

BESCHLUSS DES GERICHTS (Vierte Kammer)

14. Januar 2004 \*

In der Rechtssache T-202/02

**Makedoniko Metro** mit Sitz in Thessaloniki (Griechenland),

**Michaniki AE** mit Sitz in Maroussi Attikis (Griechenland),

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt C. Gonis, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerinnen,

gegen

**Kommission der Europäischen Gemeinschaften**, vertreten durch M. Konstantinidis als Bevollmächtigten, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte,

\* Verfahrenssprache: Griechisch.

wegen Ersatzes des Schadens, der den Klägerinnen aufgrund der Entscheidung der Kommission, das Verfahren über ihre am 23. Januar 1997 eingelegte Beschwerde Nr. 97/4188/P betreffend die Erteilung des öffentlichen Bauauftrags über die Planung, die Errichtung, die Eigenfinanzierung und den Betrieb der Untergrundbahn von Thessaloniki (Griechenland) durch den griechischen Staat einzustellen, entstanden sein soll,

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ DER EUROPÄISCHEN  
GEMEINSCHAFTEN (Vierte Kammer),

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Legal, der Richterin V. Tiili und des Richters M. Vilaras,

Kanzler: H. Jung,

folgenden

**Beschluss**

**Sachverhalt**

- 1 Die erste Klägerin ist die Bietergemeinschaft Makedoniko Metro (im Folgenden: Makedoniko Metro), die zum Zweck der Teilnahme am öffentlichen und internationalen Verfahren über die Vergabe des Auftrags der Planung, der Errichtung, der Eigenfinanzierung und des Betriebes des Vorhabens „Untergrundbahn von Thessaloniki“ gebildet wurde. Die zweite Klägerin, Michaniki AE (im Folgenden: Michaniki), ist eine Aktiengesellschaft des griechischen Rechts und Mitglied von Makedoniko Metro (im Folgenden gemeinsam: Klägerinnen).

- 2 Der griechische Staat beschloss, eine internationale Ausschreibung für die Planung, die Errichtung, die Eigenfinanzierung und den Betrieb einer Untergrundbahn für Thessaloniki mit veranschlagten Kosten in Höhe von 65 Milliarden griechischen Drachmen (GRD) durchzuführen. Dieser Auftrag sollte in einer Form von nichtoffenem Verfahren vergeben werden, das sechs Phasen umfasste: Vorauswahl der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber, Abgabe der Angebote durch die vorausgewählten Bewerber, Prüfung ihrer technischen Angebote, Prüfung ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Angebote, Verhandlungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem als vorläufiger Zuschlagsempfänger bestimmten Bieter und Unterzeichnung des Vertrages.
  
- 3 Der griechische Minister für Umwelt, Raumordnung und öffentliche Arbeiten (im Folgenden: Minister) genehmigte am 18. Juni 1992 die Bekanntmachung des Auftrags, durch die die erste Phase des Verfahrens eingeleitet wurde (Vorauswahl der Bewerber). Am Ende dieser Phase wurden acht Bietergemeinschaften, darunter Makedoniko Metro und die Bietergemeinschaft Thessaloniki Metro (im Folgenden: Thessaloniki Metro), zur Abgabe eines Angebots zugelassen.
  
- 4 Mit Entscheidung vom 1. Februar 1993 genehmigte der Minister die Ausschreibungsunterlagen für die zweite Phase des Verfahrens (Abgabe der Angebote durch die vorausgewählten Bewerber), zu denen insbesondere die ergänzende Auftragsbekanntmachung und die besonderen Verdingungsunterlagen gehörten.
  
- 5 Aus den Bestimmungen der erwähnten Bekanntmachungen geht hervor, dass in der zweiten Phase des Verfahrens die Möglichkeit vorgesehen war, dass sich eine in der ersten Phase vorausgewählte Bietergemeinschaft um neue Mitglieder erweitert, dass jedoch diese Erweiterung nur bis zu dem Zeitpunkt möglich war, der für die Vorlage der Angebote der Bewerber festgesetzt war.

- 6 In der zweiten Phase des Verfahrens legten u. a. Makedoniko Metro und Thessaloniki Metro technische Entwürfe, wirtschaftliche Studien und finanzielle Angebote vor.
  
- 7 Mitglieder von Makedoniko Metro waren zum Zeitpunkt der Vorauswahl Michaniki sowie die Gesellschaften Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA und Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl mit einer jeweiligen Beteiligung von 70 %, 20 %, 5 % und 5 %.
  
- 8 In der zweiten Phase des Verfahrens wurde Makedoniko Metro um die AEG Westinghouse Transport Systems GmbH erweitert. Die Beteiligungen der oben genannten vier Gesellschaften beliefen sich nun auf 63 %, 17 %, 5 % und 5 %, während die Beteiligung der AEG Westinghouse Transport Systems GmbH 10 % betrug.
  
- 9 Am 14. Juni 1994 wurde Makedoniko Metro in dieser zuletzt aufgeführten Zusammensetzung als vorläufige Zuschlagsempfängerin bestimmt.
  
- 10 Nach der Bildung des Verhandlungsausschusses mit Entscheidung vom 24. Juni 1994 und dem Beginn der Verhandlungen zwischen dem griechischen Staat und Makedoniko Metro als vorläufiger Zuschlagsempfängerin teilte diese dem Minister mit Schreiben vom 29. März 1996 ihre neue Zusammensetzung wie folgt mit: Michaniki, ABB Daimler-Benz Transportation Deutschland GmbH (im Folgenden: Adtranz) und die aus der Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, der Fidel SpA und der Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl bestehende Fidel Group mit Beteiligungen in Höhe von 80 % für Michaniki, 19 % für Adtranz und 1 % für die Fidel Group.

- 11 Auf Fragen im Zusammenhang mit Gerüchten, dass die Mitglieder der Fidel Group in Konkurs gefallen seien und sich in Liquidation befänden, teilte Makedoniko Metro dem Ausschuss für große Bauvorhaben mit Schreiben vom 14. Juni 1996 mit, dass die Gesellschaften dieser Gruppe nicht mehr an Makedoniko Metro beteiligt seien und dass deren Mitglieder derzeit die Gesellschaften Michaniki, Adtranz sowie Belgian Transport and Urban Infrastructure Consult (Transurb Consult) mit einer jeweiligen Beteiligung in Höhe von 80,65 %, 19 % und 0,35 % seien.
- 12 Der Minister stellte wesentliche Abweichungen der Positionen der Makedoniko Metro von den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen fest und sah die Verhandlungen deshalb als gescheitert an. Er erklärte daher mit Entscheidung vom 29. November 1996 die Verhandlungen zwischen dem griechischen Staat und Makedoniko Metro für beendet und lud Thessaloniki Metro als vorläufigen neuen Zuschlagsempfänger zu Verhandlungen ein.
- 13 Am 10. Dezember 1996 beantragte Makedoniko Metro beim griechischen Symvoulío tis Epikrateias (Staatsrat) die Aufhebung der Entscheidung des Ministers vom 29. November 1996. Mit Urteil Nr. 971 vom 6. März 1998 wies der Staatsrat diesen Antrag mit der Begründung zurück, dass Makedoniko Metro nach Abgabe der Angebote und nach ihrer Auswahl als vorläufige Zuschlagsempfängerin nicht mehr berechtigt gewesen sei, ihre Zusammensetzung zu ändern und dennoch weiter am streitigen Verfahren teilzunehmen; sie könne daher in dieser neuen Zusammensetzung nicht die Aufhebung der angefochtenen Handlung verlangen.
- 14 Außerdem erhoben die Klägerinnen beim Dioikitiko Protodikeio Athinon (Verwaltungsgericht erster Instanz) Klage gegen den griechischen Staat auf Ersatz des Schadens, der ihnen durch den Abbruch der Verhandlungen und die unterbliebene Vergabe des in Rede stehenden Auftrags an Makedoniko Metro entstanden sei. Mit Urteil vom 30. April 1999 wies das genannte Verwaltungsgericht diese Klage unter Bezugnahme auf das Urteil des Staatsrats ab.

- 15 Nachdem die Klägerinnen gegen dieses Urteil Berufung beim Dioikitiko Efeteio Athinon (Berufungsgericht in Verwaltungssachen) eingelegt hatten, setzte dieses das Verfahren aus und legte dem Gerichtshof eine Frage nach der Auslegung der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) und der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665) vor.
- 16 Der Gerichtshof hat in Beantwortung dieser Vorlagefrage in seinem Urteil vom 23. Januar 2003 in der Rechtssache C-57/01 (Makedoniko Metro und Michaniki, Slg. 2003, I-1091) für Recht erkannt, dass die Richtlinie 93/37 nicht einer nationalen Regelung entgegensteht, die es untersagt, die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, die an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags oder zur Erteilung einer öffentlichen Baukonzession teilnimmt, nach Abgabe der Angebote zu ändern. Ferner hat der Gerichtshof entschieden, dass einer Bietergemeinschaft die Rechtsbehelfe, die in der Richtlinie 89/665 vorgesehen sind, zur Verfügung stehen müssen, soweit eine Entscheidung einer Vergabebehörde die Rechte verletzt, die ihr nach dem Gemeinschaftsrecht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zustehen.
- 17 Parallel legte Makedoniko Metro am 23. Januar 1997 bei der Kommission eine Beschwerde ein, die das Aktenzeichen 97/4188/P erhielt. Mit dieser Beschwerde rügte Makedoniko Metro die Entscheidung des Ministers vom 29. November 1996 und machte zur Begründung geltend, die Hellenische Republik habe dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht für die Vergabe öffentlicher Aufträge verstoßen, dass sie ihr nicht den Zuschlag für die Errichtung der Untergrundbahn von Thessaloniki erteilt habe. Daher forderte Makedoniko Metro die Kommission auf, als Hüterin der Verträge gegen die Hellenische Republik alle erforderlichen Verfahren einzuleiten, insbesondere das Vertragsverletzungsverfahren gemäß Artikel 226 EG und das Verfahren des Artikels 3 der Richtlinie 89/665, der die Kommission ermächtigt, wenn sie vor Abschluss eines

Vertrages zu der Auffassung gelange, dass bei einem Vergabeverfahren ein klarer und eindeutiger Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für das öffentliche Auftragswesen vorliege, bei den zuständigen Behörden des Mitgliedstaats und der Vergabebehörde zu intervenieren und zu verlangen, dass geeignete Maßnahmen ergriffen würden, um die gerügte Zuwiderhandlung rasch abzustellen.

- 18 Die Kommission forderte die griechischen Behörden mit Telefax vom 30. Juli 1997 auf, die Billigung des Ergebnisses des Vergabeverfahrens und den Abschluss des in Rede stehenden Vertrages mit dem neuen vorläufigen Zuschlagsempfänger auszusetzen, bis sie die Prüfung dieses Vorgangs abgeschlossen habe.
- 19 Die Beschwerde von Makedoniko Metro wurde erstmals in der Sitzung der Kommission vom 7. April 1998 erörtert. Die Kommission stellte damals fest, dass die umfangreichen Ausschreibungsunterlagen Bestimmungen enthielten, die von den Bietern in Bezug auf die für sie geltenden Anforderungen unterschiedlich hätten ausgelegt werden können. Angesichts des Umfangs des Verfahrens und der Ausschreibungsunterlagen gelangte die Kommission jedoch zu dem Ergebnis, dass nicht davon gesprochen werden könne, dass der Auftraggeber keinen echten Wettbewerb im Verfahren zugelassen habe. Nach Auffassung der Kommission konnte kein eindeutiger Verstoß gegen den Gleichheitssatz dargetan werden, der die Einleitung eines Verfahrens über eine Zuwiderhandlung erfordert hätte. Bei dieser Gelegenheit beschloss die Kommission auch, ihr Mitglied M. Monti damit zu beauftragen, sich mit den zuständigen griechischen Behörden in Verbindung zu setzen, um den Standpunkt der Kommission in dieser Angelegenheit zum Ausdruck zu bringen, Erklärungen einzuholen und von diesen Behörden Zusicherungen in Bezug auf ihre zukünftige Politik in dieser Sache zu erhalten.
- 20 Mit Schreiben vom 20. Mai 1998 und vor der abschließenden Entscheidung der Kommission über die Beschwerde, forderte das Kommissionsmitglied M. Monti die zuständigen griechischen Behörden auf, alle notwendigen Maßnahmen zu

ergreifen, damit die Ausschreibungen und die Ausschreibungsunterlagen so gefasst würden, dass abweichende Auslegungen vermieden würden und die Wahrung des Gleichheitssatzes gewährleistet werde. Zu diesem Zweck verlangte er von diesen Behörden, sich von der Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften zu überzeugen und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um das erneute Eintreten derartiger Situationen in Zukunft zu verhindern.

- 21 Die griechischen Behörden beantworteten dieses Schreiben am 26. Juni 1998. Makedoniko Metro nahm zu diesem Schreiben mit Schreiben vom 15. Juli 1998 Stellung.
  
- 22 Mit Schreiben des Generaldirektors der Generaldirektion (GD) „Binnenmarkt und Finanzdienstleistungen“ der Kommission vom 30. Juli 1998 wurde Makedoniko Metro mitgeteilt, dass diese Generaldirektion der Kommission vorschlagen werde, das Verfahren einzustellen, sofern die Klägerinnen nicht in der Lage seien, zusätzliche Angaben zu liefern, die eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts für die Vergabe öffentlicher Aufträge belegten.
  
- 23 Die Kommission beschloss mit Entscheidung vom 20. August 1998 (und nicht vom 27. August 1998, wie die Klägerinnen in der Klageschrift angeben), das Verfahren einzustellen.
  
- 24 Die Klägerinnen übermittelten der Kommission mit Schreiben vom 10. September, 7. und 21. Oktober sowie 25. November 1998 an das Kommissionsmitglied M. Monti einige zusätzliche Angaben, die insbesondere die angeblich rechtswidrige Führung der Verhandlungen mit Makedoniko Metro durch die zuständige Behörde, das erwähnte Urteil des griechischen Staatsrats und zahlreiche angebliche technische Abweichungen in dem Angebot von Thessaloniki Metro betreffen. Diese Angaben sollten eindeutige und erhebliche Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht und insbesondere den Gleichheitssatz belegen und die Einleitung des Verfahrens zur Ahndung von Zuwiderhandlungen rechtfertigen.

In ihrem Schreiben vom 25. November 1998 verlangten die Klägerinnen ferner Auskunft darüber, welche Maßnahmen die Kommission zu treffen gedenke, um den Abschluss eines rechtswidrigen und erheblich von den Ausschreibungsunterlagen abweichenden Konzessionsvertrags zu verhindern.

- 25 Nach Prüfung der erwähnten Schreiben der Klägerinnen teilte der Generaldirektor der GD „Binnenmarkt und Finanzdienstleistungen“ diesen mit Schreiben vom 10. Dezember 1998 mit, seine Stellen seien der Ansicht, dass „ihnen kein neuer Umstand zur Kenntnis gebracht worden ist, der die Einleitung eines neuen Verfahrens zur Ahndung einer Zuwiderhandlung im Rahmen dieser Angelegenheit rechtfertigt“.
- 26 Schließlich stellte der Europäische Bürgerbeauftragte aufgrund einer Beschwerde, die die Klägerinnen bei ihm mit Schreiben vom 25. September und vom 23. November 1998 eingelegt hatten, in seiner Entscheidung vom 30. Januar 2001 einen Missstand bei der Tätigkeit der Kommission fest, weil diese ihre Entscheidung, das Verfahren über die Beschwerde einzustellen, gegenüber der Beschwerdeführerin nicht ausreichend begründet und der Beschwerdeführerin die Möglichkeit genommen habe, vor Einstellung des Verfahrens ihren Standpunkt darzulegen. Dagegen wies der Bürgerbeauftragte die Rügen von Makedoniko Metro zurück, dass die Entscheidung der Kommission, das Verfahren einzustellen, auf politischen Kriterien ohne rechtliche Grundlage beruht habe und nicht durch das öffentliche Interesse begründet sei und dass die Prüfung der Beschwerde zu lange gedauert habe und die Beschwerdeführerin zu spät über deren Ergebnisse unterrichtet worden sei. Schließlich verwies der Bürgerbeauftragte unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes darauf, dass die Kommission über einen weiten Ermessensspielraum in Bezug auf die Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens nach Artikel 226 EG verfüge.

## Verfahren und Anträge der Parteien

- 27 Die Klägerinnen haben mit Klageschrift, die am 3. Juli 2002 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, die vorliegende Klage erhoben.

28 Die Kommission hat mit gesondertem Schriftsatz, der am 8. Oktober 2002 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, eine Einrede der Unzulässigkeit gemäß Artikel 114 der Verfahrensordnung des Gerichts erhoben.

29 Die Klägerinnen haben zu dieser Einrede am 16. Dezember 2002 Stellung genommen. Mit gesondertem Schriftsatz, der am selben Tag bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, haben sie den Erlass prozessleitender Verfügungen über die Vorlage bestimmter Unterlagen durch die Kommission beantragt. Die Kommission hat zu diesem Antrag am 7. Januar 2003 Stellung genommen.

30 Die Klägerinnen beantragen in ihrer Klageschrift,

— die gesamte Klage für zulässig zu erklären;

— die Kommission zu verurteilen,

— an Michaniki 23 578 050 Euro zuzüglich 8 % Zinsen ab 29. November 1996, hilfsweise ab 20. August 1998, sowie 224 654 Euro und 60 Millionen Euro zuzüglich Verzugszinsen von 8 % ab Klageerhebung,

— an Herrn Emfietzoglou, den Vorstandsvorsitzenden von Michaniki, 15 Millionen Euro ab Klageerhebung als Ersatz seines immateriellen Schadens,

- an Michaniki 1 025 839 598 Euro zuzüglich Verzugszinsen in Höhe von 8 % ab Klageerhebung als Ersatz für entgangenen Gewinn,
  
- an Makedoniko Metro insgesamt 110 754 352 Euro, wovon Adtranz 20 % und Transurb Consult 0,35 % zustehen,

zu zahlen;

- der Kommission aufzugeben, ein Schreiben an alle ihre Dienststellen zu senden, um den guten Namen und den Ruf von Michaniki und ihres Präsidenten, Herrn Emfietzoglou, wiederherzustellen;
  
- der Kommission aufzugeben, die Protokolle der Sitzungen vom 7. April und vom 20. August 1998 mit den in diesen Sitzungen erlassenen Entscheidungen sowie sämtliche Originale der Schreiben der Herren Mogg und Monti sowie des Präsidenten der Kommission, Herrn Prodi, zu den Akten zu reichen und den Klägerinnen zu übermitteln;
  
- folgende Zeugen zu vernehmen:
  - den damals amtierenden Bürgerbeauftragten, Herrn Söderman,
  
  - dessen Mitarbeiter, die Herren Harden und Verheecke,
  
  - den Vorstandsvorsitzenden von Michaniki, Herrn Emfietzoglou,

— sämtliche Personen, deren Vernehmung notwendig erscheint, nachdem die Kommission die angeforderten Unterlagen vorgelegt hat;

— der Kommission sämtliche Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

31 Die Kommission beantragt in ihrer Einrede der Unzulässigkeit,

— die Klage als unzulässig abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

32 Die Klägerinnen beantragen in ihrer Stellungnahme zur Einrede der Unzulässigkeit,

— die Einrede der Unzulässigkeit zurückzuweisen;

— hilfsweise, die Entscheidung über die Zulässigkeit dem Endurteil vorzubehalten;

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

## Zur Zulässigkeit

- 33 Nach Artikel 114 § 1 der Verfahrensordnung kann das Gericht auf Antrag einer Partei vorab über die Unzulässigkeit entscheiden. Nach § 3 dieses Artikels wird mündlich verhandelt, sofern das Gericht nichts anderes bestimmt. Im vorliegenden Fall ist das Gericht in der Lage, aufgrund des Akteninhalts ohne mündliche Verhandlung über den Antrag zu entscheiden.

## *Zur Zulässigkeit der Anträge auf Schadensersatz*

### Vorbringen der Parteien

- 34 Die Kommission macht geltend, dass die im Rahmen der Prüfung einer Beschwerde nach dem Verfahren des Artikels 226 EG erlassenen Entscheidungen nicht Grundlage einer Schadensersatzklage vor den Gemeinschaftsgerichten sein könnten. Sie beruft sich hierfür auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts, wonach die Kommission nicht verpflichtet sei, ein Vertragsverletzungsverfahren nach Artikel 220 EG einzuleiten. Daher könne ihre Entscheidung, ein solches Verfahren gegen einen Mitgliedstaat nicht einzuleiten, keine rechtswidrige Verhaltensweise darstellen und somit nicht die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft auslösen.
- 35 In Bezug auf die Stellung des Beschwerdeführers im Verfahren nach Artikel 226 EG macht die Kommission geltend, dass Personen, die eine Beschwerde eingelegt hätten, das Gemeinschaftsgericht nicht mit einer Klage gegen eine Entscheidung, das Verfahren über ihre Beschwerde einzustellen, anrufen könnten und keine Verfahrensrechte hätten, die denjenigen vergleichbar seien, über die sie insbesondere in einem Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 des Rates vom

6. Februar 1962, Erste Verordnung zur Durchführung der Artikel [81] und [82] des Vertrages (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204) verfügten. Daher könnten die Entscheidungen der Kommission über die Nichteinleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens und über die Einstellung des Verfahrens über die Beschwerde nicht aus diesem Grund rechtswidrig sein und damit die Zulässigkeit der Schadensersatzklage begründen, selbst wenn die Kommission die Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens über die Beschwerde nicht hinreichend begründet und den Beschwerdeführern nicht ausreichend Zeit gelassen habe, ihren Standpunkt vor der Einstellung vorzutragen.

36 Auf alle Fälle gehe aus der Klageschrift hervor, dass die Klägerinnen Schadensersatz im Kern mit der Begründung begehren, dass die angefochtenen Handlungen der Kommission für sie zum Verlust des in Rede stehenden Auftrags des griechischen Staates geführt hätten, und nicht damit, dass diese Akte unzureichend begründet oder unter Verletzung von Verfahrensrechten erlassen worden seien. Zudem beeinflussten die Verwaltungsmaßnahmen, die die Kommission bei der Behandlung einer Beschwerde ergreife, weder die Natur des in Artikel 226 EG vorgesehenen Vertragsverletzungsverfahrens noch änderten sie diese. In dieser Hinsicht schließe das Ermessen der Kommission in diesem Bereich das Recht des Bürgers aus, von der Kommission eine konkrete Stellungnahme zu verlangen und eine Nichtigkeitsklage gegen ihre Weigerung zu erheben, das Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, oder eine Schadensersatzklage auf diese Weigerung zu stützen.

37 Schließlich vertritt die Kommission entgegen dem, was die Klägerinnen mehrfach in der Klageschrift geltend gemacht haben, die Ansicht, ihre Entscheidung, das Verfahren im Sinne von Artikel 226 EG nicht einzuleiten, sei rechtlich nicht bindend (Urteil des Gerichtshofes vom 1. März 1966 in der Rechtssache 48/65, Lütticke/Kommission, Slg. 1966, 27) und diese Entscheidung könne daher den angeblich rechtswidrigen Akt des griechischen Staates in Bezug auf den Ausschluss von Makedoniko Metro von den Verhandlungen über die Vergabe des Auftrags über den Bau der Untergrundbahn in Thessaloniki nicht „billigen“ und noch viel weniger „vorschreiben“. Daher sei dieses Vorbringen völlig irrig und offensichtlich unzulässig.

38 Die Klägerinnen machen zunächst geltend, die Kommission habe durch ihre Entscheidung, das Verfahren über die Beschwerde einzustellen, die Prinzipien und

Grundregeln des Gemeinschaftsrechts wie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz, der Verhältnismäßigkeit, einer ordnungsgemäßen Verwaltung, der Sorgfalt und des Vertrauensschutzes sowohl in materieller als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht verletzt. Die Kommission habe insbesondere ihre Pflicht zu ordnungsgemäßer Verwaltung dadurch verletzt, dass sie den Anspruch der Klägerinnen auf Anhörung und Unterrichtung beeinträchtigt und ihrer Begründungspflicht nicht genügt habe, was der Bürgerbeauftragte in seiner Entscheidung vom 30. Januar 2001 festgestellt habe. Aus diesem Grund beantragen die Klägerinnen, die Entscheidungen der Kommission vom 7. April und vom 20. August 1998 sowie die Protokolle über die Sitzungen, in denen diese Entscheidungen erlassen worden seien, zu den Akten zu reichen. Solche Pflichtverletzungen könnten die außervertragliche Haftung der Kommission auslösen.

39 In Bezug auf den Ermessensspielraum der Kommission bei der Durchführung des Vertragsverletzungsverfahrens im Sinne von Artikel 226 EG vertreten die Klägerinnen die Ansicht, dieser dürfe nicht, wie dies auch der Bürgerbeauftragte in seiner Entscheidung vom 30. Januar 2001 ausgeführt habe, einer Befugnis zu diktatorischem oder willkürlichem Handeln gleichgesetzt werden. Denn die Tätigkeit der Kommission in Ausübung ihres Ermessens dürfe der gerichtlichen Nachprüfung nicht entzogen werden (Urteil des Gerichtshofes vom 22. Oktober 1991 in der Rechtssache C-16/90, Nölle, Slg. 1991, I-5163, Randnr. 12). In einem solchen Fall müsse die Kommission die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und insbesondere den Grundsatz der Sorgfalt als Ausfluss des Grundsatzes einer ordnungsgemäßen Verwaltung beachten. Unter diesen Umständen erlaube die Anwendung des Grundsatzes der Sorgfalt in Verbindung mit der Wahrung des Rechts auf Anhörung und der Begründungspflicht, die Richtigkeit der von den Gemeinschaftsorganen erlassenen Entscheidungen und die Rechtmäßigkeit ihres Inhalts zu gewährleisten.

40 Schließlich wenden sich die Klägerinnen gegen die Ansicht, die Beschwerde vom 23. Januar 1997 betreffe nur die Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Hellenische Republik gemäß Artikel 226 EG. Denn mit dieser Beschwerde habe Makedoniko Metro nicht nur die als rechtswidrig betrachtete Entscheidung des Ministers vom 29. November 1996 und das Verhalten des Ministers sowie der Ausschüsse des Ministeriums für öffentliche Arbeiten angegriffen, sondern daneben bei der Kommission in ihrer Eigenschaft als Hüterin der Verträge, die ihr insbesondere durch Artikel 211 EG zugebilligt

werde, beantragt, die „für die Anwendung der Prinzipien und Grundregeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge erforderlichen Maßnahmen“ zu erlassen und Artikel 3 der Richtlinie 89/665 in Verbindung mit Artikel 2 dieser Richtlinie anzuwenden.

- 41 Im Ergebnis vertreten die Klägerinnen unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen in der Klageschrift die Ansicht, dass die vorliegende Klage die Voraussetzungen des Artikels 288 Absatz 2 EG erfülle, der hinsichtlich der Personen, die zur Erhebung einer solchen Klage berechtigt seien, keine besondere Beschränkung vorsehe. Daher sei die Klage für zulässig zu erklären. Dass die von der Kommission im Rahmen der Behandlung der Beschwerde und der Entscheidung, das Verfahren über sie einzustellen, erlassenen Maßnahmen nicht bindend seien, sei in dieser Hinsicht unerheblich.

#### Würdigung durch das Gericht

- 42 Die Klägerinnen verlangen Ersatz des Schadens, der ihnen zum einen dadurch entstanden sein soll, dass die Kommission kein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Hellenische Republik wegen Verstoßes gegen die Richtlinien 89/665 und 93/37 sowie gegen allgemeine Rechtsgrundsätze eingeleitet habe, und zum anderen dadurch, dass die Kommission das in Artikel 3 der Richtlinie 89/665 vorgesehene Verfahren nicht durchgeführt habe. Indem die Kommission es unterlassen habe, diese Verfahren einzuleiten und in ihrer Eigenschaft als Hüterin der Verträge alle Maßnahmen zu erlassen, die die Anwendung der Gemeinschaftsregelung für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge auf den vorliegenden Fall erlaubt hätten, habe sie die Grenzen ihres Ermessens überschritten und schuldhaft die Sorgfaltspflicht bei der Behandlung der Beschwerde und die Begründungspflicht verletzt, was die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft auslösen könne.

- 43 Was erstens die Nichteinleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Hellenische Republik angeht, so ist daran zu erinnern, dass nach der Rechtsprechung die Entscheidung der Kommission, kein Vertragsverletzungsverfahren nach Artikel 226 EG einzuleiten, nicht rechtswidrig ist, da sie nicht verpflichtet ist, ein solches Verfahren einzuleiten, so dass die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft nicht ausgelöst wird und das einzige Verhalten, das möglicherweise als Schadensursache betrachtet werden könnte, das Verhalten des betreffenden Mitgliedstaats, im vorliegenden Fall des griechischen Staates, ist (Beschluss des Gerichtshofes vom 23. Mai 1990 in der Rechtssache C-72/90, *Asia Motor France/Kommission*, Slg. 1990, I-2181, Randnr. 13, Urteil des Gerichts vom 14. September 1995 in der Rechtssache T-571/93, *Lefebvre u. a./Kommission*, Slg. 1995, II-2379, Randnr. 61; Beschlüsse des Gerichts vom 3. Juli 1997 in der Rechtssache T-201/96, *Smanor u. a./Kommission*, Slg. 1997, II-1081, Randnr. 30, und vom 10. April 2000 in der Rechtssache T-361/99, *Meyer/Kommission und EIB*, Slg. 2000, II-2031, Randnr. 13, und Urteil des Gerichts vom 10. April 2002 in der Rechtssache T-209/00, *Lamberts/Bürgerbeauftragter*, Slg. 2002, II-2203, Randnr. 53).
- 44 Daher ist der Antrag auf Schadensersatz, der darauf gestützt wird, dass es die Kommission unterlassen habe, gegen einen Mitgliedstaat ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, unzulässig (Beschlüsse *Asia Motor France/Kommission*, angeführt in Randnr. 43, Randnr. 15, und *Smanor u. a./Kommission*, angeführt in Randnr. 43, Randnr. 31).
- 45 Diesem Ergebnis steht das Vorbringen der Klägerinnen nicht entgegen, dass die Kommission im Rahmen der Prüfung der Beschwerde die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere die Verfahrensrechte der Klägerinnen, wie den Anspruch auf rechtliches Gehör oder die Begründungspflicht, verletzt habe.
- 46 Denn die verfahrensrechtliche Stellung der Beteiligten, die bei der Kommission eine Beschwerde eingelegt haben, unterscheidet sich im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 226 EG grundlegend von der Stellung, die sie im Rahmen eines

Verfahrens nach der Verordnung Nr. 17 haben. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Kommission nicht verpflichtet, ein Verfahren nach Artikel 226 EG einzuleiten, sondern sie verfügt über ein Ermessen, das ein Recht Einzelner, von ihr eine Stellungnahme in einem bestimmten Sinne zu verlangen, ausschließt (vgl. insbesondere Urteil des Gerichtshofes vom 14. Februar 1989 in der Rechtssache 247/87, *Star Fruit/Kommission*, Slg. 1989, 291, Randnr. 11, und Beschluss des Gerichtshofes vom 17. Juli 1998 in der Rechtssache C-422/97 P, *Sateba/Kommission*, Slg. 1998, I-4913, Randnr. 42). Daher können die Beschwerdeführer in einem Verfahren nach Artikel 226 EG eine Einstellung des Verfahrens durch die Kommission nicht mit einer Klage beim Gemeinschaftsrichter anfechten und haben keine Verfahrensrechte, die es ihnen wie die Rechte im Rahmen eines Verfahrens nach der Verordnung Nr. 17 ermöglichen, von der Kommission Information und Anhörung zu verlangen (Beschluss des Gerichts vom 29. September 1997 in der Rechtssache T-83/97, *Sateba/Kommission*, Slg. 1997, II-1523, Randnr. 32, bestätigt in der Rechtsmittelinstanz durch Beschluss vom 17. Juli 1998, *Sateba/Kommission*, Randnr. 42).

47 Auch bewirken, wie die Klägerinnen selbst einräumen, die in der Entscheidung der Kommission zur Einstellung der Beschwerde von *Makedoniko Metro* enthaltenen Beurteilungen keine Entscheidung des Streits zwischen den Klägerinnen und der zuständigen nationalen Behörde über die Rechtmäßigkeit des von dieser eingeleiteten Verfahrens zur Vergabe des öffentlichen Bauauftrags. Zwar ist die in dieser Entscheidung mitgeteilte Auffassung ein tatsächlicher Gesichtspunkt, den das zur Entscheidung des Rechtsstreits berufene nationale Gericht bei seiner Prüfung berücksichtigen kann. Da es sich jedoch um Beurteilungen handelt, die einem Verfahren nach Artikel 226 EG entspringen, binden sie die nationalen Gerichte nicht (Beschluss vom 29. September 1997, *Sateba/Kommission*, angeführt in Randnr. 46, Randnr. 41).

48 Zweitens ist auch der Antrag auf Ersatz des Schadens unzulässig, den die Klägerinnen wegen der unterbliebenen Einleitung des in Artikel 3 der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Verfahrens durch die Kommission erlitten zu haben behaupten.

- 49 Denn dieser Artikel bestimmt in Absatz 1, dass die Kommission das in den folgenden Absätzen vorgesehene Verfahren anwenden kann, wenn sie vor Abschluss eines Vertrages zu der Auffassung gelangt, dass bei einem Vergabeverfahren im Sinne der Richtlinie 93/37 ein klarer und eindeutiger Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen vorliegt.
- 50 Aus dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung, der von Artikel 226 EG weder abweicht noch diesen ersetzt, geht hervor, dass sie der Kommission die bloße Befugnis vorbehält, von dem dort vorgesehenen Verfahren Gebrauch zu machen. Die Entscheidung, von dieser Befugnis keinen Gebrauch zu machen, stellt keine rechtswidrige Handlung dar und ist daher nicht geeignet, die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft auszulösen. Im Übrigen hätte es der Kommission, selbst wenn sie aufgefordert worden wäre, davon Gebrauch zu machen, weiterhin freigestanden, stattdessen die bei ihr eingelegte Beschwerde nach Artikel 226 EG zu prüfen (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofes vom 24. Januar 1995 in der Rechtssache C-359/93, Kommission/Niederlande, Slg. 1995, I-157, Randnrn. 12 und 13, und vom 17. Dezember 1998 in der Rechtssache C-353/96, Kommission/Irland, Slg. 1998, I-8565, Randnr. 22, Beschluss vom 29. September 1997, Sateba/Kommission, angeführt in Randnr. 46, Randnrn. 36 und 37, bestätigt im Rechtsmittelverfahren durch Beschluss vom 17. Juli 1998, Sateba/Kommission, angeführt in Randnr. 46, Randnr. 32).
- 51 Nach allem sind die vorliegenden Klageanträge auf Schadensersatz als unzulässig zurückzuweisen. Daher brauchen die von den Klägerinnen vorgeschlagenen prozessleitenden Verfügungen nicht erlassen und die von ihnen vorgeschlagenen Beweiserhebungen nicht vorgenommen zu werden.

*Zum Antrag auf Erlass einer Anordnung*

- 52 Im Rahmen ihres dritten Klageantrags beantragen die Klägerinnen, anzuordnen, dass die Kommission „ein dienstliches Schreiben an alle ihre Dienststellen sendet, um den guten Namen und den Ruf von [Michaniki] und ihres Präsidenten, Herrn ... Emfietzoglou, wieder herzustellen“.

- 53 Der Gemeinschaftsrichter darf keine Anordnungen an ein Gemeinschaftsorgan richten, weil er damit in die Befugnisse der Verwaltung eingreifen würde. Dieser Grundsatz führt nicht nur zur Unzulässigkeit von Anträgen im Rahmen einer Nichtigkeitsklage, die darauf gerichtet sind, dem beklagten Organ das Ergreifen von Maßnahmen vorzuschreiben, die sich aus der Durchführung eines Nichtigkeitsurteils ergeben, sondern gilt grundsätzlich auch im Rahmen einer Klage im Verfahren mit unbeschränkter Nachprüfung (vgl. entsprechend Urteil des Gerichts vom 27. Juni 1991 in der Rechtssache T-156/89, Valverde Mordt/ Gerichtshof, Slg. 1991, II-407, Randnr. 150).
- 54 Daher ist dieser Antrag ebenfalls zurückzuweisen.
- 55 Nach allem ist die vorliegende Klage insgesamt als unzulässig abzuweisen.

## Kosten

- 56 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerinnen unterlegen sind, ist gemäß dem Antrag der Kommission zu entscheiden, dass sie neben ihren eigenen Kosten die Kosten der Kommission zu tragen haben.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Vierte Kammer)

beschlossen:

1. Die Klage wird als unzulässig abgewiesen.
2. Die Klägerinnen tragen die Kosten des Verfahrens.

Luxemburg, den 14. Januar 2004.

Der Kanzler

H. Jung

Der Präsident

H. Legal