URTEIL DES GERICHTS (Fünfte Kammer)

10. Dezember 2009*

In der Rechtssache T-195/08

Antwerpse Bouwwerken NV mit Sitz in Antwerpen (Belgien), Prozessbevollmächtigte: zunächst Rechtsanwälte J. Verbist und D. de Keuster, dann Rechtsanwälte J. Verbist, B. van de Walle de Ghelcke und A. Vandervennet,

Klägerin,

gegen

Europäische Kommission, vertreten durch E. Manhaeve als Bevollmächtigten im Beistand von Rechtsanwalt M. Gelders,

Beklagte,

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission über die Ablehnung des von der Klägerin im Rahmen einer nichtoffenen Ausschreibung für den Bau einer Produktionshalle für Referenzmaterialien auf dem Gelände des Institut des matériaux

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

et mesures de référence in Geel (Belgien) abgegebenen Angebots und die Vergabe des öffentlichen Auftrags an einen anderen Bewerber sowie Ersatz des Schadens, der der Klägerin aufgrund dieser Entscheidung der Kommission entstanden sein soll,

erlässt

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten M. Vilaras (Berichterstatter) sowie der Richter M. Prek und V. M. Ciucă,

Kanzler: J. Plingers, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 2009

folgendes

Urteil

Rechtlicher Rahmen

1 Art. 27 Abs. 1, Art. 89 Abs. 1, Art. 91 Abs. 1, Art. 99, Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften (ABl. L 248, S. 1) in der durch die Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1995/2006 des Rates

vom 13. Dezember 2006 (ABl. L 390, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Haushaltsordnung) bestimmen:

„*Artikel 27*

(1) Die Haushaltsmittel sind nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung, d. h. sparsam, wirtschaftlich und wirksam, zu verwenden.

…

Artikel 89

(1) Für öffentliche Aufträge, die ganz oder teilweise aus dem Haushalt finanziert werden, gelten die Grundsätze der Transparenz, der Verhältnismäßigkeit, der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung.

…

Artikel 91

(1) Aufträge werden nach einem der folgenden Verfahren ausgeschrieben:

a) im offenen Verfahren,

b) im nichtoffenen Verfahren,

c) im Wettbewerbsverfahren,

d) im Verhandlungsverfahren,

e) im wettbewerblichen Dialog.

…

Artikel 99

Während eines Ausschreibungsverfahrens sind Kontakte zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bewerbern oder Bietern nur unter Bedingungen zulässig, die Transparenz und Gleichbehandlung gewährleisten. Sie dürfen weder eine Änderung der Ausschreibungsbedingungen noch eine des ursprünglichen Angebots zur Folge haben.

Artikel 100

…

(2) Der öffentliche Auftraggeber unterrichtet alle Bewerber oder Bieter, deren Bewerbung oder Angebot abgelehnt wurde, über die Gründe für die Ablehnung; er teilt die Merkmale und Vorteile seines Angebots sowie den Namen des Auftragnehmers allen Bietern mit, die ein anforderungsgemäßes Angebot eingereicht und schriftlich um diese Mitteilung ersucht haben.

Die Veröffentlichung bestimmter Informationen kann entfallen, wenn sie Gesetzesvollzug behindern, dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen, die legitimen Geschäftsinteressen öffentlicher oder privater Unternehmen beeinträchtigen würde oder dem lauteren Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern schaden könnte.

Artikel 101

Der öffentliche Auftraggeber kann bis zur Unterzeichnung des Vertrags auf die Auftragsvergabe verzichten oder das Vergabeverfahren annullieren, ohne dass die Bewerber oder Bieter Anspruch auf eine Entschädigung haben.

Die entsprechende Entscheidung ist zu begründen und den Bewerbern oder Bietern bekannt zu geben."

2 Die Art. 122, 138, 139, 148 und 158a der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2342/2002 der Kommission vom 23. Dezember 2002 mit Durchführungsbestimmungen zur Haushaltsordnung (ABl. L 357, S. 1) in der durch die Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1261/2005 der Kommission vom 20. Juli 2005 (ABl. L 201, S. 3), die Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1248/2006 der Kommission vom 7. August 2006 (ABl. L 227, S. 3) und die Verordnung (EG, Euratom) der Kommission vom 23. April 2007 (ABl. L 111, S. 13) geänderten Fassung (im Folgenden: Durchführungsverordnung) bestimmen:

„*Artikel 122*

Arten der Vergabeverfahren

(Artikel 91 der Haushaltsordnung)

(1) Die Vergabe von Aufträgen erfolgt im Wege der Ausschreibung im offenen, nichtoffenen oder Verhandlungsverfahren nach Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung bzw. ohne Veröffentlichung einer solchen Bekanntmachung, gegebenenfalls im Anschluss an einen Wettbewerb.

(2) Das Verfahren ist offen, wenn alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot einreichen können. …

Es ist nicht offen, wenn alle Wirtschaftsteilnehmer die Teilnahme beantragen können, aber nur die Bewerber, die die in Artikel 135 genannten Auswahlkriterien erfüllen und

die von den öffentlichen Auftraggebern gleichzeitig schriftlich zur Teilnahme aufgefordert werden, ein Angebot … einreichen können.

Die Auswahl kann entweder für jeden Auftrag getrennt erfolgen, … oder aber im [nichtoffenen] Verfahren gemäß Artikel 128 mit Blick auf die Erstellung eines Verzeichnisses der in Betracht kommenden Bewerber.

…

Artikel 138

Zuschlagsmodalitäten und -kriterien

(Artikel 97 Absatz 2 der Haushaltsordnung)

(1) Unbeschadet des Artikels 94 der Haushaltsordnung bestehen für die Erteilung des Zuschlags zwei Möglichkeiten:

a) bei der Vergabe im Preiswettbewerb erhält das unter allen ordnungsgemäßen und anforderungsgerechten Angeboten preisgünstigste Angebot den Zuschlag;

b) bei der Vergabe im Leistungswettbewerb erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag.

…

Artikel 139

Ungewöhnlich niedrige Angebote

(Artikel 97 Absatz 2 der Haushaltsordnung)

(1) Scheinen im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich die Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, die er für angezeigt hält; die anschließende kontradiktorische Prüfung dieser Einzelposten erfolgt unter Berücksichtigung der eingegangenen Begründungen. …

Artikel 148

Kontakte zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bieter

(Art. 99 der Haushaltsordnung)

(1) Im Verlauf eines Vergabeverfahrens sind Kontakte zwischen Auftraggeber und Bietern ausnahmsweise unter den Bedingungen der Absätze 2 und 3 zulässig.

…

(3) Erfordert ein Angebot nach Öffnung der Angebote Klarstellungen oder sind offenkundige sachliche Irrtümer im Wortlaut des Angebots zu berichtigen, so kann der öffentliche Auftraggeber aus eigener Initiative mit dem Bieter Kontakt aufnehmen; dies darf jedoch nicht zu einer inhaltlichen Änderung des Angebots führen.

…

Artikel 158a

Stillhaltezeit vor der Unterzeichnung des Vertrags

(Artikel 105 der Haushaltsordnung)

(1) Der öffentliche Auftraggeber unterzeichnet einen unter die Richtlinie 2004/18/EG fallenden Vertrag oder Rahmenvertrag mit einem erfolgreichen Bieter erst nach 14 Kalendertagen.

Diese Frist läuft ab einem der folgenden Zeitpunkte:

a) dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem die Zuschlags- und Ablehnungsbeschlüsse zeitgleich übermittelt wurden;

b) wenn es sich um einen Vertrag oder Rahmenvertrag handelt, der ohne vorherige Bekanntmachung im Verhandlungsverfahren vergeben wurde, dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem die Bekanntmachung der Zuschlagserteilung gemäß Artikel 118 im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht wurde.

Erforderlichenfalls kann der öffentliche Auftraggeber die Vertragsunterzeichnung zwecks ergänzender Prüfung aussetzen, wenn die von den abgelehnten oder

beschwerten Bietern oder Bewerbern übermittelten Anträge und Bemerkungen oder andere stichhaltige Informationen, die übermittelt wurden, dies rechtfertigen. Die Anträge, Bemerkungen und Informationen müssen binnen der Frist nach Unterabsatz 1 eingehen. Wird die Unterzeichnung ausgesetzt, werden sämtliche Bewerber oder Bieter binnen drei Arbeitstagen nach dem Aussetzungsbeschluss davon unterrichtet.

Außer in den Fällen nach Absatz 2 sind Verträge, die vor Ablauf der Frist nach Unterabsatz 1 unterzeichnet werden, nichtig.

Kann der Vertrag oder Rahmenvertrag nicht mit dem vorgesehenen Auftragnehmer geschlossen werden, so kann der öffentliche Auftraggeber den Auftrag an den auf der Rangliste nachfolgenden Auftragnehmer vergeben.

…“

3 In den Art. 2 und 28 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114) heißt es:

„*Artikel 2*

Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen

Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.

Artikel 28

Anwendung des offenen und des nichtoffenen Verfahrens, des Verhandlungsverfahrens und des wettbewerblichen Dialogs

Für die Vergabe ihrer öffentlichen Aufträge wenden die öffentlichen Auftraggeber die einzelstaatlichen Verfahren in einer für die Zwecke dieser Richtlinie angepassten Form an.

Sie vergeben diese Aufträge im Wege des offenen oder des nichtoffenen Verfahrens. …“

Vorgeschichte des Rechtsstreits

4 Die Europäische Kommission beschloss zum Zwecke des Baus einer Produktionshalle für Referenzmaterialien auf dem Gelände des Institut des matériaux et mesures de référence (IMMR) in Geel (Belgien) die Vergabe eines öffentlichen Auftrags. Sie entschied sich für ein nichtoffenes Verfahren im Sinne von Art. 122 Abs. 2 Unterabs. 2 der Durchführungsverordnung und schrieb nach Veröffentlichung einer Bekanntmachung am 31. Mai 2006 den betreffenden Bauauftrag im nichtoffenen Verfahren aus.

5 An diesem Verfahren beteiligten sich die Antwerpse Bouwwerken NV, die Klägerin im vorliegenden Verfahren ist, die Gesellschaft C. und zwei weitere Unternehmen. Ihnen

wurde das Lastenheft übermittelt, dessen administrativer Anhang in seinem Abschnitt 25 vorsieht, dass der Zuschlag für den fraglichen öffentlichen Auftrag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wird, wobei klargestellt wird:

„Alle in der Leistungsbeschreibung verlangten Preise müssen angegeben werden; bei Nichtbefolgung erfolgt der Ausschluss vom Verfahren. Dies gilt auch bei etwaigen Änderungen der Leistungsbeschreibung infolge von rechtzeitig eingereichten Bemerkungen der Bewerber."

6 Am 21. September 2007 reichte die Klägerin ihr Angebot ein. Das Preisangebot belief sich auf 10 315 112,32 Euro.

7 Am 5. November 2007 erstellte der Bewertungsausschuss der Kommission einen ersten Bericht zur Bewertung der abgegebenen Angebote. Darin heißt es u. a.: „[Die Gesellschaft C.] hat einen Einheitspreis für den Posten 03.09.15 B angegeben, ihn aber nicht in den Gesamtpreis eingerechnet. Es müssten 973,76 Euro hinzugerechnet werden, was einen neuen Gesamtbetrag von 9 728 946,14 Euro ergibt. [Die Gesellschaft C.] hat auch keinen Einheitspreis für den Posten E 9.26 angegeben. … Das Angebot [der Klägerin] ist lückenlos … Da [die Gesellschaft C.] und [die anderen Unternehmen] sämtlich Preise für manche Posten nicht angegeben haben, sind [ihre Angebote] als nicht konform anzusehen. Deshalb ist das einzige konforme Angebot von [der Klägerin] abgegeben worden". Angesichts dieser Schlussfolgerung schlug der Bewertungsausschuss vor, den fraglichen öffentlichen Auftrag an die Klägerin zu vergeben.

8 Mit Schreiben vom 27. Februar 2008 teilte die Kommission der Klägerin mit,

— dass ihr Angebot für die Vergabe des Auftrags ausgewählt worden sei, wobei die Klägerin jedoch darauf hingewiesen wurde, dass dies die Kommission nicht binde, da die zuständigen Kommissionsdienststellen immer noch auf die Auftragsvergabe verzichten oder das Vergabeverfahren annullieren könnten, ohne dass die Klägerin Anspruch auf eine Entschädigung habe;

— dass der Vertrag erst nach Ablauf einer Frist von zwei Wochen unterzeichnet werden könne und sich die Kommission das Recht vorbehalte, die Vertragsunterzeichnung zwecks ergänzender Prüfung auszusetzen, wenn die von den abgelehnten Bewerbern übermittelten Anträge oder Bemerkungen oder andere stichhaltige Informationen, die übermittelt würden, dies rechtfertigten.

9 In Beantwortung eines Schreibens der Gesellschaft C. vom 3. März 2008, mit dem diese um nähere Auskünfte dazu gebeten hatte, weshalb das von ihr abgegebene Angebot abgelehnt worden sei, wies die Kommission mit Schreiben vom 10. März 2008 darauf hin, dass das besagte Angebot abgelehnt worden sei, weil es nicht den im Lastenheft und in dessen administrativem Anhang vorgesehenen Bedingungen entsprochen habe. Die Kommission legte diesem Schreiben einen Auszug des Bewertungsberichts vom 5. November 2007 bei, aus dem u. a. hervorging, dass die betroffene Gesellschaft keinen Preis für den Posten E 9.26 der Leistungsbeschreibung abgegeben habe.

10 Mit Schreiben vom 11. März 2008, das am darauffolgenden Tag bei der Kommission einging, wies die Gesellschaft C. darauf hin, dass der in ihrem Angebot fehlende Preis für den Posten E 9.26 der Leistungsbeschreibung erkennbar dem Preisangebot für den gleichlautenden Posten E 9.13 der Leistungsbeschreibung habe entnommen werden können. Sie machte auch geltend, die Ablehnung ihres Angebots allein aus diesem Grund sei offenkundig ungerecht und nicht umsichtig und laufe dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zuwider, zumal der Preis für den Posten E 9.26 einen unbedeutenden Teil des Auftragsgesamtwertes ausmache.

11 Mit Schreiben vom 12. März 2008 teilte die Kommission der Klägerin mit, dass einer der abgelehnten Bewerber Informationen übermittelt habe, die gemäß Art. 158a Abs. 1 der Durchführungsverordnung die Aussetzung der Vertragsunterzeichnung rechtfertigen könnten.

12 Mit Schreiben vom 16. April 2008 forderte die Kommission die Gesellschaft C. auf, zu bestätigen, dass ihr Angebot so zu verstehen sei, dass für den Posten E 9.26 der Leistungsbeschreibung der gleiche Preis wie für den Posten E 9.13 der Leistungsbeschreibung, also 903,69 Euro, angeboten werde und dass unter Berücksichtigung dieses Preises sowie des für den Posten 03.09.15B angebotenen Preises, den diese Gesellschaft irrtümlich nicht in den von ihr angebotenen Gesamtpreis eingerechnet hatte, dieser Gesamtpreis 9 729 849,83 Euro betrage.

13 Mit zwei Schreiben vom 22. April 2008, die bei der Kommission am gleichen Tag eingingen, bestätigte die Gesellschaft C., dass diese Leseart ihres Angebots zutreffe.

14 Am 23. April 2008 erstellte der Bewertungsausschuss einen neuen Bericht zur Bewertung der abgegebenen Angebote, in dem er u. a., unter 3.2.1.3, ausführte, dass „[die Gesellschaft C.] … keinen Einheitspreis für den Posten E 9.26 angegeben [hat]", aber „in einem Erläuterungsschreiben darauf hingewiesen [hat], dass der Preis dem Posten E 9.13 (903,69 Euro) entnommen werden könne, da es sich um genau den gleichen Posten handele". Er fügt hinzu, dass „[a]uf der Grundlage dieser Klarstellung … dem ursprünglichen Angebot 903,69 Euro hinzuzurechnen [sind]" und „[d]er Auffassung des Juristischen Dienstes der … Kommission folgend … dieser Sachverhalt als Klarstellung des Angebots und nicht als Änderung betrachtet werden [sollte]". Demzufolge schlug der Bewertungsausschuss vor, den fraglichen öffentlichen Auftrag an die Gesellschaft C. zu vergeben. In diesem neuen Bewertungsbericht erscheint das Angebot der Klägerin nur als das drittniedrigste.

15 Mit am 5. Mai 2008 eingegangenem Schreiben der Kommission vom 29. April 2008 wurde der Klägerin mitgeteilt, dass ihr Angebot letztlich nicht für die Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags ausgewählt worden sei, weil der von ihr angebotene Preis „höher [war] als der des ausgewählten Bewerbers".

16 Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte die Kommission der Gesellschaft C. mit, dass der fragliche öffentliche Auftrag an sie vergeben werde.

17 In Beantwortung eines Antrags der Klägerin gab die Kommission dieser mit Schreiben vom 6. Mai 2008 folgende zusätzliche Begründung:

„Aus der ersten Bewertung dieses umfangreichen Vorgangs gingen Sie als Gewinner hervor, obwohl Ihr Preis deutlich höher war als der des jetzigen Gewinners. Grund für die ursprüngliche Ablehnung des Angebots dieses Bewerbers war, dass für einen

kleinen Preisposten kein Preis gefunden werden konnte. Gleiches war der Fall bei den Angeboten der beiden weiteren Bewerber. Diese Angebote wurden folglich zunächst als nicht konform erachtet.

Während der Stillhaltezeit nach Art. 158a der [Durchführungs-]Verordnung haben die anderen Bewerber darauf hingewiesen, dass die fehlenden Preise durchaus in ihren Angeboten zu finden seien. Folglich ist die Stillhaltezeit zwecks ergänzender Prüfung ausgesetzt worden. Die neuerliche Prüfung ergab, dass die ursprünglich fehlenden Preise in der Tat angegeben waren und die betreffenden Gesellschaften damit ein konformes Angebot abgegeben hatten. Somit waren alle Angebote neu zu bewerten. Da eine dieser Gesellschaften das niedrigste Angebot eingereicht hatte, ist sie zum Gewinner dieser Ausschreibung erklärt worden. …“

18 Mit Schreiben vom 15. Mai 2008, das bei der Klägerin am darauffolgenden Tag einging, übermittelte die Kommission dieser die Bewertungsberichte vom 5. November 2007 und 23. April 2008 in Kopie.

Verfahren und Anträge der Parteien

19 Mit Klageschrift, die am 30. Mai 2008 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben. Mit am selben Tag bei der Kanzlei eingegangenem besonderen Schriftsatz hat die Klägerin nach Art. 76a der Verfahrensordnung des Gerichts einen Antrag auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren gestellt, der mit Entscheidung vom 9. Juli 2008 zurückgewiesen worden ist.

20 Mit einem weiteren am selben Tag bei der Kanzlei eingegangenen und unter der Rechtssachennummer T-195/08 R eingetragenen besonderen Schriftsatz hat die Klägerin auch einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz im Sinne des Art. 243 EG und der Art. 104 ff. der Verfahrensordnung gestellt. Mit Beschluss des Präsidenten des

Gerichts vom 15. Juli 2008, Antwerpse Bouwwerken/Kommission (T-195/08 R, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), ist dieser Antrag zurückgewiesen worden.

21 Auf Bericht des Berichterstatters hat das Gericht (Fünfte Kammer) die Eröffnung der mündlichen Verhandlung beschlossen und die Kommission im Rahmen prozessleitender Maßnahmen gemäß Art. 64 der Verfahrensordnung aufgefordert, eine Frage schriftlich zu beantworten und bestimmte Unterlagen vorzulegen. Die Kommission ist dem nachgekommen.

22 Die Parteien haben in der Sitzung vom 10. Juni 2009 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet.

23 Die Klägerin beantragt,

— die im Schreiben der Kommission vom 29. April 2008 enthaltene und mit Schreiben der Kommission vom 6. Mai 2008 ergänzte Entscheidung über die Ablehnung ihres Angebots und die ihr mit Schreiben der Kommission vom 15. Mai 2008 mitgeteilte Entscheidung der Kommission vom 23. April 2008 über die Vergabe des fraglichen öffentlichen Auftrags an die Gesellschaft C. für nichtig zu erklären;

— die außervertragliche Haftung der Kommission für den ihr entstandenen und zu einem späteren Zeitpunkt zu beziffernden Schaden festzustellen;

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

24 In der Erwiderung beziffert die Klägerin den ihr entstandenen Schaden auf 619 000 Euro und behält sich das Recht vor, ihn im Lauf des Verfahrens vor dem Gericht neu zu beziffern.

25 Die Kommission beantragt,

— die Klage als unzulässig, hilfsweise als unbegründet abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Zum Antrag auf Nichtigerklärung

Zum Gegenstand des Rechtsstreits

26 Mit ihrem ersten Antrag beantragt die Klägerin die Nichtigerklärung zum einen der Entscheidung der Kommission vom 29. April 2008 über die Ablehnung ihres Angebots und zum anderen der „Entscheidung" der Kommission vom 23. April 2008 über die Vergabe des fraglichen öffentlichen Auftrags an die Gesellschaft C. Die letztgenannte Entscheidung sei der Klägerin mit Schreiben der Kommission vom 15. Mai 2008 mitgeteilt worden.

27 Es ist jedoch festzustellen, dass, wie in Randnr. 18 des vorliegenden Urteils ausgeführt, die Kommission der Klägerin mit Schreiben vom 15. Mai 2008 nur die Bewertungsberichte vom 5. November 2007 und 23. April 2008 übermittelt hat und dass diese keine Entscheidung der Kommission enthalten, sondern nur Vorschläge des Bewertungsausschusses für die Vergabe des in Rede stehenden öffentlichen Auftrags an die Klägerin bzw. an die Gesellschaft C., die die Kommission nicht binden (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 16. September 1999, Fracasso und Leitschutz,

C-27/98, Slg. 1999, I-5697, Randnrn. 33 und 34, und Urteil des Gerichts vom 24. Februar 2000, ADT Projekt/Kommission, T-145/98, Slg. 2000, II-387, Randnr. 152).

28 Ferner ist daran zu erinnern, dass die genannten Berichte nicht selbst mit einer Nichtigkeitsklage angefochten werden können, da es sich um Zwischenmaßnahmen handelt, die der Vorbereitung der im Rahmen eines mehrstufigen internen Verfahrens zustande kommenden Entscheidung über die Vergabe des fraglichen Auftrags dienen. Eine Nichtigkeitsklage kann nur gegen die Maßnahme gerichtet werden, die den Standpunkt der Kommission am Ende dieses internen Verfahrens endgültig festlegt (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 11. November 1981, IBM/Kommission, 60/81, Slg. 1981, 2639, Randnr. 10, und Urteil des Gerichts vom 18. Dezember 1992, Cimenteries CBR u. a./Kommission, T-10/92 bis T-12/92 und T-15/92, Slg. 1992, II-2667, Randnr. 28), hier also die Entscheidung, das Angebot eines Bewerbers abzulehnen, und die Entscheidung, den Auftrag an einen anderen Bewerber zu vergeben.

29 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission auf die Aufforderung von Seiten des Gerichts, eine Kopie ihrer Entscheidung über die Vergabe des fraglichen öffentlichen Auftrags an die Gesellschaft C. vorzulegen, klargestellt hat, dass es im maßgebenden Zeitraum bei der zuständigen Dienststelle keine Praxis des Erlasses einer förmlichen Vergabeentscheidung gegeben habe, sondern die Dienststelle auf der Grundlage der im Bewertungsbericht ausgesprochenen Empfehlungen und nach Einholung der Zustimmung eines internen Ausschusses dem ausgewählten Bewerber die Entscheidung, den Auftrag an ihn zu vergeben, und den anderen Bewerbern die Entscheidung, ihre Angebote abzulehnen, mitgeteilt habe. In der mündlichen Verhandlung haben die Parteien dies bestätigt, was im Sitzungsprotokoll vermerkt worden ist.

30 Unter diesen Umständen ist der erste Antrag der Klägerin so zu verstehen, dass er auf die Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 29. April 2008 über die Vergabe des in Rede stehenden öffentlichen Auftrags an die Gesellschaft C. und die Ablehnung des Angebots der Klägerin (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) abzielt. Mit Schreiben vom selben Tag wurde diese Entscheidung sowohl der Gesellschaft C. als auch der Klägerin bekannt gegeben (vgl. Randnrn. 15 und 16 des vorliegenden Urteils).

Zur Zulässigkeit

Vorbringen der Parteien

31 Die Kommission weist darauf hin, dass das Angebot der Klägerin nur das dritte in einer vom niedrigsten zum höchsten Angebot absteigenden Klassifizierung gewesen sei. Sollte das Gericht der Klage stattgeben, sei es somit der zweitplatzierte Bewerber und nicht die Klägerin, an den der fragliche öffentliche Auftrag vergeben werde. Die Klägerin habe deshalb keinerlei Interesse an der Erhebung der vorliegenden Klage, die daher als unzulässig abgewiesen werden müsse.

32 Die Klägerin ist der Ansicht, diese Einrede der Unzulässigkeit sei aus den im Beschluss Antwerpse Bouwwerken/Kommission ausgeführten Gründen (oben in Randnr. 20 angeführt, Randnrn. 21 bis 25) zurückzuweisen.

Würdigung durch das Gericht

33 Es ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung eine Nichtigkeitsklage einer natürlichen oder juristischen Person nur zulässig ist, wenn diese Person ein Interesse an der Nichtigerklärung der angefochtenen Handlung hat (vgl. Urteil des Gerichts vom 28. September 2004, MCI/Kommission, T-310/00, Slg. 2004, II-3253, Randnr. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung). Ein solches Interesse setzt voraus, dass die Nichtigerklärung der angefochtenen Handlung als solche Rechtswirkungen haben kann (vgl. Urteil des Gerichts vom 14. September 1995, Antillean Rice Mills u. a./Kommission, T-480/93 und T-483/93, Slg. 1995, II-2305, Randnr. 59 und die dort angeführte Rechtsprechung) und dass die Klage der Partei, die sie erhoben hat, im Ergebnis auch einen Vorteil verschaffen kann (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 25. Juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Rat, C-50/00 P, Slg. 2002, I-6677, Randnr. 21).

34 Somit ist zu prüfen, ob der Klägerin eine etwaige Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung zum Vorteil gereichen kann. Die Kommission verneint dies, da sie im Fall einer solchen Nichtigerklärung berechtigt sei, den fraglichen öffentlichen Auftrag an den Bewerber zu vergeben, dessen Angebot den zweiten Platz in der Klassifizierung einnehme, und nicht an die Klägerin, deren Angebot an die dritte Stelle gesetzt worden sei.

35 Zwar würde, falls das Angebot der Gesellschaft C. mangels Konformität mit den im Lastenheft vorgesehenen Bedingungen abgelehnt werden müsste, die Vergabe des in Rede stehenden öffentlichen Auftrags nicht automatisch an die Klägerin erfolgen, doch hat die Kommission im Bewertungsbericht vom 23. April 2008 auch ausgeführt, dass das zweitplatzierte Unternehmen genau wie die Gesellschaft C. den Preis für manche Posten der Leistungsbeschreibung nicht angegeben habe, sie sein Angebot (10 140 841,12 Euro) aber in Anbetracht der von ihm vorgenommenen Klarstellungen gleichwohl als den im Lastenheft vorgesehenen Bedingungen entsprechend eingestuft habe.

36 Mit ihrem einzigen Klagegrund, auf den sie ihren Nichtigkeitsantrag stützt, wendet sich die Klägerin gerade gegen das Ergebnis der Kommission, dass ein Unternehmen, das in seinem Angebot den Preis für manche Posten der Leistungsbeschreibung nicht angegeben habe, sich dennoch in der Situation wiederfinden könne, dass dieses Angebot in Anbetracht der von ihm vorgenommenen Klarstellungen als den im Lastenheft vorgesehenen Bedingungen entsprechend eingestuft werde.

37 Daraus folgt, dass die Kommission für den Fall, dass das Angebot der Gesellschaft C. wegen des von der Klägerin geltend gemachten Mangels abgelehnt würde, rechtlich daran gehindert sein könnte, den fraglichen öffentlichen Auftrag an das zweitplatzierte Unternehmen zu vergeben, dessen Angebot der gleiche Mangel anhaften könnte wie dem Angebot der Gesellschaft C. Unter diesen Umständen könnte das zweitplatzierte Unternehmen kein Hindernis für die Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags an die Klägerin sein. Die Klägerin hat deshalb ein Rechtsschutzinteresse, und ihr Nichtigkeitsantrag ist zulässig.

Zur Begründetheit

Vorbringen der Parteien

38 Die Klägerin rügt im Rahmen eines einzigen Klagegrundes einen Verstoß gegen Art. 91 der Haushaltsordnung, gegen die Art. 122, 138 und 148 der Durchführungsverordnung und gegen die Art. 2 und 28 der Richtlinie 2004/18. Sie erinnert daran, dass der fragliche öffentliche Auftrag, wie im Übrigen in den Abschnitten 2 und 4.3 des administrativen Anhangs des Lastenheftes angegeben, im Anschluss an eine nichtoffene Ausschreibung vergeben worden sei. Auch ergebe sich aus Abschnitt 25 dieses Anhangs, dass es zum einen nur ein einziges Vergabekriterium gebe, nämlich den von den einzelnen Bewerbern angebotenen Preis, und dass zum anderen alle in der Leistungsbeschreibung verlangten Preise angegeben werden müssten, weil sonst der „Ausschluss vom Verfahren" erfolge.

39 Außerdem sei im Rahmen eines nichtoffenen Verfahrens keine Verhandlung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bewerbern möglich. Die Bewerber dürften ihre Angebote nach deren Abgabe nicht mehr ändern oder ergänzen. Folglich müsse ein Angebot, das nicht den im Lastenheft vorgesehenen Bedingungen entspreche, vom öffentlichen Auftraggeber zwingend abgelehnt werden. Andernfalls verstieße die Befugnis, Klarstellungen zu den Angeboten zu verlangen, gegen das Verbot der Diskriminierung von Bewerbern und gegen die Transparenzpflicht, die in Art. 2 der im vorliegenden Fall aufgrund des Lastenheftes anwendbaren Richtlinie 2004/18 genannt würden.

40 Im Übrigen habe der Gerichtshof im Urteil vom 22. Juni 1993, Kommission/Dänemark (C-243/89, Slg. 1993, I-3353, Randnr. 37), ausgeführt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bewerber verlange, dass alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprächen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote gewährleistet sei. Dieses Erfordernis sei aber nicht beachtet, wenn den Bewerbern gestattet werde, Vorbehalte in ihren Angeboten zu formulieren, die es ihnen erlaubten, von den „grundlegenden Vorschriften" des Lastenheftes abzuweichen.

41 Aus den Bewertungsberichten gehe auch hervor, dass die Leistungsbeschreibung entgegen den klaren Anweisungen in Abschnitt 25 des administrativen Anhangs des Lastenheftes im Angebot der Gesellschaft C. nicht vollständig ausgefüllt gewesen sei, da der Preis für den Posten E 9.26 gefehlt habe. Genau aus diesem Grund habe der Bewertungsausschuss im Bewertungsbericht vom 5. November 2007 vorgeschlagen, dieses Angebot als nicht konform abzulehnen. Im Bewertungsbericht vom 23. April 2008 habe derselbe Ausschuss jedoch seinen Standpunkt nach der Intervention der Gesellschaft C. geändert.

42 Eine solche Intervention dürfe es aber im Rahmen eines nichtoffenen Verfahrens im Sinne von Art. 122 Abs. 2 der Durchführungsverordnung, in dem keine Verhandlungen des öffentlichen Auftraggebers mit den verschiedenen Bewerbern zugelassen seien, nicht geben. Entgegen der unter 3.2.1.3 des Bewertungsberichts vom 23. April 2008 angeführten Ansicht des Juristischen Dienstes der Kommission könne das Schreiben der Gesellschaft C. vom 22. April 2008 nicht als Klarstellung angesehen werden, weil es sich nicht auf etwas bezogen habe, das bereits im Angebot dieser Gesellschaft enthalten gewesen sei, sondern dazu diene, dieses Angebot durch Einfügung eines darin fehlenden Preises zu ergänzen. In Wirklichkeit habe die Kommission der Gesellschaft C. gestattet, ihr Angebot zu ändern, obwohl ein solcher Schritt im Rahmen des hier befolgten nichtoffenen Verfahrens unzulässig sei.

43 Das Fehlen der Angabe des für einen Posten der Leistungsbeschreibung angebotenen Preises könne nämlich selbst dann nicht als sachlicher Irrtum im Sinne von Art. 148 Abs. 3 der Durchführungsverordnung eingestuft werden, wenn der fehlende Preis aus dem für einen anderen Posten der Leistungsbeschreibung angebotenen Preis abgeleitet werden könne. Dies finde Bestätigung darin, dass der Bewertungsausschuss bereits im Bewertungsbericht vom 5. November 2007 einen sachlichen Fehler im Angebot der Gesellschaft C. berichtigt habe, die den Preis für den Posten 03.09.15 B der Leistungsbeschreibung bei der Berechnung des angebotenen Gesamtpreises nicht berücksichtigt gehabt habe, was zu einer Erhöhung dieses Preises um 973,76 Euro geführt habe.

44 Der Umstand, dass der Gesellschaft C. die Ergänzung des von ihr abgegebenen Angebots gestattet worden sei, stelle einen „Verfahrensfehler" dar. Die Kommission verfüge insoweit über keinen Beurteilungsspielraum und müsse die Verfahrensvorschriften strikt anwenden. Die ständige Rechtsprechung, nach der die Kommission über einen weiten Spielraum bei der Beurteilung der im Rahmen eines Vertragsvergabeverfahrens abgegebenen Angebote verfüge, sei nämlich hier nicht einschlägig, da

es um einen „Verfahrensfehler“ und keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler gehe. Aus demselben Grund sei auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im vorliegenden Fall nicht anwendbar.

45 Selbst wenn man unterstelle, dass die Kommission über einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Berücksichtigung einer unvollständigen Leistungsbeschreibung verfügt habe, habe sie einen Fehler begangen, da sie beschlossen habe, den betroffenen Bewerber auszuschließen und der Klägerin mitzuteilen, dass sie den Zuschlag erhalte, bevor sie ihre Meinung geändert habe und diesem Bewerber den Auftrag nach seiner Intervention erteilt habe. Die Klägerin macht auch geltend, dass sich zwar die Kommission in ihrem Schreiben vom 27. Februar 2008 das Recht vorbehalten habe, die Unterzeichnung des Vertrags mit ihr auszusetzen, dies aber nicht zu einem anderen Ergebnis führen könne, da sie selbst nach der Mitteilung über die Auftragsvergabe an sie die erforderlichen Maßnahmen habe treffen müssen, um sich für den Beginn des Baus, auf den sich der in Rede stehende öffentliche Auftrag beziehe, bereit zu halten, wozu gehört habe, nicht an anderen Ausschreibungen teilzunehmen.

46 Außerdem könne, auch wenn sicherlich stimme, dass die Posten E 9.13 und E 9.26 in der Leistungsbeschreibung gleich gelautet hätten, der Preis, den die Gesellschaft C. für den zweiten dieser Posten angeboten habe, gleichwohl nicht aus dem für den ersten Posten angebotenen Preis abgeleitet werden. Der gleiche Wortlaut habe sich nämlich in weiteren Posten der Leistungsbeschreibung, nämlich den Posten E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 und E 9.43, gefunden. Sie selbst habe aber für diese Posten unterschiedliche Preise angeboten. Da der von der Gesellschaft C. für den Posten E 9.26 angebotene Preis nicht ableitbar sei, hätte deren Angebot von der Kommission gemäß dem ursprünglichen Vorschlag des Bewertungsausschusses als unvollständig abgelehnt werden müssen.

47 Schließlich stehe die angefochtene Entscheidung auch nicht im Einklang mit dem in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 angeführten Transparenzgrundsatz, da bestimmte Passagen in den übermittelten Kopien der Bewertungsberichte ohne objektive Rechtfertigung unkenntlich gemacht worden seien. Die Klägerin ist deshalb der Ansicht, dass die Stillhaltezeit nach Art. 158a der Durchführungsverordnung noch nicht zu laufen begonnen habe, weil sie nicht vollständig informiert worden sei.

48 Die Kommission widerspricht dem Vorbringen der Klägerin.

Würdigung durch das Gericht

49 Nach der Rechtsprechung verfügt die Kommission über einen weiten Spielraum bei der Beurteilung der Gesichtspunkte, die beim Erlass einer Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Wege der Ausschreibung zu berücksichtigen sind (Urteile des Gerichts vom 26. Februar 2002, Esedra/Kommission, T-169/00, Slg. 2002, II-609, Randnr. 95, und vom 14. Februar 2006, TEA-CEGOS u. a./Kommission, T-376/05 und T-383/05, Slg. 2006, II-205, Randnr. 50). Sie verfügt in diesem Zusammenhang auch über einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung sowohl über den Inhalt als auch die Anwendung der Vorschriften, die für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Wege einer Ausschreibung gelten (Urteil TEA-CEGOS u. a./Kommission, Randnr. 51).

50 Außerdem hat ein öffentlicher Auftraggeber zwar die Ausschreibungsbedingungen genau und klar abzufassen, doch ist er nicht verpflichtet, alle Fallgestaltungen, die sich, so selten sie auch sein mögen, in der Praxis ergeben können, in Betracht zu ziehen (Beschluss des Gerichtshofs vom 20. April 2007, TEA-CEGOS und STG/Kommission, C-189/06 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 30).

51 Eine im Lastenheft vorgesehene Bedingung ist nach Maßgabe ihres Zwecks, ihrer Systematik und ihres Wortlauts auszulegen (vgl. in diesem Sinne Beschluss TEA-CEGOS und STG/Kommission, oben in Randnr. 50 angeführt, Randnr. 46). Im Zweifelsfall kann der betroffene öffentliche Auftraggeber die Anwendbarkeit einer solchen Bedingung im Wege einer Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte beurteilen (vgl. in diesem Sinne Beschluss TEA-CEGOS und STG/Kommission, oben in Randnr. 50 angeführt, Randnr. 31).

52 Im Übrigen muss sich in Anbetracht des weiten Beurteilungsspielraums der Kommission (vgl. Randnr. 49 des vorliegenden Urteils) die gerichtliche Kontrolle auf die Prüfung beschränken, ob die Verfahrens- und Begründungsvorschriften einge-

halten worden sind, der Sachverhalt zutrifft und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder ein Ermessensmissbrauch vorliegt (vgl. Urteil TEA-CEGOS u. a./Kommission, oben in Randnr. 49 angeführt, Randnr. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung).

53 Im Rahmen einer solchen Kontrolle ist es Sache des Gerichts, u. a. festzustellen, ob die Auslegung einer im Lastenheft vorgesehenen Bedingung durch die Kommission als öffentlicher Auftraggeber zutreffend ist (vgl. in diesem Sinne Beschluss TEA-CEGOS und STG/Kommission, oben in Randnr. 50 angeführt, Randnr. 46).

54 Auch ist darauf hinzuweisen, dass Art. 148 Abs. 3 der Durchführungsverordnung den Organen die Befugnis verleiht, aus eigener Initiative Kontakt mit dem Bewerber aufzunehmen, falls ein Angebot Klarstellungen erfordert oder sachliche Irrtümer im Wortlaut des Angebots zu berichtigen sind. Daraus folgt, dass diese Bestimmung nicht so ausgelegt werden kann, dass sie den Organen in den dort abschließend aufgezählten Ausnahmefällen eine Pflicht zur Kontaktaufnahme mit den Bewerbern auferlegt (vgl. entsprechend Urteil des Gerichts vom 8. Mai 1996, Adia interim/Kommission, T-19/95, Slg. 1996, II-321, Randnrn. 43 und 44).

55 Anders könnte es nur sein, wenn sich diese Befugnis aufgrund der allgemeinen Rechtsgrundsätze zu einer Verpflichtung der Kommission verdichten konnte, Kontakt mit einem Bewerber aufzunehmen (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteil Adia interim/Kommission, oben in Randnr. 54 angeführt, Randnr. 45).

56 Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Wortlaut eines Angebots mehrdeutig abgefasst ist und die der Kommission bekannten Fallumstände darauf hinweisen, dass die Mehrdeutigkeit sich wahrscheinlich einfach auflösen lässt und leicht beseitigt werden kann. Dann läuft es im Prinzip dem Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung zuwider, wenn die Kommission das Angebot ablehnt, ohne von ihrer Befugnis Gebrauch zu machen, eine Klarstellung zu verlangen. Ihr unter solchen Umständen ein ungebundenes Ermessen zuzuerkennen, verstieße gegen den Grundsatz der Gleich-

behandlung (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 27. September 2002, Tideland Signal/Kommission, T-211/02, Slg. 2002, II-3781, Randnrn. 37 und 38).

57 Außerdem dürfen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Handlungen der Organe nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist, wobei, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen ist und die verursachten Nachteile in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen müssen (Urteil des Gerichtshofs vom 5. Mai 1998, National Farmers' Union u. a., C-157/96, Slg. 1998, I-2211, Randnr. 60). Nach diesem Grundsatz muss der öffentliche Auftraggeber, wenn er mit einem mehrdeutigen Angebot konfrontiert ist und eine Aufforderung zur Klarstellung des Inhalts des Angebots die Rechtssicherheit genau so gewährleisten könnte wie die unmittelbare Ablehnung des Angebots, von dem betreffenden Bewerber Klarstellungen verlangen, anstatt dessen Angebot schlicht und einfach abzulehnen (vgl. in diesem Sinne Urteil Tideland Signal/Kommission, oben in Randnr. 56 angeführt, Randnr. 43).

58 Im Interesse der Rechtssicherheit ist jedoch auch erforderlich, dass sich die Kommission des genauen Inhalts eines im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens abgegebenen Angebots und insbesondere der Übereinstimmung des Angebots mit den im Lastenheft vorgesehenen Bedingungen vergewissern kann. Wenn also ein Angebot mehrdeutig ist und die Kommission nicht die Möglichkeit hat, schnell und effizient festzustellen, was es tatsächlich bedeutet, hat sie keine andere Wahl, als es abzulehnen (Urteil Tideland Signal/Kommission, oben in Randnr. 56 angeführt, Randnr. 34).

59 Schließlich kommt es letzten Endes dem Gericht zu, festzustellen, ob die Antworten eines Bewerbers auf ein Klarstellungsverlangen des öffentlichen Auftraggebers als Klarstellungen zum Inhalt des Angebots dieses Bewerbers angesehen werden können oder ob sie diesen Rahmen überschreiten und den Inhalt des Angebots im Hinblick auf die im Lastenheft vorgesehenen Bedingungen ändern (vgl. in diesem Sinne Urteil Esedra/Kommission, oben in Randnr. 49 angeführt, Randnr. 52).

60 Im vorliegenden Fall ist zunächst zu prüfen, ob in einem Fall, in dem ein Bewerber in der Leistungsbeschreibung zu seinem Angebot den für einen Posten angebotenen Preis nicht angegeben hat, die in Abschnitt 25 des administrativen Anhangs des Lastenheftes vorgesehene Bedingung dahin auszulegen ist, dass dieses Angebot, wie im Wesentlichen von der Klägerin geltend gemacht, zwingend abgelehnt werden muss oder ob es nicht abgelehnt werden kann, wenn das in Rede stehende sachliche Versäumnis leicht aufzuklären ist und der fehlende Preis einfach und sicher aus dem für einen anderen Posten der genannten Leistungsbeschreibung angebotenen Preis abgeleitet werden kann, wie es die Kommission geltend macht.

61 Dazu ist darauf hinzuweisen, dass die in Abschnitt 25 des administrativen Anhangs des Lastenheftes vorgesehene Bedingung dazu dient, dem öffentlichen Auftraggeber, hier der Kommission, eine genaue Erläuterung zu verschaffen, aus welchen Einzelpreisen für die verschiedenen von dem fraglichen öffentlichen Auftrag umfassten Arbeiten sich der von den einzelnen Bewerbern angebotene Gesamtpreis für diesen Auftrag zusammensetzt.

62 Unter Berücksichtigung der von den Parteien insoweit in der mündlichen Verhandlung vorgenommenen Klarstellungen ist auch davon auszugehen, dass die Verpflichtung der einzelnen Bewerber, einen Preis für alle Posten der Leistungsbeschreibung anzugeben, dazu dient, eine leichte Überprüfung der Richtigkeit des von den einzelnen Bietern angebotenen Gesamtpreises und der Normalität dieses Preises im Sinne von Art. 139 Abs. 1 der Durchführungsverordnung durch die Kommission zu ermöglichen. Schließlich soll diese Verpflichtung die Anpassung dieses für den in Rede stehenden öffentlichen Auftrag angebotenen Gesamtpreises für den Fall erleichtern, dass sich nach der Vergabe dieses Auftrags bei seiner Ausführung zusätzliche Arbeiten als notwendig erweisen sollten.

63 Die Verwirklichung der Ziele, die vorstehend in Bezug auf die in Abschnitt 25 des administrativen Anhangs des Lastenheftes vorgesehene Bedingung genannt worden sind, wird aber durch die von der Kommission vorgenommene Auslegung dieser Bestimmung keineswegs in Frage gestellt, nach der ein Angebot nicht unvollständig ist und nicht abgelehnt werden muss, wenn der fehlende Preis für einen bestimmten Posten mit Sicherheit aus einem für einen anderen Posten derselben Leistungsbeschreibung angegebenen Preis oder zumindest nach Einholung von Klarstellungen zum Inhalt dieses Angebots bei dessen Verfasser abgeleitet werden kann.

64 Wie nämlich die Kommission betont, handelt es sich im letztgenannten Fall nicht um die Einfügung eines neuen Preises für den betreffenden Posten in der fraglichen Leistungsbeschreibung, sondern um eine einfache Klarstellung zum Inhalt des Angebots, wonach der für einen bestimmten Posten angebotene Preis so zu verstehen ist, dass er auch für jeden anderen Posten gleichen oder ähnlichen Inhalts angeboten wird.

65 In einem solchen Fall würde die von der Klägerin befürwortete rein grammatikalische und enge Auslegung der in Abschnitt 25 des administrativen Anhangs des Lastenheftes vorgesehenen Bedingung zur Ablehnung wirtschaftlich vorteilhafter Angebote aufgrund offenkundiger und unbedeutender sachlicher Auslassungen oder Irrtümer führen, was, wie die Kommission zutreffend vorgetragen hat, letztlich nicht mit dem in Art. 27 der Haushaltsordnung angeführten „Grundsatz der Wirtschaftlichkeit" zu vereinbaren ist.

66 Im Licht dieser Überlegungen ist sodann zu prüfen, ob die Kommission zu Recht der Ansicht war, dass der von der Gesellschaft C. für den Posten E 9.26 der Leistungsbeschreibung angebotene Preis im vorliegenden Fall mit Sicherheit aus dem von dieser Gesellschaft für einen anderen Posten der Leistungsbeschreibung angebotenen Preis abgeleitet werden konnte, was sie dazu veranlasst hat, von einer Ablehnung des Angebots dieser Gesellschaft mit der Begründung, dass es den im Lastenheft vorgesehenen Bedingungen nicht entspreche, abzusehen.

67 Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Gesellschaft C., nachdem sie von der Entscheidung der Kommission, den fraglichen öffentlichen Auftrag an die Klägerin zu vergeben, unterrichtet worden war, zunächst die Kommission nach Art. 100 Abs. 2 der Haushaltsordnung um Mitteilung der Gründe für die Ablehnung ihres Angebots ersuchte. Nach Kenntnisnahme von diesen Gründen reichte sie nach Art. 158a Abs. 1 der Durchführungsverordnung und innerhalb der darin vorgesehenen Frist eine Stellungnahme ein, in der sie bei der Kommission beantragte, den betreffenden öffentlichen Auftrag an sie zu vergeben, was sie damit begründete, dass der Preis für den Posten E 9.26 in der Leistungsbeschreibung zu ihrem Angebot nicht fehle, weil er erkennbar dem Preisangebot für den Posten E 9.13 entnommen werden könne (vgl. Randnrn. 9 und 10 des vorliegenden Urteils).

68 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass sich aus den von der Kommission auf Anforderung des Gerichts vorgelegten Auszügen der Leistungsbeschreibungen zu den Angeboten der Klägerin und der Gesellschaft C. ergibt, dass die Posten E 9.05, E 9.13, E 9.22, E 9.26, E 9.31, E 9.37 und E 9.43 alle gleich lauten und eine identische Vorrichtung betreffen, nämlich eine halbautomatische Umschaltzentrale für Gaszylinder.

69 Die sieben vorstehend genannten Posten können erstens nach dem Standort der fraglichen Vorrichtung unterschieden werden, da sich jeder Posten auf einen anderen Raum oder ein anderes Labor bezieht. In der mündlichen Verhandlung haben die Parteien jedoch erklärt, dass der Standort der Vorrichtung keinen Einfluss auf deren Kosten und somit auf den von den einzelnen Bewerbern für den jeweiligen Posten angebotenen Preis haben könne.

70 Zweitens können diese sieben Posten auch nach der Art des Gases unterschieden werden, für das die fragliche Vorrichtung verwendet werden soll. So sollen die Vorrichtungen, auf die sich die Posten E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 und E 9.43 beziehen, für nicht brennbare Gase verwendet werden. Die Vorrichtungen, auf die sich die Posten E 9.13 und E 9.26 beziehen, sollen dagegen für Propan, das ein brennbares Gas ist, verwendet werden.

71 In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission ohne Widerspruch der Klägerin ausgeführt, dass die Brennbarkeit oder Nichtbrennbarkeit des betroffenen Gases Einfluss auf die Kosten der fraglichen Vorrichtung und somit auf den von den einzelnen Bewerbern für den entsprechenden Posten angebotenen Preis haben könne. Das Gericht stellt fest, dass aus dem Auszug der Leistungsbeschreibung zum Angebot der Klägerin in der Tat hervorgeht, dass diese den gleichen Preis (880,69 Euro) für jeden der die nicht brennbaren Gase betreffenden Posten E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 und E 9.43 und einen anderen Preis (1 016,92 Euro) für jeden der ein brennbares Gas betreffenden Posten E 9.13 et E 9.26 angeboten hat.

72 Was die Gesellschaft C. betrifft, ergibt sich aus dem Auszug der Leistungsbeschreibung zu ihrem Angebot, dass auch sie den gleichen Preis (782,63 Euro) für jeden der Posten E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 und E 9.43 angeboten hat. Außerdem hat sie für den Posten

E 9.13 einen Preis von 903,69 Euro angeboten, während sie in die Leistungsbeschreibung zu ihrem Angebot keinen Preis für den Posten E 9.26 eingesetzt hat.

73 Auch ist festzustellen, dass sowohl im Angebot der Klägerin als auch in dem der Gesellschaft C. der für die fragliche Vorrichtung angebotene Preis, wenn sie für nicht brennbare Gase verwendet werden soll, 86,60 % des Preises ausmacht, der für die gleiche Vorrichtung angeboten wird, wenn sie für Propan, ein brennbares Gas, genutzt werden soll.

74 Daraus folgt, dass die Kommission zu Recht der Ansicht war, dass die fehlende Preisangabe für den Posten E 9.26 in der Leistungsbeschreibung zum Angebot der Gesellschaft C. ein schlichter sachlicher Irrtum in diesem Angebot oder zumindest eine einfach auflösbare und leicht behebbare Mehrdeutigkeit sei. Angesichts der in den Randnrn. 68 bis 73 des vorliegenden Urteils angeführten Gesichtspunkte drängt sich nämlich die Schlussfolgerung auf, dass der fehlende Preis für den Posten E 9.26 der Leistungsbeschreibung zum Angebot der Gesellschaft C. kein anderer sein kann als der von dieser Gesellschaft für den Posten E 9.13 angebotene Preis (903,69 Euro) und dass dieser Preis von der Gesellschaft C. nur aus Unaufmerksamkeit nicht für den Posten E 9.26 der Leistungsbeschreibung angegeben wurde.

75 Unter diesen Umständen durfte die Kommission nach Art. 148 Abs. 3 der Durchführungsverordnung und ohne Missachtung der in Abschnitt 25 des administrativen Anhangs des Lastenheftes vorgesehenen Bedingung die Gesellschaft C. zu Klarstellungen zum Inhalt ihres Angebots auffordern.

76 Es ist nicht von Belang, dass diese Klarstellungsaufforderung an die Gesellschaft C. erging, nachdem diese eine Stellungnahme zur Ablehnung ihres Angebots eingereicht hatte. Wie nämlich die Kommission zutreffend ausführt, wäre Art. 158a Abs. 1 der Durchführungsverordnung völlig sinnentleert, wenn sie nach Eingang einer gemäß dieser Bestimmung eingereichten Stellungnahme nicht die ihr nötig erscheinenden

Klarstellungen einholen und gegebenenfalls ihre Entscheidung über die Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags zurücknehmen und diesen an einen anderen Bewerber vergeben dürfte.

77 Nachdem der Kommission auf ihre Klarstellungsaufforderung an die Gesellschaft C. hin von dieser bestätigt wurde, dass deren Angebot tatsächlich so zu verstehen sei, dass der für den Posten E 9.26 angebotene Preis der gleiche sei wie der für den Posten E 9.13 angebotene (vgl. Randnrn. 12 und 13 des vorliegenden Urteils), gelangte sie zutreffend zu dem Ergebnis, dass dieses Angebot den im Lastenheft vorgesehenen Bedingungen entspreche, und vergab dann zu Recht den fraglichen öffentlichen Auftrag an diese Gesellschaft, da deren Angebot das niedrigste war.

78 Das Vorbringen der Klägerin kann diese Schlussfolgerung nicht erschüttern. Erstens hat die Kommission, anders als die Klägerin behauptet, keine verbotenen Verhandlungen mit der Gesellschaft C. im Hinblick auf die Änderung des Inhalts des von dieser abgegebenen Angebots aufgenommen, sondern sie hat schlicht von ihrer Befugnis nach Art. 148 Abs. 3 der Durchführungsverordnung Gebrauch gemacht, zu Klarstellungen zum Inhalt dieses Angebots aufzufordern.

79 Zum Vorbringen der Klägerin in Bezug auf einen Verstoß gegen den sowohl in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 als auch in Art. 89 Abs. 1 der Haushaltsordnung angeführten Grundsatz der Gleichbehandlung der Bewerber ist, zweitens, darauf hinzuweisen, dass dieser Grundsatz die Kommission nicht daran hindern kann, von ihrer Befugnis Gebrauch zu machen, gemäß Art. 148 Abs. 3 der Durchführungsverordnung zu Klarstellungen zu den Angeboten nach deren Öffnung aufzufordern, wobei sie wohlgemerkt alle Bewerber gleichbehandeln muss, wenn sie diese Befugnis ausübt (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteil Tideland Signal/Kommission, oben in Randnr. 56 angeführt, Randnr. 38).

80 Im vorliegenden Fall hat die Kommission den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bewerber beachtet, da sie Klarstellungen nicht nur von der Gesellschaft C. angefordert hat, sondern von allen Bewerbern, deren Angebote insbesondere mit dem gleichen Irrtum wie das Angebot der Gesellschaft C. behaftet waren, nämlich fehlenden Preisen für manche Posten der Leistungsbeschreibung zu den Angeboten dieser Bewerber (vgl. Randnrn. 7 und 17 des vorliegenden Urteils). Von der Klägerin wurden solche Klarstellungen nicht erbeten, da sie nicht erforderlich waren, weil in der Leistungsbeschreibung zu ihrem Angebot kein Preis fehlte. Gleichwohl nahm der Bewertungsausschuss, wie sich aus dem Bewertungsbericht vom 23. April 2008 ergibt, auch einige Berichtigungen des Angebots der Klägerin vor, die zu einer leichten Senkung des von ihr angebotenen Gesamtpreises führten.

81 Schließlich ist auch das in Randnr. 47 des vorliegenden Urteils zusammengefasste Vorbringen der Klägerin zurückzuweisen, mit dem sie sich darauf beruft, dass bestimmte Passagen in den ihr von der Kommission übermittelten Kopien der Bewertungsberichte unter Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz unkenntlich gemacht worden seien, was zur Folge habe, dass die in Art. 158a Abs. 1 der Durchführungsverordnung vor der Vertragsunterzeichnung vorgesehene Stillhaltezeit noch nicht zu laufen begonnen habe.

82 Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Klägerin in der mündlichen Verhandlung nicht hat erklären können, inwieweit diese Frist im vorliegenden Fall erheblich ist, wo doch die Klage ganz unstreitig fristgemäß erhoben worden ist.

83 Sodann ist festzustellen, dass der Antrag der Klägerin, auf den hin die Kommission die Kopien der Bewertungsberichte übermittelt hat, nach Erlass der angefochtenen Entscheidung gestellt wurde. Die etwaige Unvollständigkeit der Antwort der Kommission auf diesen Antrag kann somit keinesfalls die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung in Frage stellen, um die allein es bei dem Nichtigkeitsantrag geht.

84 Schließlich ist jedenfalls der sowohl in Art. 89 Abs. 1 der Haushaltsordnung als auch in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 in Bezug genommene Transparenzgrundsatz in Einklang mit dem Schutz des öffentlichen Interesses, der legitimen Geschäftsinteressen öffentlicher oder privater Unternehmen und des lauteren Wettbewerbs zu bringen, der die in Art. 100 Abs. 2 Unterabs. 2 der Haushaltsordnung vorgesehene Möglichkeit rechtfertigt, von der Mitteilung bestimmter Informationen an einen abgelehnten Bewerber abzusehen, wenn dies erforderlich ist, um die Beachtung dieser Erfordernisse sicherzustellen.

85 Nach alledem ist der einzige von der Klägerin für ihren Nichtigkeitsantrag vorgebrachte Klagegrund unbegründet; dieser Antrag ist folglich zurückzuweisen.

Zum Schadensersatzantrag

Vorbringen der Parteien

86 Die Klägerin trägt vor, die Kommission habe unter Verstoß gegen die im Rahmen des Nichtigkeitsantrags geltend gemachten Bestimmungen zugelassen, dass die Gesellschaft C. ihr Angebot nach dessen Einreichung ändere oder ergänze. Dieser Verstoß sei hinreichend qualifiziert, da die Kommission ihr Ermessen bei der Bewertung der Angebote offenkundig und schwerwiegend verkannt und höherrangige Rechtsvor-

schriften zum Schutz der Interessen Einzelner, so u. a. das Diskriminierungsverbot und den Transparenzgrundsatz, verletzt habe. Außerdem sei der Schaden für die Klägerin die unmittelbare Folge der von der Kommission begangenen Unregelmäßigkeiten. Dieser Schaden stehe auch unmittelbar bevor und sei hinreichend sicher vorhersehbar.

87 Der Schadensersatzantrag sei auch zulässig. Eine Unsicherheit bezüglich der Schadenshöhe könne nicht zur Unzulässigkeit einer Schadensersatzklage nach Art. 288 Abs. 2 EG führen. Nach ständiger Rechtsprechung bleibe die Bezifferung des Schadens vorbehalten, wenn zum Zeitpunkt der Feststellung der Begründetheit der Schadensersatzklage die für die Schadensberechnung erforderlichen Daten noch nicht vorlägen. Folglich sei bei der Erhebung einer Schadensersatzklage die genaue Berechnung des behaupteten Schadens keine unabdingbare Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Klage.

88 Die Klägerin weist darauf hin, dass sie sich im Wege eines Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes um den Zuschlag für den fraglichen öffentlichen Auftrag bemüht und ihre Klage erhoben habe, als der Ausgang jenes Verfahrens noch offen gewesen sei. Sie habe deshalb in der Klageschrift vorläufig nur die Feststellung der Haftung der Kommission beantragt und sich das Recht vorbehalten, den entstandenen Schaden später zu beziffern. Außerdem sei offensichtlich, dass der behauptete Schaden unmittelbar und mit hinreichender Sicherheit bevorstehe, da feststehe, dass die Nichtausführung des fraglichen öffentlichen Auftrags ihren Umsatz verringere. Eine solche Verringerung wirke sich unbestreitbar nachteilig auf ihren Gewinn im maßgeblichen Rechnungsjahr aus. Im Übrigen werde nach belgischem Recht dieser Schaden pauschal auf 10 % des Betrags des betreffenden öffentlichen Auftrags veranschlagt. Die Klägerin legt auch einen Bericht ihres Wirtschaftsprüfers vor, in dem ihr Schaden mit 619 000 Euro angesetzt wird, und behält sich das Recht vor, diesen Schaden gegebenenfalls neu zu beziffern. Die Verteidigungsrechte der Kommission würden keineswegs verletzt, da diese jederzeit Verteidigungsmittel gegen die Schadensbezifferung durch die Klägerin vorbringen könne.

89 Die Kommission macht geltend, der Schadensersatzantrag sei unzulässig, da sich die Klägerin damit begnüge, beim Gericht die Feststellung des ihr angeblich durch das Verhalten der Kommission entstandenen Schadens zu beantragen, ohne diesen zu beziffern. Im Urteil vom 23. September 1994, An Taisce und WWF UK/Kommission (T-461/93, Slg. 1994, II-733, Randnrn. 42 und 43), habe das Gericht nämlich entschieden, dass ein solcher Antrag unzulässig sei.

90 Hilfsweise macht die Kommission geltend, der Schadensersatzantrag sei als unbegründet zurückzuweisen, da im vorliegenden Fall keine der drei nach der Rechtsprechung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sei.

Würdigung durch das Gericht

91 Nach ständiger Rechtsprechung hängt die Begründetheit einer Schadensersatzklage nach Art. 288 Abs. 2 EG von der Erfüllung mehrerer Voraussetzungen ab, nämlich von der Rechtswidrigkeit des den Organen vorgeworfenen Verhaltens, dem tatsächlichen Vorliegen eines Schadens und dem Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem behaupteten Verhalten und dem geltend gemachten Schaden (Urteil des Gerichtshofs vom 29. September 1982, Oleifici Mediterranei/EWG, 26/81, Slg. 1982, 3057, Randnr. 16, und Urteil des Gerichts vom 11. Juli 1996, International Procurement Services/Kommission, T-175/94, Slg. 1996, II-729, Randnr. 44). Liegt eine dieser Voraussetzungen nicht vor, so ist die Klage insgesamt abzuweisen, ohne dass die übrigen Voraussetzungen geprüft zu werden brauchten (Urteil des Gerichtshofs vom 15. September 1994, KYDEP/Rat und Kommission, C-146/91, Slg. 1994, I-4199, Randnrn. 19 und 81, und Urteil des Gerichts vom 20. Februar 2002, Förde-Reederei/Rat und Kommission, T-170/00, Slg. 2002, II-515, Randnr. 37).

92 Im vorliegenden Fall ist bereits bei der Prüfung des Nichtigkeitsantrags festgestellt worden, dass der angefochtenen Entscheidung nichts Rechtswidriges anhaftet.

93 Da die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit des der Kommission vorgeworfenen Verhaltens nicht erfüllt ist, ist der Schadensersatzantrag somit als unbegründet zurückzuweisen, wobei seine Zulässigkeit dahingestellt bleiben kann.

Kosten

94 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr entsprechend dem Antrag der Kommission die Kosten einschließlich der durch das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entstandenen Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Antwerpse Bouwwerken NV trägt die Kosten einschließlich der durch das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in der Rechtssache T-195/08 R entstandenen Kosten.

Vilaras Prek Ciucă

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 10. Dezember 2009.

Unterschriften