

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
GIUSEPPE TESAURO  
vom 30. Januar 1997 \*

1. Mit dem vorliegenden Rechtsmittel beantragt die Geotronics SA (Klägerin) die Aufhebung des Urteils des Gerichts erster Instanz vom 26. Oktober 1995<sup>1</sup>. Mit diesem Urteil hat das Gericht eine Klage der Klägerin abgewiesen, mit der die Nichtigkeitserklärung der Entscheidung der Kommission vom 10. März 1994, mit der ein von der Klägerin im Rahmen einer vom PHARE-Programm finanzierten Ausschreibung abgegebenes Angebot abgelehnt worden war, sowie die Verurteilung zum Ersatz des ihr durch die Entscheidung angeblich entstandenen Schadens beantragt worden war.

Das Gericht hat, genauer gesagt, die Klage auf Nichtigkeitserklärung des umstrittenen Aktes als unzulässig und die Schadensersatzklage als unbegründet abgewiesen. Mit ihrem Rechtsmittel wendet sich die Klägerin gegen die Entscheidung über ihre Nichtigkeitsklage; hilfswise wiederholt sie ihren gegen die Kommission gerichteten Antrag auf Schadensersatz.

Sachverhalt

2. Am 9. Juli 1993 gaben die Kommission „im Namen der rumänischen Regierung“

und das rumänische Ministerium für Landwirtschaft und Nahrungsmittelindustrie gemeinsam im Rahmen des PHARE-Programms<sup>2</sup>, eine beschränkte Ausschreibung der Lieferung von elektronischen Tachymetern an das genannte Ministerium bekannt, die im Rahmen des Agrarreformprogramms in Rumänien verwendet werden sollten. Die Durchführung der Ausschreibung auf nationaler Ebene wurde dem „EC/PHARE-Programme Management Unit Bucharest“ (im folgenden: PMU-Bucharest) übertragen.

Gemäß den Ausschreibungsbedingungen mußten die zu liefernden Geräte aus Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft oder einem der Staaten stammen, die durch das PHARE-Programm unterstützt werden<sup>3</sup>.

\* Originalsprache: Italienisch.

1 — Rechtssache T-185/94 (Geotronics/Kommission, Slg. 1995, II-2795).

2 — Das PHARE-Programm, das auf der Verordnung (EWG) Nr. 3906/89 des Rates vom 18. Dezember 1989 (ABl. L 375, S. 11; Grundverordnung) beruht, faßt die Wirtschaftshilfe zusammen, die die Europäische Gemeinschaft in Mittel- und Osteuropäischen Ländern zur Finanzierung des dortigen wirtschaftlichen und sozialen Reformprozesses gewährt. Ursprünglich auf die Republik Ungarn und die Volksrepublik Polen beschränkt, wurde es nach und nach auf andere Mittel- und Osteuropäische Länder ausgedehnt (Verordnungen [EWG] des Rates Nr. 2698/90 vom 17. September 1990, ABl. L 257, S. 1, Nr. 3800/91 vom 23. Dezember 1991, ABl. L 357, S. 10, und Nr. 2334/92 vom 7. August 1992, ABl. L 227, S. 1).

3 — Siehe Punkt 1 Buchstabe A der Ausschreibungsbedingungen („Hinweise für die Teilnehmer“).

3. Am 16. Juli 1993 legte die Klägerin, eine Gesellschaft französischen Rechts, deren Anteile zu 100 % von der schwedischen Gesellschaft Geotronics AB gehalten werden, ein Angebot für die Lieferung von Geräten des geforderten Typs vor. Am 18. Oktober 1993 teilte die PMU-Bucharest der Klägerin mit, ihr Angebot sei günstig aufgenommen worden; der für den Vertragsschluß zuständigen Behörde werde ein Liefervertrag zur Billigung vorgelegt.

Am 19. November 1993 unterrichtete die Kommission die Klägerin darüber, daß sie Zweifel bezüglich des Ursprungs der angebotenen Erzeugnisse habe, und verlangte hierzu nähere Auskünfte; mit Schreiben vom 14. Dezember 1993 antwortete diese, die in Rede stehenden Tachymeter seien im Vereinigten Königreich hergestellt worden.

4. Am 2. März 1994 teilte die Klägerin der Kommission mit, sie habe erfahren, ihr Angebot sei abgelehnt worden, weil die angebotenen Geräte aus Schweden stammten. Sie schlug dessenungeachtet der Kommission vor, die Ausschreibung wieder zu eröffnen; ihrer Auffassung nach habe nämlich das Inkrafttreten des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum<sup>4</sup> (EWR-Abkommen) am 1. Januar 1994 die Kriterien für den Ursprung der Waren wesentlich geändert, indem es Waren aus den dem EWR-Abkommen beigetretenen Staaten den aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft stammenden Waren gleichgestellt habe.

Mit Telefax vom 10. März 1994 teilte die Kommission der Klägerin mit, sie habe deren Angebot wegen des Ursprungs der angebotenen Erzeugnisse, die, wie sich herausgestellt habe, aus Schweden stammten, abgelehnt. Am Tag darauf unterrichtete die Kommission PMU-Bucharest darüber, daß von den beiden eingegangenen Angeboten lediglich dasjenige eines deutschen Unternehmens (eines Konkurrenten der Klägerin) die Ausschreibungsbedingungen erfülle, und forderte die rumänische Behörde auf, zum Zweck des Vertragsschlusses mit diesem Unternehmen Kontakt aufzunehmen.

5. PMU-Bucharest schloß den Vertrag mit dem genannten Unternehmen und unterrichtete die Kommission und Geotronics hierüber am 17. Mai 1994. Der Klägerin legte sie dar, sie könne ihr den Zuschlag nicht erteilen, da ihr Angebot die Ausschreibungsbedingungen nicht erfülle.

Zwischenzeitlich hatte die Klägerin am 29. April 1994 Klage beim Gericht Erster Instanz mit dem Antrag erhoben, die Entscheidung der Kommission vom 10. März 1994 aufzuheben und die Kommission zum Ersatz des ihr durch deren Verhalten entstandenen Schadens zu verurteilen.

#### Das Urteil des Gerichts

6. Mit dem Urteil, gegen das sich das vorliegende Rechtsmittel richtet, hat das Gericht, wie dargelegt, die Klage in vollem Umfang teils als unzulässig, teils als unbegründet abgewiesen.

4 — ABl. 1994, L 1, S. 3.

In erster Linie hat das Gericht die Nichtigkeitsklage mit der Begründung abgewiesen, das Schreiben der Kommission vom 10. März 1994 könne nicht als eine Handlung angesehen werden, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugt habe, welche die Rechtsstellung der Klägerin beeinträchtigen könnten.

7. Zu diesem Ergebnis ist das Gericht vor allem aufgrund der Erwägung gelangt, daß das PHARE-Programm aus dem Gesamthaushalt der Europäischen Union finanziert werde und daß die Aufträge gemäß der Haushaltsordnung vom 21. Dezember 1977 erteilt würden<sup>5</sup>. Im Anschluß hieran hat das Gericht die Zuständigkeiten beschrieben, die die entsprechenden Bestimmungen der Haushaltsordnung in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 610/90<sup>6</sup> jeweils der Kommission und den durch die Hilfe begünstigten Staaten verleihen: Nach diesen Normen verbleibe die Befugnis, den Auftrag zu vergeben, bei dem durch das PHARE-Programm begünstigten Staat, während die mit der Verwaltung der Hilfe betraute Kommission die Kredite gewähre und dafür Sorge, daß die Ausschreibungen unter gleichen Bedingungen und in wirtschaftlicher Weise durchgeführt würden. Es sei Sache des Staates, die Ausschreibung zu veranstalten, die Angebote entgegenzunehmen und zu sichten, die Ergebnisse festzustellen und vor allem die Verträge über die Aufträge, die Zusatzklauseln und die Kostenvoranschläge zu unterzeichnen. Insoweit hätte es, wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung selbst eingeräumt habe, der rumänischen Regierung trotz der Weigerung der Kommission, dem Angebot der Klägerin die Vergün-

stigung der Gemeinschaftshilfe zukommen zu lassen, freigestanden, der Klägerin den in Rede stehenden Auftrag zu erteilen<sup>7</sup>.

Unter diesen Umständen seien die von PHARE finanzierten Aufträge als nationale Aufträge anzusehen, die lediglich den begünstigten Staat und den Wirtschaftsteilnehmer bänden, wohingegen zwischen den Bietern und der Kommission keine rechtlich bindende Beziehung entstehe; diese beschränke sich darauf, im Namen der Gemeinschaft lediglich die Finanzierungsentscheidungen zu treffen, die grundsätzlich ohne Einfluß auf die Wahl des Vertragspartners bleiben könnten<sup>8</sup>. Das Gericht stützt dieses Ergebnis auf die analoge Anwendung der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Vergabe von durch den europäischen Entwicklungsfonds (im folgenden: EEF) finanzierten Aufträgen<sup>9</sup>.

8. Anschließend hat sich das Gericht mit dem Antrag der Klägerin auf Ersatz des

7 — Urteil Geotronics, Randnrn. 27 bis 30.

8 — Urteil Geotronics, Randnrn. 31 und 32.

9 — Urteile vom 10. Juli 1984 in der Rechtssache 126/83 (STS/Kommission, Slg. 1984, 2769, Randnrn. 18 und 19), vom 10. Juli 1985 in der Rechtssache 118/83 (CMC/Kommission, Slg. 1985, 2325, Randnrn. 28 und 29), vom 14. Januar 1993 in der Rechtssache C-257/90 (Italsolar/Kommission, Slg. 1993, I-9, Randnrn. 22 und 26) und vom 29. April 1993 in der Rechtssache C-182/91 (Forafrique Burkinabe/Kommission, Slg. 1993, I-2161, Randnrn. 23 und 24). In diesen Entscheidungen hat der Gerichtshof klargestellt, daß die vom EEF gemäß dem Abkommen zwischen den Staaten in Afrika, im karibischen Raum und im pazifischen Ozean und den Europäischen Gemeinschaften (AKP—EWG) in dessen jeweils anwendbaren Fassungen (der zweiten, der dritten und der ersten) finanzierten Aufträge nationale Aufträge bleiben, für deren Abschluß nur die Vertreter der begünstigten Staaten zuständig sind, während die Beteiligung der Kommission nur auf die Feststellung gerichtet ist, ob die Voraussetzungen für eine Gemeinschaftsfinanzierung vorliegen; praktisch hat der Gerichtshof die Unzulässigkeit von Nichtigkeitsklagen gegen die von der Kommission bei der Abwicklung der entsprechenden Ausschreibungen vorgenommenen Handlungen bekräftigt.

5 — Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan (ABl. L 356, S. 1).

6 — Insbesondere die in Artikel IX dieser Verordnung (ABl. L 70, S. 1) enthaltenen, die Außenhilfe betreffenden Bestimmungen, vor allem die Artikel 107, 108 Nr. 2 und 109 Nr. 2.

ihr durch die Nichtanwendung des EWR-Abkommens angeblich entstandenen Schadens befaßt und ihn als unbegründet zurückgewiesen, da die Kommission sich bei der Abwicklung des Verfahrens in keiner Weise rechtswidrig verhalten habe.

den Unterzeichnern des EWR-Abkommens gehöre<sup>12</sup>.

### Das Rechtsmittel

Hierzu hat das Gericht darauf hingewiesen, daß das EWR-Abkommen lediglich von seinem Inkrafttreten, das heißt vom 1. Januar 1994, an Wirkungen entfalte, während der rechtliche Rahmen für das Verfahren zur Vergabe des in Rede stehenden Auftrags, insbesondere hinsichtlich der den Ursprung der angebotenen Erzeugnisse betreffenden Bedingungen, bereits in der beschränkten Ausschreibung festgelegt worden sei, die die Kommission im Namen der rumänischen Regierung am 9. Juli 1993 bekanntgegeben habe<sup>10</sup>. Die Kommission habe sich daher bei Erlaß der umstrittenen Entscheidung zurecht auf die allgemeinen Bedingungen gestützt, die sie in der Ausschreibung vom 9. Juli 1993 festgelegt habe. Das Inkrafttreten des EWR-Abkommens habe also der Klägerin keine Rechte verleihen können, die sie im Zeitpunkt der Veröffentlichung der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen nicht hätte geltend machen können<sup>11</sup>.

9. Schließlich könne das EWR-Abkommen vorliegend keine Anwendung finden: Der Vertrag, mit dessen Abschluß die Ausschreibung eingeleitet worden sei, habe nämlich, wie dargelegt, lediglich den betroffenen Wirtschaftsteilnehmer und den rumänischen Staat rechtlich gebunden, der nicht zu

10. Wie bereits bemerkt, greift die Klägerin das Urteil des Gerichts mit dem Antrag an, es aufzuheben und die in dem Schreiben vom 10. März 1994 enthaltene Entscheidung ebenfalls für nichtig zu erklären.

Die Klage stützt sich auf die Behauptung, das Gericht habe den Antrag auf Nichtigerklärung des Schreibens vom 10. März 1994 rechtsfehlerhaft für unzulässig erklärt. Dieses Schreiben stelle eine echte Entscheidung im Sinne von Artikel 173 EG-Vertrag dar, die rechtlich bindende Wirkungen für den Adressaten habe und infolgedessen gerichtlich anfechtbar sei. Die Kommission spiele, konkret gesprochen, eine bedeutsame und entscheidende Rolle in bezug auf Abwicklung und Ergebnis der im Rahmen des PHARE-Programms durchgeführten Vergabeverfahren, unabhängig davon, daß die Verträge anschließend formell von dem Vertreter des durch die Hilfe begünstigten Staates unterzeichnet würden; die vom Gericht ins Auge gefaßten Möglichkeit, daß der begünstigste Staat einen Liefervertrag mit einem von der Finanzierung durch die Gemein-

10 — Urteil Geotronics, Randnrn. 48 und 49.

11 — Urteil Geotronics, Randnrn. 53 und 54.

12 — Urteil Geotronics, Randnr. 55.

schaft ausgeschlossenen Anbieter schließe, sei rein theoretischer Natur.

(zuzüglich der gesetzlichen Zinsen) als Ersatz des erlittenen Schadens zuzuerkennen.

11. In materieller Hinsicht wiederholt die Klägerin im wesentlichen ihr Vorbringen vor dem Gericht. Insbesondere sei das EWR-Abkommen ausnahmslos seit dem 1. Januar 1994 und somit bereits vor dem 10. März 1994, dem Datum des angefochtenen Schreibens, anwendbar gewesen sei. Die am 9. Juli 1993 veröffentlichte Ausschreibung sei daher vom 1. Januar 1994 an mit einer nicht mehr statthaften Diskriminierung zum Nachteil der Unterzeichnerstaaten des EWR-Abkommens behaftet gewesen, die deshalb gemäß Artikel 4 des Abkommens hätte beseitigt werden müssen.

Zumindest sei das EWR-Abkommen im vorliegenden Fall rückwirkend anzuwenden, da der rechtliche Kontext der Ausschreibung, auch wenn er vor Inkrafttreten des Abkommens festgelegt worden sei, erst nach dem 1. Januar 1994 habe Wirkungen zeitigen sollen.

12. Hilfsweise, nämlich für den Fall, daß die Unzulässigkeit der Aufhebungsklage bestätigt werden sollte, erneuert die Klägerin ihre Schadenersatzforderung, wobei sie sich auf die außervertragliche Haftung der Kommission nach Artikel 215 Absatz 2 EG-Vertrag beruft, die das EWR-Abkommen schuldhaft nicht auf das in Rede stehende Verfahren angewendet habe. Sie fordert daher, ihr eine Entschädigung in Höhe von 500 400 ECU

### Zur Zulässigkeit

13. Wie bereits bemerkt, hat das Gericht die Unzulässigkeit der Nichtigkeitsklage darauf gestützt, daß es vorliegend an einer Handlung der Kommission fehle, die gegenüber der Klägerin rechtlich bindende Wirkungen erzeugen würde. Nach Ansicht des Gerichts sind nämlich „die durch das PHARE-Programm finanzierten Aufträge als nationale Aufträge anzusehen ..., die nur den begünstigten Staat und den Wirtschaftsteilnehmer binden“. „Die Verträge werden ... nur von diesen beiden Partnern vorbereitet, ausgehandelt und geschlossen. Dagegen entstehen zwischen den Bietern und der Kommission keine Rechtsbeziehungen, da sich die Kommission darauf beschränkt, im Namen der Gemeinschaft die Finanzierungsentscheidungen zu treffen, da ihre Handlungen nicht bewirken können, daß den Bietern gegenüber die Entscheidung des durch das PHARE-Programm begünstigten Staates durch eine Gemeinschaftsentscheidung ersetzt wird. Folglich kann es in diesem Bereich gegenüber den Bietern keine Handlung der Kommission geben, die Gegenstand einer Klage gemäß Artikel 173 Absatz 4 EG-Vertrag sein könnte“<sup>13</sup>.

13 — Urteil Geotronics, Randnrn. 31 und 32.

Letztlich hat sich das Gericht auf die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Kommission und durch das PHARE-Programm begünstigten Staaten gestützt, wie sie sich aus den anwendbaren Bestimmungen ergebe; unter Berücksichtigung der Analogie, die im Verhältnis zu dem Vergabeverfahren für vom EEF finanzierte Aufträge bestehe, hat es (wörtlich: „in Analogie“) die diesbezügliche Rechtsprechung des Gerichtshofes auf den vorliegenden Sachverhalt angewandt. Wie bereits ausgeführt, hatte diese Rechtsprechung fast automatisch die Unzulässigkeit von Nichtigkeitsklagen zur Folge, die von ausgeschlossenen Bietern gegen die Handlungen erhoben worden waren, welche die Kommission im Zuge der Abwicklung von Ausschreibungen zur Durchführung des Abkommens von Lomé vorgenommen hatte <sup>14</sup>.

14. Lassen Sie mich gleich sagen, daß ich mit den Ausführungen des Gerichts zu diesem Punkt nicht einverstanden bin. Die Besonderheiten des vorliegenden Falles erlauben es nämlich, von der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den vom EEF finanzierten Auflagen abzusehen, und zwar unabhängig von der Bewertung dieser Rechtsprechung.

Bei näherem Zusehen scheint mir kein Grund dafür vorzuliegen, daß der vorliegend angefochtene Akt nicht der im EG-Vertrag vorgesehenen Rechtmäßigkeitskontrolle unterliegen sollte. Wenn man seinen Wortlaut, seinen Inhalt, die Wirkungen, die er gegenüber der Klägerin entfaltet hat, sowie die rechtlichen und tatsächlichen Begleitumstände seiner Vornahme betrachtet. Wie wir alsbald sehen können, ergibt sich nämlich aus der näheren Untersuchung des Aktes, daß er

alle Voraussetzungen erfüllt, die Artikel 173 nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes für die Anfechtbarkeit einer Handlung stellt.

15. Artikel 173 Absatz 4 EG-Vertrag gewährt bekanntlich jeder natürlichen oder juristischen Person das Recht, gegen die an sie ergangenen Entscheidungen der Gemeinschaftsorgane Klage zu erheben.

Was die spezifische Rechtsnatur der anfechtbaren Handlung betrifft, so hat der Gerichtshof wiederholt klargestellt, daß es für die Zulässigkeit der gerichtlichen Kontrolle nicht auf die äußere Form der Handlung ankommt, sondern auf ihren Inhalt. Im besonderen sind nach Artikel 173 EG-Vertrag alle Maßnahmen anfechtbar, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugen, welche die Interessen des Klägers durch einen relevanten Eingriff in seiner Rechtsstellung beeinträchtigen <sup>15</sup>.

16. Wie aus den Akten eindeutig hervorgeht, besteht die Handlung, deren Aufhebung die Klägerin vor dem Gericht beantragt hat, in dem Schreiben, mit dem die Kommission sie darüber unterrichtet hatte, daß ihr Angebot

15 — Urteil vom 11. November 1981 in der Rechtssache 60/81 (IBM/Kommission, Slg. 1981, 2639, Randnrn. 8 und 9). Wegen einer Entscheidung jüngeren Datums siehe aber auch das Urteil vom 23. November 1995 in der Rechtssache C-476/93 P (Nutral/Kommission, Slg. 1995, I-4125, Randnr. 28).

14 — Zu der vom Gericht zitierten Rechtsprechung siehe oben, Punkt 7 der vorliegenden Schlußanträge sowie Fußnote 9.

deswegen abgelehnt wurde, weil die angebotenen Geräte wegen ihres schwedischen Ursprungs nicht den Bedingungen der Ausschreibung entsprächen. Die Klage stützte sich darauf, die Kommission habe unter Verletzung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere des seit dem Inkrafttreten des EWR-Abkommens geltenden Grundsatzes der Gleichbehandlung von Erzeugnissen aus EWG-Ländern einerseits und EFTA-Ländern andererseits, den Ausschluß der Klägerin beschlossen.

17. Das umstrittene Schreiben bezog sich auf die Kontakte zwischen der Kommission und der Klägerin, die die spezielle Frage des Ursprungs der angebotenen Erzeugnisse zum Gegenstand hatten, und enthielt die Mitteilung, die Durchsicht der von der Klägerin vorgelegten Unterlagen sowie die Erkenntnisse aus einem Treffen der Vertreter beider Parteien in Brüssel hätten gezeigt, daß die von der Klägerin angebotenen Erzeugnisse in Wirklichkeit schwedischen Ursprungs gewesen seien. Die Kommission erklärte dementsprechend, sie müsse das Angebot der Klägerin ablehnen und könne der (zuvor von PMU-Bucharest vorgeschlagenen) Zuteilung des Vertrages an die Klägerin nicht zustimmen.

Im gleichen Schreiben bemerkte die Kommission, sie habe nicht die Absicht, eine neue Ausschreibung zu veranstalten, da ein anderes Unternehmen ein Angebot vorgelegt habe, das sie vom technischen wie vom wirtschaftlichen Standpunkt aus für annehmbar halte und das auch den Bedingungen der Ausschreibung genüge.

18. Unter diesen Umständen sehe ich nicht, wie man bestreiten könnte, daß das in Rede stehende Schreiben eine anfechtbare Rechts-handlung darstellt. Diese Maßnahme, die ausdrücklich nur gegenüber der Klägerin getroffen wurde, hat mit Sicherheit ipso jure bindende und für die Klägerin endgültige Rechtswirkungen ausgelöst, nämlich deren Ausschluß von der Teilnahme an der in Rede stehenden Ausschreibung, besser gesagt, im vorliegenden Fall (in dem nur zwei Angebote vorlagen) die automatische Vergabe des Vertrages an den anderen Wettbewerber. Die Rechtslage der Klägerin wurde somit offensichtlich verändert, und zwar durch einen im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes „relevanten Eingriff“.

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, die nationale Behörde bleibe in Fällen dieser Art stets befugt, den Vertrag auch mit einem Anbieter abzuschließen, der von der Vergünstigung der Gemeinschaftsfinanzierung ausgeschlossen worden sei; das ist in der Tat derart theoretisch, daß es hierzu keines weiteren Kommentars bedarf.

19. Was man dem entgegenhalten könnte (und dieser Teil der Begründung des angefochtenen Urteils erscheint mir relevanter), ist, daß die Kommission, die nicht Vertragspartei ist, keine Verantwortung für das Zustandekommen des Vertrages zwischen dem begünstigten Staat und dem ausgewählten Partner trägt und daß ihre Entscheidungsfreiheit nur durch die Entscheidungen über die Zulässigkeit der Gemeinschaftsfinanzierung begrenzt ist.

Diese Überlegungen, die der Gerichtshof erstmals in seinem Urteil in der Rechtssache STS<sup>16</sup> angestellt hat, lassen sich jedoch nicht ohne weiteres auf den Fall übertragen, der uns heute beschäftigt. In jenem Fall war die von der STS (einem Unternehmen, das erfolglos an einer vom EEF finanzierten Ausschreibung teilgenommen hatte) mit ihrer vom Gerichtshof als unzulässig abgewiesenen Klage angefochtene Handlung ein bloßer Sichtvermerk, mit dem der örtliche Beauftragte der Kommission den *bereits zugeteilten, ausgehandelten und unterschriebenen* Verträgen zwischen der zuständigen nationalen Behörde und einem anderen Unternehmen als der Klägerin zugestimmt hatte. Der wesentliche Unterschied zu dem uns vorliegenden Sachverhalt ist mit Händen zu greifen.

20. Generalanwalt VerLoren van Themaat, der dem Gerichtshof vorschlug, die Klage der STS als unzulässig abzuweisen, hatte klargestellt, daß dieses Ergebnis nicht daraus folge, daß die angefochtene Handlung keine Rechtswirkungen gegenüber der Klägerin ausgelöst hätte, sondern daraus, daß sie, da an die für die Vergabe zuständige nationale Behörde gerichtet, die Klägerin nicht unmittelbar und individuell betreffe<sup>17</sup>; er schloß jedoch nicht aus, daß sich bei abweichenden Sachverhalten andere Lösungen als angemessener erweisen könnten, und betonte die Notwendigkeit, jeden Fall nach Maßgabe seiner Besonderheiten zu beurteilen<sup>18</sup>.

16 — Siehe oben, Fußnote 9.

17 — Schlussanträge vom 22. Mai 1984 (Slg. 1984, 2781, Punkt 4.2), wo es heißt, daß eine Klage gegen eine Rechts-handlung, die das Unternehmen von der Finanzierung durch die Gemeinschaft ausschließt, „beispielsweise jedem Mitgliedstaat [offenstündig]“.

18 — Der Generalanwalt äußerte bei dieser Gelegenheit bezüglich etwaiger Handlungen, mit denen die Kommission Vergabevorschlägen zustimmen würde (Handlungen also, die vor der endgültigen Auswahl vorgenommen würden), daß „man sich auch fragen [mag], ob eine Klagemöglichkeit zum Gerichtshof nicht wünschenswert wäre“ (Schlussanträge a. a. O., Punkt 4.2). Hervorzuheben ist, daß seinerzeit die Rechtssache CMC (oben Fußnote 9) anhängig war, hinsichtlich derer der Generalanwalt betonte, er wolle hierzu gerade wegen des unterschiedlichen tatsächlichen Zusammenhangs nicht Stellung nehmen.

Daß nun der Gerichtshof in der Begründung des in Rede stehenden Urteils diese Unterscheidung nicht übernommen und in der Folgezeit alle (auch in anderen Zusammenhängen) erhobenen Nichtigkeitsklagen ausgeschlossener Anbieter als unzulässig abgewiesen hat, vermag meines Erachtens die Problematik nicht zu verschieben, und dies, ich sage es erneut, unabhängig von jeglicher Bewertung der einschlägigen Rechtsprechung<sup>19</sup>.

21. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin sicherlich eine *an sie ergangene*, von der Kommission *in Ausübung ihrer spezifischen Zuständigkeiten* getroffene Entscheidung angefochten: die Entscheidung nämlich, mit der die Kommission ihr (*autonom* und auf der Grundlage zuvor angestellter Untersuchungen und in eigener Initiative vorgenommener Bewertungen) mitgeteilt hat, nach ihren Feststellungen entspreche das Angebot der Klägerin nicht den in der Ausschreibung aufgestellten Bedingungen für die Gewährung einer Gemeinschaftsfinanzierung (sowie die Folgen dieser Feststellung); die Klägerin hat die Entscheidung, wie wir gesehen haben, angefochten, weil sie ihrer Ansicht nach gegen den im EWR-Abkommen niedergelegten Grundsatz der Gleichbehandlung verstoße.

19 — Bekanntlich ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den vom EEF finanzierten Vergabeaufträgen nicht frei von Kritik geblieben. Die herrschende Lehre stimmt darin überein, daß diese Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt des den Betroffenen konkret gewährten Rechtsschutzes zutiefst lückenhaft ist. Siehe in diesem Sinne z. B.: Brown, Remedies of unsuccessful tenderers for E. D. F. -financed contracts, *European Law Review* 1985, S. 421 ff.; Bertolini, Osservazioni a Corte di giustizia, sentenza 10 luglio 1984, in causa 126/83, *Foro Italiano* 1988, Sp. 266 ff.; Kalugina, Les voies de recours des entrepreneurs dans les marchés publics financés par le F. E. D., *Droit et pratique du commerce international*, 1988, S. 511 ff.

Unter diesen Umständen sehe ich nicht, welchem anderen Gericht als dem Gemeinschaftsrichter die Klägerin die streitige Handlung zwecks Überprüfung von deren Rechtmäßigkeit hätte vorlegen können<sup>20</sup>.

22. Hierzu hat die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, in Fällen wie dem vorliegenden stehe dem Anbieter nur ein einziger Rechtsbehelf zur Verfügung, nämlich seine Rechte vor den zuständigen Gerichten des begünstigten Staates wahrzunehmen.

Es liegt jedoch auf der Hand, daß ein derartiger Rechtsbehelf nicht nur grundsätzlich ausgeschlossen ist, sondern daß er in jedem Fall nutzlos wäre, da es sich um die Kontrolle der Rechtmäßigkeit eines Aktes handelte, der in jedem denkbaren Sinne und im Hinblick auf jede vorstellbare Wirkung ein Akt der Gemeinschaft sein würde. Ein nationaler Rechtsbehelf könnte gegebenenfalls nur die in die Zuständigkeit der nationalen Behörden fallenden Handlungen betreffen, etwa die endgültige Vergabe des Auftrags an ein anderes Unternehmen oder den diesbezüglichen Vertrag.

23. Die Entscheidung, mit der die Kommission feststellt, daß der Bieter keinen Anspruch auf eine Finanzierung durch die Gemeinschaft hat, eine Entscheidung, die

(wie vorliegend) vor der Vergabe des Auftrags ergehen soll, ist dagegen eine autonome Entscheidung der Kommission, die in deren spezifische Zuständigkeit fällt und an deren Erlaß die nationalen Behörden des begünstigten Staates nicht mitwirken.

Gegen eine solche Entscheidung, die, wie wir gesehen haben, geeignet ist, bindende und endgültige rechtliche Wirkungen gegenüber dem Adressaten zu erzeugen, muß der Betroffene die Möglichkeit haben, eine Nichtigkeitsklage wegen Verletzung des Gemeinschaftsrechts zu erheben. Andernfalls würde die Klägerin auf den allzu schwachen Schild der Behörden und des innerstaatlichen Richters verwiesen und damit ihres Anspruchs auf Rechtsschutz beraubt; diese wäre offensichtlich eine unannehmbare Verletzung der elementarsten Regeln, auf denen die „Rechtsgemeinschaft“ beruht, die die Verträge schaffen wollten und von denen unser Gerichtshof sich seit jeher leiten ließ<sup>21</sup>.

20 — Im Bereich der von PHARE finanzierten Verträge steht dem ausgeschlossenen Bewerber nicht einmal das Recht zu, auf ein angemessenes schiedsrichterliches Verfahren zurückzugreifen, wie es im Abkommen vom Lomé vorgesehen ist und von der Kommission wiederholt als ein Rechtsbehelf bezeichnet worden war, den die von der Teilnahme an den Ausschreibungen für die vom EEF finanzierten Aufträge ausgeschlossenen Bewerber erheben sollten. Hierbei ist zu beachten, daß sich dieses Schiedsverfahren ausdrücklich darauf beschränkt, die Beziehungen zwischen begünstigtem Staat und vertragschließendem Unternehmen zu regeln, und daß die Frage nach seiner Anwendbarkeit im Stadium der Zuteilung des Auftrags immerhin umstritten ist.

21 — Genau genommen lagen die gleichen Erwägungen dem Beschluß des Gerichtshofes vom 5. August 1983 in der Rechtssache 118/83 R (CMC/Kommission, Slg. 1983, 2583) zugrunde, der auf einen Antrag der Klägerin (CMC) auf Erlaß von Eilmaßnahmen hin ergangen war; gefordert wurde, den Vollzug der Entscheidungen der Kommission, die zum Ausschluß der Klägerin von einer Ausschreibung in Äthiopien geführt hatten, bis zur endgültigen Entscheidung des Gerichtshofes in der Hauptsache auszusetzen. In diesem Beschluß hatte Richter Pescatore für den Präsidenten des Gerichtshofes sich erstmalig zu der (von der Kommission bestrittenen) Befugnis des Gerichtshofes zur Entscheidung ähnlicher Streitigkeiten geäußert und folgendes festgestellt: „Es ist... nicht davon auszugehen, daß ein Unternehmen der Gemeinschaft durch Beteiligung an einer Ausschreibung, die aufgrund des Abkommens von einem AKP-Staat in enger Zusammenarbeit mit den Gemeinschaftsorganen... veranstaltet wird, von vornherein nicht den Rechtsschutz genießt, den ihm die Bestimmungen des EWG-Vertrags garantieren.“ Und weiter: „Auch wenn es... sicher erscheint, daß der zwischen den Behörden des AKP-Staats und dem Auftragnehmer geschlossene Vertrag der Zuständigkeit des Gerichtshofes entzogen ist, so kann doch die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle, die aufgrund des EWG-Vertrags gegenüber den von der Kommission im Rahmen des in dem Abkommen geregelten Ausschreibungsverfahrens vorgenommenen Handlungen ausgeübt wird, nicht ausgeschlossen werden.“ „[Es] ist nicht auszuschließen, daß eine gründliche Prüfung das Vorliegen einer Handlung der Kommission erkennen läßt, die aus ihrem Zusammenhang gelöst werden kann und die möglicherweise geeignet ist, Gegenstand einer Anfechtungsklage zu sein.“ (Randnrn. 41, 44 und 47).

24. Zusammenfassend bin ich der Meinung, daß ein Bieter, der im Rahmen einer von PHARE finanzierten Ausschreibung von der Vergünstigung der Gemeinschaftsfinanzierung ausgeschlossen wird, in jedem Fall den Gerichtshof anrufen kann, wenn die übrigen Voraussetzungen des Artikels 173 EG-Vertrag vorliegen, um die Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu bestreiten, die die Kommission in Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeit getroffen hat; zudem kann der Betroffene vor dem zuständigen Gericht des durch das PHARE-Programm begünstigten Staates die Auftragsvergabe (oder jegliche andere Handlung der nationalen Behörde) anfechten.

Im vorliegenden Fall komme ich zu dem Schluß, daß das Urteil des Gerichts insoweit aufzuheben ist, als es den Antrag der Klägerin auf Nichtigerklärung des Schreibens der Kommission vom 10. März 1994 als unzulässig abweist, daß der Gerichtshof aber in der Lage ist, selbst über diesen Antrag zu entscheiden, da eine weitere Tatsachenprüfung nicht erforderlich ist.

#### Zur Begründetheit

25. Die Nichtigkeitsklage von Geotronics ist zwar zulässig, aber mit Sicherheit unbegründet. Das EWR-Abkommen war nämlich in zeitlicher, persönlicher und sachlicher Hinsicht auf den Sachverhalt nicht anwendbar.

Vor allem waren die Bedingungen für die Abwicklung der in Rede stehenden Ausschreibung durch die am 9. Juli 1993 veröf-

fentlichte Bekanntmachung endgültig festgelegt worden, und es besteht kein Grund für die Annahme, daß sie aufgrund des Inkrafttretens des EWR-Abkommens plötzlich stillschweigend geändert worden wären. Die rückwirkende Anwendung dieses Abkommens auf den vorliegenden Sachverhalt würde nicht nur der Rechtsgrundlage entbehren, sondern überdies in offensichtlichem Gegensatz zu den Erfordernissen der Rechtssicherheit stehen.

Zudem kann das Abkommen, wie das Gericht zu Recht bemerkt, nur gegenüber Staaten angewendet werden, die ihm beigetreten sind, also nicht gegenüber Rumänien.

Schließlich erfaßt das EWR-Abkommen nach seinem gegenwärtigen Wortlaut nicht den Bereich der Außenhilfen, zu dem die für die Durchführung des PHARE-Programms verwendeten Mittel gehören; außerdem werden diese Hilfen offensichtlich aus dem allgemeinen Haushalt der Gemeinschaft finanziert, zu dem lediglich die Mitgliedstaaten der Union Beiträge leisten.

#### Zum Schadensersatzantrag

26. Die soeben festgestellte Unanwendbarkeit des EWR-Abkommens auf den vorliegenden Sachverhalt zerstreut jeden Zweifel daran, daß die Kommission nicht aufgrund von Artikel 215 Absatz 2 EG-Vertrag haftbar ist; sie bestätigt, soweit erforderlich, die Unbegründetheit der — bereits vom Gericht zurückgewiesenen — Schadensersatzforderungen der Klägerin.

27. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor:

- das Urteil des Gerichts vom 26. Oktober 1995 in der Rechtssache T-185/94 insoweit aufzuheben, als es die Klage auf Nichtigerklärung des Schreibens der Kommission vom 10. März 1994 als unzulässig abweist; diese Klage für zulässig zu erklären;
- die Klage als unbegründet abzuweisen;
- den Antrag der Klägerin auf Ersatz des ihr durch die angefochtene Entscheidung angeblich entstandenen Schadens als unbegründet abzuweisen.