie wird deshalb in der Praxis auch nicht automatisch mit dem Angebot vorgelegt. Normalerweise wird sie unter Umständen während der Verhandlungen zwischen Auftraggeber und Bieter nachträglich im Rahmen des Verfahrens nach Klausel 12 der FIDIC-Regeln gefordert. Die Garantie kann sich sowohl auf die finanzielle als auch auf die technische Leistungsfähigkeit beziehen. Dieser in einem späten Verfahrensstadium abgegebenen Erklärung würde ich an sich keine entscheidende Bedeutung beimessen. Ich sehe darin aber eine Bestätigung dessen, was aus der zitierten Passage der Klausel 12 der FIDIC-Regeln selbst in Verbindung mit dem internationalen Konzernrecht herzuleiten ist. In dem von den Klägerinnen in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Gegengutachten habe ich zu diesem spezifischen Punkt auch keine stichhaltigen Gegenargumente finden können. Aufgrund der hier einschlägigen allgemeinen Regeln des Konzernrechts halte ich es insbesondere für unrichtig, daß in Absatz 14 dieses Gegengutachtens die Muttergesellschaft einer 100 %igen Tochtergesellschaft als neuer Bieter angesehen wird.

Aus Absatz 1 Satz 2 der Klausel 12 ergibt sich ausdrücklich, daß „clarifications" sehr wohl zu Ergänzungen oder Änderungen des Vertrags, verglichen mit dem Angebot, führen können, vorausgesetzt, daß sie sich nicht auf den Angebotspreis beziehen. Im vorliegenden Fall war die abgegebene Garantie jedoch unstrittig nicht mit einer derartigen Änderung des Angebotspreises verbunden.

Aufgrund dieser Feststellungen bin ich der Ansicht, daß die Kommission nicht rechtswidrig gehandelt hat, indem sie im Rahmen der Rechte und Pflichten des Hauptanweisungsbefugten gemäß Artikel 121 Absatz 2 des Abkommens darauf bestanden hat, nähere Auskünfte über das Angebot des niedrigsten Bieters nach Maßgabe von Klausel 12 der FIDIC-Regeln zu erhalten. Ebensowenig hat sie dadurch rechtswidrig gehandelt, daß der Hauptanweisungsbefugte aufgrund der genannten Ergebnisse dieser näheren Auskünfte am 10. Juni 1983 dem aufgrund dieser Ergebnisse Anfang Juni 1983 erstellten Vorschlag des nationalen Anweisungsbefugten, den Auftrag an den Bieter mit dem niedrigsten Angebot zu vergeben, zugestimmt hat.

Meines Erachtens ist deshalb der in der Klageschrift gestellte Antrag 4 als unbegründet zurückzuweisen.

d) Zu dem von den Klägerinnen gemäß Artikel 91 der Verfahrensordnung gestellten Antrag, der Kommission aufzugeben, eine Reihe nicht näher bezeichneter Unterlagen vorzulegen, kann ich mich aufgrund meiner voraufgegangenen Feststellungen kurz fassen. Aus Artikel 121 Absatz 2 des Abkommens, wie Sie ihn in Ihrem Urteil in der Rechtssache STS (Randnr. 15 der Entscheidungsgründe) ausgelegt haben, ergibt sich auch für den Hauptanweisungsbefugten die eigenständige Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß für die Teilnahme an den Ausschreibungen gleiche Bedingungen für alle bestehen, daß Diskriminierungen beseitigt werden und daß das wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt wird. Meines Erachtens sollen durch diese Verpflichtungen, wie ich bereits ausgeführt habe, auch die Interessen der Bieter gewahrt werden.

Aufgrund dieser Verpflichtung halte ich es denn auch grundsätzlich für möglich, daß der Gerichtshof unabhängig davon, ob eine Partei einen dahin gehenden Antrag stellt, nach Artikel 21 seiner Satzung der Kommission zumindest aufgibt, diejenigen internen Unterlagen und Schreiben an den nationalen Anweisungsbefugten sowie an Dritte vorzulegen, die der Gerichtshof für erforderlich hält, um prüfen zu können, ob der Hauptanweisungsbefugte oder die Kommission unter Verstoß gegen diese Verpflichtung gehandelt hat. Unter Berücksichtigung der Auslegung, die der Gerichtshof dieser Verpflichtung gegeben hat, kann sich der betreffende AKP-Staat meines Erachtens auch nicht gegen die Vorlage derartiger Unterlagen sträuben, aus denen sich ergibt, wie der Hauptanweisungsbefugte seinen Verpflichtungen nachgekommen ist. Ich würde es auch für bedeutsam erachten, daß der Gerichtshof diese Möglichkeit in seinem Urteil ausdrücklich anerkennen oder zumindest diese Frage ausdrücklich offenlassen sollte. Vorausgesetzt, daß die Punkte, auf die sich die betreffenden Unterlagen beziehen müssen, hinreichend substantiiert sind, ist es im übrigen nach meinem Dafürhalten meistens unmöglich und deshalb auch entbehrlich, daß die Klägerinnen die fraglichen Unterlagen viel genauer spezifizieren, als sie es im vorliegenden Fall getan haben. In unserem Fall dürfte es jedoch aufgrund meiner Prüfung der verfügbaren Unterlagen nicht erforderlich sein, daß derartige ergänzende Unterlagen vorgelegt werden, damit die Begründetheit des in Rede stehenden Klageantrags ohne Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör beurteilt werden kann. Ich schlage Ihnen deshalb vor, den am 23. Dezember 1983 gemäß Artikel 91 § 1 der Verfahrensordnung gestellten Antrag auf Vorlage derartiger ergänzender Unterlagen durch die Kommission zurückzuweisen.

5. Ergebnis

Abschließend schlage ich Ihnen deshalb vor:

5.1. die Anträge 1, 2 und 3 der Klägerinnen für unzulässig zu erklären;

5.2. den Antrag 4 der Klägerinnen als unbegründet zurückzuweisen;

5.3. den von den Klägerinnen am 23. Dezember 1983 gestellten Antrag auf Vorlage bestimmter Unterlagen durch die Kommission, hinsichtlich dessen mit Beschluß vom 29. Februar 1984 die Entscheidung dem Endurteil vorbehalten wurde, zurückzuweisen;

5.4. den Klägerinnen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.