

2. Die Klägerin wird verurteilt, die Kosten mit Ausnahme derjenigen zu tragen, die durch die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung verursacht worden sind; diese werden der Kommission auferlegt.

Kutscher Mertens De Wilmars Mackenzie Stuart Donner Pescatore
Sørensen O'Keeffe Bosco Touffait

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 23. November 1978.

Für den Kanzler
Der Hilfskanzler
J. Pompe

Für den Präsidenten
Der Präsident der Ersten Kammer
J. Mertens de Wilmars

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL
VOM 11. OKTOBER 1978

*Herr Präsident
meine Herren Richter!*

Lassen Sie mich zum *Sachverhalt* des Verfahrens, mit dem wir uns heute zu beschäftigen haben, folgendes vorausschicken:

Die Klägerin, die Gesellschaft belgischen Rechts Agence européenne d'Interims SA (AEI), hatte seit dem 31. Juli 1970 in Ausführung von Rahmenverträgen der Kommission in Brüssel „personnel intérimaire“ zur Verfügung gestellt. Nachdem die Beklagte im November 1976 beschlossen hatte, den Vertrag mit der Klägerin nach seinem Ablauf am 19. März 1977 nicht mehr zu verlängern, veranstaltete sie am 7. Dezember 1976 eine beschränkte Ausschreibung im Leistungswettbewerb im Sinne des Artikels 59 Absatz 2 der Haushaltsordnung vom 25. April 1973 (ABl. L 116 vom 1. Mai 1973, S 1), der folgenden Wortlaut hat:

„Bei Vergabe im Leistungswettbewerb wird der Vertrag zwischen den Vertragsparteien nach einer Ausschreibung zur Teilnahme an einem Wettbewerb abgeschlossen. Hierbei kann das Angebot frei gewählt werden, das hinsichtlich des Preises der Leistungen, der sich aus diesen ergebenden Betriebskosten, ihres technischen Werts und ihrer Ausführungsfrist sowie der von jedem Bieter gebotenen fachlichen und finanziellen Sicherheiten als am vorteilhaftesten befunden wird.

Die Vergabe im Leistungswettbewerb ist dann öffentlich, wenn sie mit einer allgemeinen Ausschreibung zur Teilnahme am Wettbewerb verbunden ist; sie gilt als beschränkt, wenn sich die Ausschreibung nur an die Bewerber wendet, deren Beteiligung aufgrund der besonderen Qualifikation beschlossen worden ist.“

Zur Teilnahme an diesem Ausschreibungsverfahren wurde auch die Klägerin eingeladen. Über Inhalt und Text der Ausschreibung sowie über das einzuhaltende Verfahren hatte die Beklagte vorher die — nicht obligatorische — Stellungnahme des Vergabebeirats eingeholt.

Die Klägerin reichte mit achtzehn anderen Bietern ihr Angebot ein. Die Angebote wurden, wie in Artikel 62 der Haushaltsordnung vorgesehen, dem Vergabebeirat zur Stellungnahme vorgelegt. Dieser sprach sich am 25. Februar 1977 für den Abschluß eines Vertrages über die Zurverfügungstellung von „personnel intérimaire“ mit der Firma Randstad SA aus, wobei er sich zur Begründung nicht nur auf die seiner Ansicht nach unter Berücksichtigung aller Umstände günstigsten Preise, sondern auch darauf berief, daß die dem Personal tatsächlich bezahlten Gehälter, verglichen mit den von der Kommission bezahlten Gehältern, zu den höchsten gehörten, daß das bisher gelegentlich von der Firma Randstad bestellte Personal immer den gestellten Anforderungen voll entsprochen und diese Firma das in sie gesetzte Vertrauen immer verdient habe.

Die Beklagte erteilte daraufhin der Firma Randstad SA den Zuschlag und verständigte die übrigen Bieter, darunter auch die Klägerin, davon, daß ihr Angebot nicht angenommen worden sei. In der Folgezeit bot die Mehrzahl der „intérimaires“ der Klägerin ihre Dienste der Firma Randstad SA an, die sie auch tatsächlich einstellte.

Mit der Begründung, die Kommission habe die Entscheidung, mit der sie das Angebot der Klägerin zurückgewiesen habe, nicht ordnungsgemäß begründet, sie habe ferner die Vorschriften der Haushaltsordnung und der Ausführungsvorschriften dazu verletzt und schließlich ihr Ermessen mißbraucht, indem sie beim Zuschlag die Firma Randstad SA aus sachfremden Erwägungen bevorzugt habe, fordert AEI mit der am 3. Mai 1977 erhobenen Klage die Aufhebung

der ihr Angebot zurückweisenden Entscheidung sowie die Verurteilung der Kommission zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 26,6 Millionen BFR.

Die Kommission beantragt Abweisung der Klage, da der Zuschlag in einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren unter Beachtung der einschlägigen Vorschriften und in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens erteilt worden sei.

Die Firma Randstad SA ist dem Verfahren als Intervenientin auf seiten der Beklagten beigetreten.

A — Zulässigkeit der Klage

Die Zulässigkeit der Klage, die einerseits auf die Aufhebung einer Entscheidung der Kommission in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags, andererseits auf Verurteilung der Kommission zur Zahlung von Schadensersatz abzielt, ist von der Beklagten bereits in ihrer Klageerwiderung ausdrücklich nicht in Frage gestellt worden. Da aber die Zulässigkeit der Klage in der mündlichen Verhandlung vom 15. Juni 1978 auf ausdrücklichen Wunsch des Gerichtshofes nochmals erörtert, wenn auch von beiden Parteien bejaht worden ist, möchte auch ich auf diese Frage ausführlicher eingehen.

I — Was die *Anfechtbarkeit von Maßnahmen im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge* anbelangt, so ist nicht in allen Mitgliedstaaten ein Rechtsweg gegen solche Maßnahmen eröffnet. Während in einigen Mitgliedstaaten — so in der Bundesrepublik Deutschland und in den Niederlanden — keine Rechtsmittel gegen derartige Maßnahmen zu Gebote stehen, ist in mehreren anderen Staaten — so in Frankreich, Belgien, Luxemburg und Italien — die gerichtliche Nachprüfung bestimmter Entscheidungen im öffentlichen Vergabeverfahren zugelassen. Allerdings sind dort nicht alle beliebigen Maßnahmen anfechtbar, sondern nur bestimmte Entscheidungen bei der Vorbereitung der Vergabe

(Wahl der Vergabeart, Auswahl der Bieter) sowie die Zuschlagserteilung, also die Vergabeentscheidung selbst (vgl. dazu im einzelnen Schmitz, Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt, 1972, S. 152 ff.).

In den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Organe der Gemeinschaften, die sich zum Teil sehr eng an das französische Recht anlehnen — so entspricht beispielsweise der in der vorliegenden Rechtssache einschlägige Artikel 59 Absatz 2 der Haushaltsordnung von 1973 fast wörtlich dem Artikel 97 Absatz 1 des französischen Code des marchés publics von 1964 —, ist die Frage des Rechtswegs nicht ausdrücklich geregelt. Allerdings hat der Gerichtshof in der Rechtssache 23/76, in der ein erfolgloser Bieter die Ablehnung seines Angebots und die Zuschlagserteilung an einen Mitbieter angefochten hatte, die Begründetheit des entsprechenden Anfechtungsantrags geprüft und verneint, zur Zulässigkeit der Anfechtungsklage jedoch nicht ausdrücklich Stellung genommen (Urteil vom 7. Dezember 1976 — Pellegrini —, Slg. 1976, 1807). Der Gerichtshof hat aber meines Erachtens damit, daß er prüfte, ob der Antrag begründet war, anerkannt, daß die Anfechtungsklage zulässig war. Dies muß um so mehr gelten, als Generalanwalt Mayras in seinen Schlußanträgen in dieser Sache die Frage der Zulässigkeit der Klage nach Artikel 146 des Euratom-Vertrags, der Artikel 173 des EWG-Vertrags entspricht, ausführlich untersucht und bejaht hat. Er übertrug hierbei die für das französische Recht der öffentlichen Aufträge entwickelte Lehre von der Anfechtbarkeit des Zuschlags als eines „*acte détachable*“ — die der deutschen Zweistufentheorie im Recht der Subventionen ähnelt — auf das Gemeinschaftsrecht und zog ferner eine Parallele zum Auswahlverfahren zur Besetzung einer freien Planstelle.

Ich möchte mich auch für den vorliegenden Fall der von Generalanwalt Mayras in der Sache Pellegrini vertretenen Auf-

fassung in vollem Umfang anschließen. Die Kommission hat im Rahmen eines Vergabeverfahrens im Leistungswettbewerb gemäß Artikel 59 Absatz 2 der Haushaltsordnung von 1973 der Firma Randstad den Zuschlag erteilt. Dieser Zuschlag ist eine Entscheidung der Kommission, die unter den Voraussetzungen des Artikels 173 Absatz 2 des EWG-Vertrags auch von natürlichen oder juristischen Personen wie der Klägerin angefochten werden kann. Daß sich der Zuschlag nur an die Firma Randstad und nicht an die Mitbieter wie die Klägerin richtete, spielt nach Artikel 173 Absatz 2 des EWG-Vertrags keine Rolle, da diejenigen, deren Angebote beim Zuschlag nicht berücksichtigt wurden, von dieser Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen wurden. Denn mit dem Zuschlag an einen Bieter waren die übrigen Angebote abgelehnt, und die nicht berücksichtigten Bieter waren auch individuell genau bestimmbar.

Nun hat die Klägerin im vorliegenden Verfahren beantragt, eine „Entscheidung“ der beklagten Kommission vom 1. März 1977 aufzuheben, mit der diese das in einem Leistungswettbewerb nach Artikel 59 Absatz 2 der seinerzeit geltenden Haushaltsordnung abgegebene Angebot der Klägerin „zurückgewiesen“ hat.

1. Bedenken gegen die Zulässigkeit der Anfechtungsklage könnten sich somit daraus ergeben, daß die Klägerin lediglich beantragt, die Zurückweisung ihres Angebots aufzuheben. Es ist fraglich, ob in dieser „Zurückweisung“ — also in Wahrheit in der bloßen Nichtannahme — des Angebots eine isoliert anfechtbare „Entscheidung“ der Beklagten gesehen werden kann. Kommt es aufgrund eines Leistungswettbewerbs nach Artikel 59 Absatz 2 der Haushaltsordnung zum Abschluß eines Vertrages mit einem der Bieter, so ist — wie sich aus dem Wortlaut und dem Zweck der genannten Vorschrift ergibt — die einzige Maßnahme, die sich als unmittelbare Regelung mit Außenwirkung darstellt, die dem Ver-

tragsabschluß vorausgehende Entscheidung der Verwaltung, nämlich die Zuschlagserteilung. Die Nichtannahme der übrigen Angebote ist lediglich ein notwendiger Reflex dieser Entscheidung, nicht aber eine selbständige — und selbständig anfechtbare — Maßnahme. Die Klägerin muß also die Aufhebung des Zuschlags erreichen, um so die Grundlage der von ihr angefochtenen „Zurückweisung“ ihres Angebots zu beseitigen. Dies wird durch eine gemeinschaftsrechtliche und eine rechtsvergleichende Parallele deutlich. In seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Pellegrini hat Generalanwalt Mayras auf die Ähnlichkeit hingewiesen, die zwischen dem Ausschreibungsverfahren im Leistungswettbewerb und dem Auswahlverfahren zur Besetzung einer freien Planstelle besteht (Slg. 1976, 1827 ff.). Ebenso wie ein nicht ernannter Bewerber im Auswahlverfahren, der geltend machen will, nicht der tatsächlich Ernannte, sondern er hätte ernannt werden müssen, nicht seine Nichternennung anfechten kann, sondern die Ernennung des erfolgreichen Kandidaten anfechten muß, muß auch der im Ausschreibungsverfahren nicht berücksichtigte Bieter, der geltend machen will, daß sein Angebot hätte angenommen werden müssen, die Zuschlagserteilung selbst anfechten. Soweit ferner nach innerstaatlichem Recht Rechtsmittel im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge gegeben sind und nicht lediglich die Vorbereitung der Vergabe angegriffen wird, ist Gegenstand der Anfechtung immer die Zuschlagserteilung selbst (vgl. Hainaut und Joliet, *Le contrat de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, Band 1, 1962, S. 229 ff., 236 ff.; Band 2, 1963, S. 52 ff., 168 ff.; Schmitz, a.a.O., S. 152 ff.).

2. Daß dies auch das eigentliche Rechtsschutzziel der vorliegenden Klage ist, folgt aus der Klagebegründung. Dort wird deutlich, daß sich die Klägerin in Wahrheit gegen den Zuschlag an die Intervenientin wendet. Sie macht geltend,

der Zuschlag hätte nicht der Intervenientin erteilt werden dürfen, sondern hätte ihr, der Klägerin, erteilt werden müssen, weil ihr Angebot, nicht aber das der Intervenientin, das „vorteilhafteste“ gewesen sei.

Die Klage muß also gegen die Zuschlagserteilung gerichtet verstanden und der Antrag in diesem Sinne ausgelegt werden. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Auslegung der Klageanträge (vgl. die Kommentierung von *Wolf* zu Artikel 38 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes, Anmerkung 1 d), im Handbuch der Europäischen Wirtschaft unter I A 63) deckt wohl auch diesen Fall, zumal der Gerichtshof anderenfalls im Laufe des Verfahrens einen entsprechenden Hinweis hätte geben können und müssen.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die Anfechtungsklage gegen den Zuschlag zulässig ist.

II — Die Klägerin beantragt ferner, die Beklagte zur Zahlung von *Schadenersatz* in Höhe von 26 600 000 BFR zu verurteilen. Sie leitet diesen Anspruch, wie sich aus der Klageschrift und den Ausführungen ihres Vertreters in der ersten mündlichen Verhandlung ergibt, aus einer fehlerhaften Amtshandlung der Beklagten her, die in der rechtswidrigen Zurückweisung des Angebots der Klägerin und der rechtswidrigen Erteilung des Zuschlags an die Intervenientin bestehen soll. Geltend gemacht wird damit ein Anspruch, der sich auf die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft für den durch ihre Organe in Ausübung ihrer Amtstätigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens verursachten Schadens stützt. Für derartige Klagen ist der Gerichtshof gemäß Artikel 178 EWG-Vertrag zuständig. Der Anspruch ist beziffert und auch hinreichend substantiiert. Die Klage ist damit meines Erachtens auch insoweit zulässig.

B — Begründetheit der Klage

Die Prüfung der Frage, ob die Klage begründet ist, kann ich zunächst auf die An-

fechtungsklage gegen den Zuschlag an die Intervenientin beschränken. Denn wenn sich diese als unbegründet erweisen sollte, scheiterte die Schadensersatzklage schon daran, daß es an einem rechtswidrigen Handeln der Beklagten fehlte.

Lassen Sie mich zur Anfechtungsklage einige grundsätzliche Erwägungen voranstellen.

Der Zuschlag wurde der Intervenientin in einem Vergabeverfahren nach Artikel 59 Absatz 2 der Haushaltsordnung erteilt. Diese Vorschrift räumt der Kommission, wie insbesondere Satz 2 der bereits eingangs zitierten Bestimmung zeigt, einen sehr weiten Ermessensspielraum ein. Die Kommission kann bei ihrer Entscheidung, welchem Angebot sie den Zuschlag erteilen will, das Angebot frei auswählen, das ihr hinsichtlich des Preises der Leistungen, der Betriebskosten, der gebotenen fachlichen und finanziellen Sicherheiten als *das vorteilhafteste* (la plus intéressante) erscheint. Allein diese Bestimmung zeigt schon, daß der von der Klägerin so sehr in den Vordergrund gestellte Preis für sich allein gar nicht entscheidend sein kann, sondern daß es im Ermessen der Kommission liegt, unter Abwägung aller für sie entscheidenden Kriterien den Zuschlag zu erteilen. Es kann also auch keinesfalls Sache des die Zuschlagsentscheidung prüfenden Gerichtshofes sein, umfangreiches und für ihn kaum klar überschaubares Rechenwerk miteinander zu vergleichen und gegeneinander abzuwägen. Keinesfalls darf das Ermessen der Kommission durch das Ermessen des Gerichtshofes ersetzt werden. Gegenstand der Nachprüfung durch den Gerichtshof kann nur die Frage sein, ob ein Ermessensmißbrauch vorliegt. In der bereits oben zitierten Rechtssache Pellegrini hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 7. Dezember 1976 diese Frage auf die kurze Formel gebracht, daß ein Ermessensmißbrauch nur angenommen werden könnte, wenn nachgewiesen wäre, daß die Gründe für die Wahl der Kommission nicht im dienstlichen Interesse gelegen hätten (vgl. Slg. 1976, 1820, Randzahl 26/30).

Im übrigen — und damit möchte ich meine grundsätzlichen Erwägungen abschließen — ist für jede Nachprüfung der Zeitpunkt maßgebend, zu dem der Zuschlag erteilt wurde. *Damals* mußte die Kommission der Meinung sein dürfen, daß das von ihr ausgewählte Angebot das vorteilhafteste sei.

Betrachtet man nun die Zuschlagserteilung im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung der vorstehend entwickelten Grundsätze, so steht meines Erachtens außer Zweifel, daß die Anfechtungsklage unbegründet ist.

Soweit die Klägerin geltend macht, die Entscheidung der Beklagten entbehre der erforderlichen Begründung, bezieht sich dieser Vorwurf auf die Mitteilung, daß das Angebot der Klägerin nicht berücksichtigt worden sei, die als bloßer Reflex der Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter keiner besonderen Begründung bedarf.

Soweit die Klägerin eine Verletzung des Artikels 59 Absatz 2 der Haushaltsordnung rügt, macht sie im Ergebnis nichts anderes als einen Ermessensmißbrauch geltend, der weiter unten abzuhandeln sein wird. Die weiter angegriffene Verletzung des Artikels 61 Absatz 2 der Ausführungsverordnung zur Haushaltsordnung, die darin bestehen soll, daß das Angebot der Intervenientin hätte zurückgewiesen werden müssen, weil es nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprochen habe, konnte von der Klägerin nicht bewiesen werden.

Ein Ermessensmißbrauch, den die Klägerin in der Hauptsache rügt, lag nach meiner Überzeugung nicht vor. Die Beklagte hatte vor Erteilung des Zuschlags die vorgeschriebene Stellungnahme des Vergabebeirats eingeholt, der sich aus einer Reihe von Gründen für den Vertragsabschluß mit der Intervenientin aussprach. Die Beklagte konnte also schon nach diesem Gutachten ohne Ermessensmißbrauch den Zuschlag der Nebenintervenientin erteilen. Sie hat aber auch in allen ihren Schriftsätzen und nicht zuletzt

zusammenfassend in der letzten mündlichen Verhandlung vorgetragen, daß für ihre Entscheidung neben dem Preis noch eine Reihe anderer Gesichtspunkte maßgebend war. Die Klägerin konnte meines Erachtens nicht überzeugend nachweisen, daß die Beklagte zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung nicht guten Gewissens der Meinung sein konnte, das Angebot der Firma Randstad SA sei für sie das vorteilhafteste.

Die Anfechtungsklage gegen den Zuschlag ist somit unbegründet, womit auch der Schadensersatzklage der Rechtsgrund entzogen ist. Inwieweit die Klägerin ihre Behauptung, die Kommission habe durch einige ihrer Beamten aktiv

daran mitgewirkt, daß ein großer Teil der bisher durch die Klägerin vermittelten Bediensteten in den Dienst der Intervenientin übergetreten sei, als selbständige und von dem Bestand des Zuschlags unabhängige Begründung für ihre Schadensersatzklage verwenden wollte, ist aus dem insoweit unterschiedlichen Vortrag im schriftlichen Verfahren und in der mündlichen Verhandlung nicht ganz klargeworden. Daß Beamte der Beklagten hierbei rechtswidrig tätig geworden seien, ist aber nicht ausreichend substantiiert vorgetragen, geschweige denn bewiesen worden, um eine Amtshaftung der Kommission zu begründen.

Ich schlage daher vor, die Klage abzuweisen und der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.