SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS G. FEDERICO MANCINI

vom 4. Februar 1986 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Mit Klageschrift, die am 29. September 1982 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, haben sich zwei französische Bauunternehmen, die Firma Développement SA und die Firma Clemessy (Klägerinnen), gegen das Vorgehen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gewandt, durch das ihnen die Zuteilung des Auftrags für den Bau des pharmazeutischen Instituts in Somalia entgangen sei. Sie verlangen Ersatz dieses Schadens. Demgemäß beantragen sie, die Kommission gemäß den Artikeln 178 und 215 Absatz 2 EWG-Vertrag zur Zahlung von 1 202 754 FF zu verurteilen.

Zum Sachverhalt. Im Rahmen der in dem ersten Abkommen von Lomé [28. Februar 1975 (ABl. L 25 vom 30. 1. 1976, S. 1)] vorgesehenen finanziellen Zusammenarbeit mit den AKP-Staaten verpflichtete sich die EWG, aus den Mitteln des Europäischen Entwicklungsfonds (EEF) ein Projekt zur Errichtung dieses Instituts zu finanzieren. Auf der Grundlage des entsprechenden Vertrags schrieb das somalische Ministerium für öffentliche Arbeiten am 12. Dezember 1979 die Auftragsvergabe aus. An dem Ausschreibungsverfahren nahmen fünf Unternehmen teil: Montitalia, Dravo Costruttori, General Impiant, L'Astaie und, gemeinsam mit der Klägerin Clemessy, die Klägerin Développement SA unter ihrer damaligen Bezeichnung Sopha Développement. Nach einem recht komplexen Verfahren, das sich über ein Jahr hingezogen hatte, teilte der nationale Anweisungsbefugte — in diesem Falle der somalische Minister für Planung — dem Beauftragten der Gemeinschaft in Mogadischu mit, der Auftrag sei an die Firma Dravo vergeben worden.

In der Klageschrift behaupten die Klägerinnen, die Kommission habe im Laufe des Verfahrens bei den somalischen Behörden wiederholt darauf hingewirkt, daß diese ihre ursprüngliche Entscheidung abänderten und die Arbeiten an die Firma Dravo anstelle der Sopha Développement vergaben.

Im einzelnen tragen sie vor: a) Diese Behörden hätten am 28. Juni 1980 das Angebot der Sopha förmlich angenommen, am 15. März 1981 jedoch die Ausschreibung aufgehoben und eine freihändige Vergabe an die drei Unternehmen, die die günstigsten Angebote gemacht hätten — Sopha, Dravo und Montitalia —, eingeleitet; b) diese Maßnahme sei in der Folge von Anweisungen der Gemeinschaftsbehörden und anhand eines von Professor Lhoest, dem vom nationalen Anweisungsbefugten mit der Beurteilung der Angebote der fünf Unternehmen beauftragten belgischen Sachverständigen, vorgelegten technischen Gutachtens getroffen worden; c) am 14. Mai 1981 sei der Auftrag erneut an Sopha vergeben worden, und zwar diesmal auf der Grundlage eines den Hinweisen des Sachverständigen entsprechenden Angebots; d) fünf Tage später habe der Beauftragte der EWG den zuständigen Minister schriftlich aufgefordert, das Inkrafttreten der Verfügung in Erwartung eines zweiten Berichts von Professor Lhoest auszusetzen. So seien dann drei Monate später die Arbeiten endgültig an die Dravo Costruttori vergeben worden.

* Aus dem Italienischen übersetzt.

2. Im Lichte dieser Tatsachen berufen sich die Klägerinnen auf die Haftung der Kommission, die sie zweimal um einen schon erreichten Erfolg gebracht habe, und verlangen Schadensersatz für ihre gesamten in dieser Angelegenheit in Europa und in Somalia entstandenen Kosten.

Mit am 6. Dezember 1982 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangenem Schriftsatz hat die Kommission die Einrede der Unzulässigkeit der Klage erhoben und gemäß Artikel 91 Absatz 1 der Verfahrensordnung beantragt, über diese Einrede vorab zu entscheiden, ohne in eine Untersuchung der Begründetheit einzutreten. Der Gerichtshof sei nämlich sowohl im Hinblick auf die für Ausschreibungsverfahren geltende Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Kommission, AKP-Staaten und betroffenen Unternehmen als auch auf die Bestimmungen über die Art der Beilegung der in diesem Bereich auftretenden Streitigkeiten unzuständig. Die Kommission weist außerdem auf die Subsidiarität der Klage nach den Artikeln 178 und 215 gegenüber den nach innerstaatlichem Recht vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten hin. Mit anderen Worten, die Klägerinnen hätten zunächst ein innerstaatliches Gericht anrufen müssen.

Nach der Erwiderung der Klägerinnen hat der Gerichtshof mit Beschluß vom 18. Mai 1983 entschieden, die Entscheidung über die Einrede dem Endurteil vorzubehalten. Die These der Kommission ist sowieso zu verwerfen. Bei der Prüfung einer in jeder Hinsicht identischen Einrede haben Sie nämlich vor einigen Monaten im Hinblick auf die Verfahren zur Durchführung von durch den EEF finanzierten Vorhaben folgendes entschieden: „Es läßt sich ... nicht ausschließen, daß ... durch Handlungen oder durch das Verhalten von Dienststellen ... der Kommission Dritte geschädigt werden. Wer immer sich insoweit verletzt fühlt, muß daher Klage erheben können, sofern er die haftungsbegründenden Voraussetzungen ... der Gemeinschaft ... darlegt." Sie haben hieraus geschlossen: „... die von der Kommission erhobene Einrede der Unzulässigkeit [ist] zurückzuweisen, soweit sie gegen die nach den Artikeln 178 und 215 Absatz 2 EWG-Vertrag anhängig gemachte Schadensersatzklage gerichtet ist" (Urteil vom 10. Juli 1985 in der Rechtssache 118/83, Muratori u. a./Kommission, Slg. 1985, 2325). Gleiches gilt also für den vorliegenden Fall.

3. Kommen wir zur Begründetheit. Die Klägerinnen machen eine Verschuldens-, hilfsweise eine verschuldensunabhängige Haftung der Kommission geltend. Für die erstere bringen sie vier Gründe vor. Die Kommission habe

1) das in Artikel 215 des zweiten Abkommens (richtig: Artikel 56 des ersten Abkommens) von Lomé niedergelegte Diskriminierungsverbot verletzt, wonach die Beteiligung an Ausschreibungen, Aufträgen und Verträgen allen natürlichen und juristischen Personen der Mitgliedstaaten und der AKP-Staaten zu gleichen Bedingungen offenstehe;

2) durch ihr Verhalten das berechtigte Vertrauen der Unternehmen verletzt;

3) mehrere Unregelmäßigkeiten veranlaßt, die das mit dem Erfolg der Dravo abgeschlossene Verfahren fehlerhaft machten;

4) Artikel 25 (richtig: 21) des Protokolls Nr. 2 des ersten Abkommens von Lomé verletzt, wonach das gewählte Angebot das wirtschaftlich günstigste sein müsse.

Aus praktischen Gründen möchte ich zunächst auf die zweite und die dritte Rüge eingehen. In ihnen werfen die Klägerinnen der Beklagten vor, sie nicht angemessen über die Verfahrensmodalitäten unterrichtet zu haben, die Entscheidungen über die Ernennung des Sachverständigen und die Aufhebung der Ausschreibung nicht begründet zu haben, ihnen die Einsichtnahme in ihre

Korrespondenz mit den somalischen Behörden verwehrt zu haben und ihnen die Gründe verschwiegen zu haben, aus denen Professor Lhoest in seinem ersten Bericht den Zeitplan für die freihändige Vergabe festgelegt habe.

Was ist zu diesen Argumenten zu sagen? Meines Erachtens beweisen sie nicht das Vorliegen eines rechtswidrigen Verhaltens der Kommission. Vielmehr wird mit ihnen die Rechtmäßigkeit des Ausschreibungsverfahrens und die Gültigkeit der entsprechenden Maßnahme bestritten. Wenn dies aber so ist, so ist der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bestimmt nicht zuständig zur Entscheidung über diesen Rechtsstreit. In dem Urteil Muratori wurde nämlich entschieden: „In diesem Bereich kann es ... [keine] anfechtbare Handlung [der Kommission] im Sinne von Artikel 173 EWG-Vertrag ... geben", und der Grund dafür ist offensichtlich. Die Vertreter der Kommission greifen in den Verfahren der Vergabe vom EEF finanzierter Aufträge nur ein, um festzustellen, ob die Voraussetzungen für eine Gemeinschaftsfinanzierung vorliegen. Mit anderen Worten, sie sollen nicht „den Grundsatz [berühren], daß die fraglichen Aufträge nationale Aufträge bleiben, für deren Vorbereitung, Aushandlung und Abschluß die AKP-Staaten ausschließlich zuständig sind". Demgemäß bleiben „die Bewerber um die ... fraglichen Aufträge ... außerhalb der ausschließlichen Beziehungen, die auf diesem Gebiet zwischen der Kommission und den AKP-Staaten bestehen" (Urteil vom 10. Juli 1984 in der Rechtssache 126/83, STS/Kommission, Slg. 1984, 2769).

Auch auf dem Gebiet der außervertraglichen Haftung sind die von den Klägerinnen erhobenen Vorwürfe — fehlende Begründung bestimmter Maßnahmen und fehlende Information über einige Verfahrensaspekte — jedenfalls nicht nur offensichtlich unbegründet, sondern den Vertretern der Gemeinschaft auch nicht zuzurechnen. Aus den Akten ergibt sich nämlich vor allem, daß die Berufung von Professor Lhoest am 3. Dezember 1980 durch den nationalen Anweisungsbefugten, also den somalischen Minister für Planung, auf der Grundlage einer ihm auf seine Anfrage von den Dienststellen der Kommission zur Verfügung gestellten Sachverständigenliste erfolgte. Gleiches gilt für die Entscheidungen, die Ausschreibung aufzuheben und die Verhandlungen mit den drei Unternehmen, die die günstigsten Angebote eingereicht hatten, frei einzuleiten. Auch diese wurden — gemäß Artikel 10 bzw. 53 der Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von öffentlichen Bau- und Lieferaufträgen, die vom Europäischen Entwicklungsfonds finanziert werden (ABl. L 39 vom 14. 2. 1972, S. 3) — von diesem Minister mit Schreiben vom 15. März 1981, das allen betroffenen Unternehmen ordnungsgemäß zugestellt wurde, getroffen. Die Unternehmen wurden darüber hinaus aufgefordert, die in dem Bericht des Sachverständigen aufgeworfenen Fragen zu beantworten und bis spätestens 30. April 1981 neue Angebote einzureichen.

Die der Kommission von den Klägerinnen vorgeworfenen Maßnahmen wurden also ausschließlich von den somalischen Behörden getroffen und außerdem ausführlich begründet, obwohl die Verwaltung gemäß Artikel 45 Absatz 4 der erwähnten Allgemeinen Vergabebestimmungen ausdrücklich nicht verpflichtet ist, ihren Beschluß über die Aufhebung einer Ausschreibung zu begründen. Die Forderung schließlich, den Schriftwechsel zwischen der Kommission und den ausschreibenden Stellen einzusehen, können die Klägerinnen selbst auf keinerlei Bestimmung stützen. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, worin die Kausalität zwischen der der Kommission vorgeworfenen Unterlassung und der Erfolglosigkeit der Klägerinnen in dem Ausschreibungsverfahren bestehen könnte.

Was schließlich die unzureichenden Informationen über die Verfahrensmodalitäten betrifft, erinnere ich daran, daß gemäß Artikel 30 Absatz 2 des Protokolls Nr. 2 zum ersten Abkommen von Lomé die Durchführung von Ausschreibungen und die Organisation der Vorbereitung, der Vorlage und der Prüfung der Vorhaben keine Aufgaben der Kommission, sondern solche des nationalen Anweisungsbefugten sind. Die beiden untersuchten Rügen sind demgemäß zu verwerfen.

4. Kommen wir zu der ersten und zur vierten Rüge. Sie werden hauptsächlich auf die Behauptung gestützt, daß die ausschreibenden Behörden die Sopha Développement zweimal — am 28. Juni 1980 und am 14. Mai 1981 — zum Auftragnehmer erklärt hätten. Die Kommission habe systematisch die Angemessenheit und die Qualität des von diesem Unternehmen eingereichten Angebots kritisiert, ohne allerdings die Gründe für ihre Kritik offenzulegen, und damit diese Behörden zur Änderung ihrer Entscheidung veranlaßt. Sie habe so das Konkurrenzunternehmen begünstigt, das schließlich den Auftrag erhalten habe. Ein solches Verhalten verstoße aber gegen Artikel 56 Absatz 1 des ersten Abkommens von Lomé, der den Grundsatz gleicher Bedingungen für die Unternehmen aufstelle, die sich an den Ausschreibungen von Vorhaben, die vom EEF finanziert würden, beteiligten. Außerdem werde Artikel 21 des Protokolls Nr. 2 zu diesem Abkommen verletzt, wonach das wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt werden müsse.

Ich halte dieses Argument von seiner Prämisse her für fehlerhaft: Es trifft nämlich nicht zu, daß der Sopha Développement der Zuschlag für den Auftrag erteilt wurde. Bei den Maßnahmen, auf die die Klägerinnen die entgegengesetzte Annahme stützen, handelt es sich nämlich nicht um den förmlichen Vorschlag für die Zuschlagserteilung — der gemäß Artikel 30 Absätze 2 und 3 des Protokolls Nr. 2 nur vom nationalen Anweisungsbefugten abgegeben werden kann —, sondern um einfache *Stellungnahmen* des somalischen Technischen Ausschusses, einer beratenden Stelle, die beim dortigen Ministerium für öffentliche Arbeiten tätig ist. Und noch etwas: Bei keiner der beiden Gelegenheiten erhielt die Sopha den eingeschriebenen Brief, durch den die Verwaltung den von ihr ausgewählten Bieter unterrichtet (Artikel 45 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Allgemeinen Vergabebestimmungen).

Was die Kommission betrifft, verweise ich auf die Artikel 18 und 21 des Protokolls Nr. 2: Sie hat danach im Interesse einer ordnungsgemäßen Verwaltung der Gemeinschaftsmittel nicht nur das Recht, sondern auch die *Pflicht*, dafür Sorge zu tragen, daß die nationalen Verfahren so durchgeführt werden, daß schließlich das wirtschaftlich günstigste Angebot ausgewählt wird, „wobei insbesondere die von den Bietern gebotenen Qualifikationen und Garantien, die Art der Arbeiten oder Lieferungen und die Bedingungen für ihre Durchführung, die Preise der Leistungen, die Kosten der Nutzung und der technische Wert berücksichtigt werden". Den Akten zufolge ist sie dieser Verpflichtung ordnungsgemäß nachgekommen: Die Maßnahmen der Gemeinschaftsbeamten haben nicht etwa einen der Bieter benachteiligt oder bevorzugt, sondern dazu beigetragen, die zahlreichen Unklarheiten und Lücken in den ersten den somalischen Behörden unterbreiteten Angeboten zu beseitigen, wodurch diese in den Stand gesetzt wurden, aufgrund des (hier nicht überprüfbaren) abschließenden Berichts des Sachverständigen das beste Angebot auszuwählen.

Wie schon erwähnt, beantragen die Klägerinnen hilfsweise, die verschuldensunabhängige Haftung der Kommission festzustellen, wobei sie sich auf den Schutz des Eigentums, wie er in der deutschen Rechtsordnung ausgestaltet ist, und auf den Schutz

der Bürger vor rechtmäßigen schadensverursachenden Akten der öffentlichen Verwaltung gemäß den von der französischen Rechtsprechung entwickelten Kriterien berufen. Hier müßten wir uns fragen, ob diese Grundsätze Teil der den Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsordnung sind. Meines Erachtens ist dies jedoch nicht der Mühe wert. Um das Argument der Klägerinnen zu entkräften, genügt es nämlich festzustellen, daß die Sopha Développement durch keine der Maßnahmen der somalischen Behörden oder der Kommission als ausgewählter Bieter anerkannt wurde. Die Tatsache jedoch, daß die Klägerinnen Auslagen für die Teilnahme an der Ausschreibung hatten, die sie endgültig zu tragen haben, verletzt weder ihr Eigentum noch ihre Rechtsstellung, als der Verwaltungstätigkeit Unterworfene. Die Möglichkeit, an einer Ausschreibung teilzunehmen, beinhaltet ja selbstverständlich nicht die Gewißheit, den Auftrag zu erhalten.

Da das Verhalten der Kommission nicht als rechtswidrig anzusehen ist, halte ich es für überflüssig, den die Höhe des Schadens betreffenden Teil der Klage zu untersuchen. Die Klage ist insgesamt unbegründet.

5. Ich beantrage demgemäß, die am 29. September 1982 von den Klägerinnen eingereichte Klage für zulässig zu erklären, sie aber als unbegründet abzuweisen. Gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung sind die Klägerinnen zur Tragung der Kosten des Verfahrens zu verurteilen.