



## Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTS (Zweite Kammer)

13. Oktober 2015\*

„Öffentliche Dienstleistungsaufträge — Ausschreibungsverfahren — Technische Hilfe für die Zollverwaltung in Serbien zur Unterstützung der Modernisierung des Zollsystems — Interessenkonflikt — Ablehnung des Angebots eines Bieters durch die Delegation der Union in der Republik Serbien — Stillschweigende Zurückweisung der Beschwerde gegen die Ablehnung des Angebots“

In der Rechtssache T-403/12

**Intrasoft International SA** mit Sitz in Luxemburg (Luxemburg), Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt S. Pappas,

Klägerin,

gegen

**Europäische Kommission**, vertreten durch F. Erlbacher und E. Georgieva als Bevollmächtigte,

Beklagte,

wegen Nichtigerklärung des Schreibens der Kommission, vertreten durch die Delegation der Europäischen Union in der Republik Serbien, vom 10. August 2012, in dem es heißt, dass der Dienstleistungsauftrag im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens EuropeAid/131367/C/SER/RS, „Technische Hilfe für die Zollverwaltung in Serbien zur Unterstützung der Modernisierung des Zollsystems“ (ABl. 2011/S 160-262712), nicht an das Konsortium vergeben werden könne, dem die Intrasoft International SA angehörte, und wegen Nichtigerklärung der angeblichen stillschweigenden Zurückweisung der von der Klägerin gegen das Schreiben vom 10. August 2012 eingelegten Beschwerde,

erlässt

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung der Präsidentin M. E. Martins Ribeiro sowie der Richter S. Gervasoni und L. Madise (Berichterstatter),

Kanzler: L. Grzegorzcyk, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 2015

folgendes

\* Verfahrenssprache: Englisch.

## Urteil

### Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 1 Die Klägerin, die Intrasoft International SA, ist eine Gesellschaft mit Sitz in Luxemburg (Luxemburg).
- 2 Am 23. August 2011 wurde eine Auftragsbekanntmachung mit der Referenz EuropeAid/131367/C/SER/RS (im Folgenden: Auftragsbekanntmachung) im Supplement zum *Amtsblatt der Europäischen Union* (ABl. 2011/S 160-262712) veröffentlicht.
- 3 Gegenstand der Bekanntmachung war die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags mit der Bezeichnung „Technische Hilfe für die Zollverwaltung in Serbien zur Unterstützung der Modernisierung des Zollsystems“. Für die Ausführung der Aufgaben waren ursprünglich ein Zeitraum von 24 Monaten und ein maximales Budget von 4 100 000 Euro vorgesehen.
- 4 Die Ausschreibung war Teil des Instruments für Heranführungshilfe, das durch die Verordnung (EG) Nr. 1085/2006 des Rates vom 17. Juli 2006 zur Schaffung eines Instruments für Heranführungshilfe (IPA) (ABl. L 210, S. 82) geschaffen wurde und geregelt wird. Dieses Instrument soll mehrere Länder, darunter Serbien, bei der schrittweisen Angleichung an die Standards, die Politik und den Besitzstand der Europäischen Union mit Blick auf ihre künftige Mitgliedschaft unterstützen. Diese Unterstützung wird u. a. durch die Ausschreibung und Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge durch die Europäische Kommission geleistet, wobei die Zuschlagsempfänger die Dienstleistungen einem begünstigten Land erbringen, im vorliegenden Fall Serbien.
- 5 Öffentlicher Auftraggeber war die Union, vertreten durch die Kommission, die durch ihre Delegation in der Republik Serbien tätig wurde (im Folgenden: öffentlicher Auftraggeber).
- 6 Der Auftragsbekanntmachung zufolge war der Auftrag im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens, das sich aus zwei Abschnitten – Vorauswahl und Zuschlag – zusammensetzte, auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu vergeben.
- 7 Im Rahmen der Vorauswahl wurde den interessierten Personen eine Frist bis zum 30. September 2011 gesetzt, innerhalb deren ihre Bewerbungen einschließlich bestimmter Angaben zum Nachweis ihrer finanziellen, technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit betreffend die Durchführung des Auftragsgegenstands einzureichen waren. Nach der Bewertung der Bewerbungen hatte ein Bewertungsausschuss eine Shortlist der in Frage kommenden Bewerber anzufertigen, die sich aus vier bis acht Bewerbern zusammensetzte, die eingeladen waren, am zweiten Abschnitt des Verfahrens – dem Zuschlagsverfahren – teilzunehmen.
- 8 Im Rahmen dieses Ausschreibungsverfahrens stellte die Klägerin dem öffentlichen Auftraggeber schriftliche Fragen gemäß Ziff. 3.3.5 („Ergänzende Auskünfte während des Verfahrens“) des *Handbuchs für Vergabeverfahren im Rahmen von EU-Außenmaßnahmen der Kommission*, das die Dienststellen der Kommission für die praktische Umsetzung von Finanzhilfen für Drittländer erarbeitet haben (im Folgenden: Handbuch). Sie fragte insbesondere an, ob bei einer Gesellschaft oder einem Sachverständigen, die an dem betreffenden Ausschreibungsverfahren teilnehmen möchten, von einem Interessenkonflikt auszugehen sei, weil sie im Rahmen eines früheren Ausschreibungsverfahrens an der Ausführung des Projekts EuropeAid/128180/C/SER/RS beteiligt waren.
- 9 Mit E-Mail vom 26. April 2012 gab der öffentliche Auftraggeber der Klägerin zur Antwort, dass „eine Gesellschaft oder ein Sachverständiger, die bzw. der an der Ausführung des Projekts EuropeAid/128180/C/SER/RS beteiligt war und an der Ausschreibung EuropeAid/131367/C/SER/RS

teilnehmen möchte, sich nicht in einem Interessenkonflikt befindet, [da] die Ausschreibung EuropeAid/128180/C/SER/RS nicht die Vorbereitung von Dokumenten für die Ausschreibung EuropeAid/131367/C/SER/RS umfasste“.

- 10 Die Klägerin reichte ihre Unterlagen für die Teilnahme an der Ausschreibung als Mitglied eines Konsortiums ein, das sie zusammen mit der Serbian Business Systems d.o.o. und der Belit d.o.o. bildete.
- 11 Mit Schreiben vom 10. August 2012 teilte der öffentliche Auftraggeber der Klägerin mit, dass der Dienstleistungsauftrag nicht an das Konsortium vergeben werden könne, dem sie angehöre (im Folgenden: Schreiben vom 10. August 2012). Das Schreiben enthielt folgende Erläuterungen:
  - Die Klägerin habe zu einer Reihe von Dokumenten, die integraler Bestandteil des laufenden Ausschreibungsverfahrens und Ausgangspunkt für die Festlegung der mit dieser Ausschreibung erfassten Tätigkeiten seien, einen privilegierten Zugang gehabt. Dieser privilegierte Zugang hänge damit zusammen, dass sie an der Ausarbeitung dieser Dokumente im Rahmen eines früheren Ausschreibungsverfahrens – EuropeAid/128180/C/SER/RS – beteiligt gewesen sei. Der öffentliche Auftraggeber gehe daher in Anwendung von Ziff. 2.3.6 des Handbuchs davon aus, dass die Voraussetzung des Bestehens eines Interessenkonflikts erfüllt sei.
  - Der öffentliche Auftraggeber habe die Umstände des vorliegenden Falles erst im Detail prüfen können, nachdem er alle Bewerbungen im Einzelfall genau geprüft habe.
  - Die Klägerin könne bis zum 17. August 2012 mitteilen, dass sie damit nicht einverstanden sei, oder weitere Informationen anfordern. An diesem Tag werde der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren fortsetzen.
- 12 Mit E-Mail vom 13. August 2012 bat die Klägerin den öffentlichen Auftraggeber, seine im Schreiben vom 10. August 2012 enthaltene Entscheidung, dass das Angebot des Konsortiums, dem sie angehöre, abgelehnt werde, zurückzunehmen, und sie beantragte auch, das Ausschreibungsverfahren auszusetzen, bis sie mehr Informationen über die Gründe der Ablehnung erhalten habe.
- 13 Mit Schreiben vom 12. September 2012 teilte der öffentliche Auftraggeber der Klägerin mit, dass er den Dienstleistungsauftrag wegen des im Schreiben vom 10. August 2012 genannten Interessenkonflikts nicht an das Konsortium vergeben könne, dem sie angehöre, und er teilte ihr auch den Namen des Konsortiums mit, an den der Auftrag nach Ansicht des Bewertungsausschusses zu vergeben war (im Folgenden: Schreiben vom 12. September 2012).

### **Verfahren und Anträge der Parteien**

- 14 Mit Klageschrift, die am 11. September 2012 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin die vorliegende Klage auf Nichtigerklärung der im Schreiben vom 10. August 2012 enthaltenen Entscheidung und der angeblichen stillschweigenden Zurückweisung ihrer Beschwerde erhoben.
- 15 Mit besonderem Schriftsatz, der am 21. September 2012 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin einen Antrag auf Aussetzung des Vollzugs der im Schreiben vom 10. August 2012 enthaltenen Entscheidung, der angeblichen stillschweigenden Zurückweisung ihrer Beschwerde und der im Schreiben vom 12. September 2012 enthaltenen Entscheidung, die nach der Erhebung der Nichtigkeitsklage vor dem Gericht ergangen war, eingereicht.

- 16 Mit Beschluss vom 14. November 2012, Intrasoft International/Kommission (T-403/12 R, EU:T:2012:600), hat der für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständige Richter den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz mangels Dringlichkeit zurückgewiesen.
- 17 Im Zuge einer Änderung der Besetzung der Kammern des Gerichts ist der Berichterstatter der Zweiten Kammer zugeteilt worden, der deshalb die vorliegende Rechtssache zugewiesen worden ist.
- 18 Das Gericht (Zweite Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen.
- 19 Die Parteien haben in der Sitzung vom 27. Januar 2015 mündlich verhandelt und mündliche Fragen des Gerichts beantwortet.
- 20 Die mündliche Verhandlung ist am 12. Februar 2015 geschlossen worden.
- 21 Die Klägerin beantragt,
- die im Schreiben vom 10. August 2012 enthaltene Entscheidung der Delegation der Union in der Republik Serbien und die stillschweigende Zurückweisung ihrer Beschwerde gegen diese Entscheidung für nichtig zu erklären, damit sie zur Teilnahme an den weiteren Abschnitten der Ausschreibung zugelassen wird;
  - der Beklagten die Kosten aufzuerlegen.
- 22 Die Kommission beantragt,
- die Klage als unzulässig abzuweisen;
  - hilfsweise, die Klage als unbegründet abzuweisen;
  - der Klägerin ihre eigenen Kosten und die der Kommission im vorliegenden Verfahren und im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in der Rechtssache T-403/12 R entstandenen Kosten aufzuerlegen.
- 23 Auf eine Frage in der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin, wie in das Protokoll der mündlichen Verhandlung aufgenommen wurde, näher ausgeführt, dass das Schreiben vom 12. September 2012, das der öffentliche Auftraggeber einen Tag nach der Einreichung ihrer Klage beim Gericht an sie gesandt habe, weder Gegenstand dieser Klage sei noch zu einer Anpassung ihrer Anträge führe. Hierzu hat die Klägerin erklärt, bei dem Schreiben vom 12. September 2012 handle es sich lediglich um eine Bestätigung des Schreibens vom 10. August 2012 und es teile daher dessen Schicksal.

## **Rechtliche Würdigung**

### *Zur Zulässigkeit*

- 24 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Handlungen, die Gegenstand der vorliegenden Klage sind (im Folgenden: angefochtene Handlungen), erstens um das Schreiben vom 10. August 2012 handelt, in dem es heißt, dass der in Rede stehende Dienstleistungsauftrag nicht an das Konsortium vergeben werden könne, dem die Klägerin angehöre, da diese sich in einem Interessenkonflikt befinde, und zweitens um die angebliche stillschweigende Zurückweisung der Beschwerde der Klägerin gegen das Schreiben vom 10. August 2012.

- 25 Ohne förmlich eine Unzulässigkeitseinrede nach Art. 114 der Verfahrensordnung des Gerichts zu erheben, trägt die Kommission in ihrer Klagebeantwortung Argumente vor, mit denen sie die Zulässigkeit der gegen die angefochtenen Handlungen gerichteten Klage bezweifelt.
- 26 Sie macht geltend, das Schreiben vom 10. August 2012 stelle keine anfechtbare Handlung dar, da es nur dazu diene, die Klägerin darüber zu informieren, dass bei ihrer Bewerbung von einem Interessenkonflikt ausgegangen werde, und ihr die Gründe für diese Beurteilung mitzuteilen. Die einzige Handlung, die Gegenstand einer Nichtigkeitsklage sein könne, sei die mit dem Schreiben vom 12. September 2012 mitgeteilte Entscheidung, die jedoch nicht fristgerecht angefochten und damit in Bezug auf die Klägerin bestandskräftig geworden sei.
- 27 Was die angebliche stillschweigende Zurückweisung der Beschwerde anbelangt, erläutert die Kommission, die in Ziff. 2.4.15.1 des Handbuchs genannte Frist von 15 Arbeitstagen für die Erteilung einer Antwort auf eine Beschwerde sei nur eine „Regelung für eine bestmögliche Bearbeitung“, die im Interesse einer guten Verwaltung festgelegt worden sei, und das Fehlen einer Antwort innerhalb dieser Frist könne folglich nicht als eine stillschweigende Zurückweisung der Beschwerde der Klägerin angesehen werden. Das Handbuch könne nämlich keine zwingenden Bestimmungen für die Fristen festlegen, innerhalb derer eine Klage beim Gericht zu erheben ist.
- 28 Nach der ständigen Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Nichtigkeitsklagen ist für die Qualifizierung angefochtener Handlungen sowohl auf deren Wesen als auch auf die Absicht des Handelnden abzustellen. Anfechtbare Handlungen sind insoweit grundsätzlich Maßnahmen, die den Standpunkt der Kommission beim Abschluss eines Verwaltungsverfahrens endgültig festlegen und verbindliche Rechtswirkungen erzeugen sollen, die die Interessen des Klägers berühren, was Zwischenmaßnahmen, die der Vorbereitung der endgültigen Entscheidung dienen und keine solche Wirkung haben, ausschließt (vgl. Urteil vom 17. Juli 2008, Athinaiki Techniki/Kommission, C-521/06 P, Slg. EU:C:2008:422, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 29 Die Form, in der eine Handlung oder eine Entscheidung ergeht, ist für die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage grundsätzlich ohne Bedeutung. Somit wirkt es sich auf die Qualifizierung der betreffenden Handlung nicht aus, ob sie bestimmten formalen Anforderungen genügt, ob sie also vom Handelnden zutreffend bezeichnet wurde, hinreichend begründet ist oder die Rechtsgrundlage angibt. Daher ist es unerheblich, dass die Handlung nicht als „Entscheidung“ bezeichnet wurde oder dass sie nicht auf die Vorschriften des AEU-Vertrags hinweist, in denen die gegen sie zur Verfügung stehenden Klagemöglichkeiten vorgesehen sind (vgl. entsprechend Urteil Athinaiki Techniki/Kommission, oben in Rn. 28 angeführt, EU:C:2008:422, Rn. 43 und 44 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 30 Wäre es anders, könnte die Kommission sich der Kontrolle durch den Unionsrichter durch die bloße Missachtung solcher Formerfordernisse entziehen. Aus der Rechtsprechung geht nämlich hervor, dass – da die Union eine Rechtsgemeinschaft ist, in der die Handlungen ihrer Organe auf ihre Vereinbarkeit mit dem Vertrag hin kontrolliert werden – die Verfahrensmodalitäten für die beim Unionsrichter anhängigen Klagen so weit wie möglich dahin auszulegen sind, dass sie zur Erreichung des Ziels beitragen, einen effektiven gerichtlichen Schutz der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte zu gewährleisten (vgl. Urteil Athinaiki Techniki/Kommission, oben in Rn. 28 angeführt, EU:C:2008:422, Rn. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 31 Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen ist zunächst festzustellen, ob die oben in Rn. 24 genannten angefochtenen Handlungen, wie die Klägerin geltend macht, sie beschwerende Maßnahmen darstellen, die daher Gegenstand einer Nichtigkeitsklage sein können.

Zur Zulässigkeit der gegen das Schreiben vom 10. August 2012 gerichteten Klage

- 32 Die verbindlichen Rechtswirkungen einer Handlung sind anhand objektiver Kriterien zu beurteilen, wie z. B. des Inhalts der Handlung (vgl. entsprechend Urteil vom 20. März 1997, Frankreich/Kommission, C-57/95, Slg, EU:C:1997:164, Rn. 9), wobei gegebenenfalls der Zusammenhang ihres Erlasses (vgl. entsprechend Beschluss vom 13. Juni 1991, Sunzest/Kommission, C-50/90, Slg, EU:C:1991:253, Rn. 13, und Urteil vom 26. Januar 2010, Internationaler Hilfsfonds/Kommission, C-362/08 P, Slg, EU:C:2010:40, Rn. 58) und die Befugnisse des die Handlung vornehmenden Organs zu berücksichtigen sind (vgl. entsprechend Urteil vom 1. Dezember 2005, Italien/Kommission, C-301/03, Slg, EU:C:2005:727, Rn. 28).
- 33 Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob das Schreiben vom 10. August 2012 im Hinblick auf seinen Inhalt, den tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhang, in den es sich einfügt, und die Befugnisse der Behörde, die es verfasst hat, als eine die Klägerin beschwerende Maßnahme eingestuft werden kann.
- 34 Hierzu ist zunächst anzumerken, dass zum einen im vorliegenden Fall nicht bestritten wird, dass die angefochtenen Handlungen, die von der Delegation der Union in der Republik Serbien vorgenommen wurden, der Kommission zuzurechnen sind, so dass diese im vorliegenden Verfahren die rechtmäßige Beklagte ist. Wie die Klägerin zu Recht geltend macht, folgt nämlich aus der Rechtsprechung des Gerichts, dass die von dieser Delegation als nachgeordnet bevollmächtigte Anweisungsbefugte der Kommission erlassenen Handlungen es nicht erlauben, der Delegation die Beklagteneigenschaft zuzuerkennen, und im vorliegenden Fall der Kommission zuzurechnen sind (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 4. Juni 2012, Elti/Delegation der Union in Montenegro, T-395/11, Slg, EU:T:2012:274, Rn. 64).
- 35 Zum anderen wird auch nicht bestritten, dass die Klägerin als Mitglied des Konsortiums Adressatin der an das Konsortium gerichteten Entscheidung ist, da das Konsortium in Bezug auf seine Mitglieder transparent ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. März 2010, Evropaiki Dynamiki/Kommission, T-50/05, Slg, EU:T:2010:101, Rn. 40).
- 36 Was erstens den Inhalt des Schreibens vom 10. August 2012 anbelangt, ist festzustellen, dass es wie folgt formuliert ist:
- „Leider muss ich Ihnen mitteilen ..., dass davon ausgegangen wird, dass bei Ihrer Bewerbung ein Interessenkonflikt besteht und [dass der Auftrag] daher nicht an Ihr Konsortium vergeben werden kann. [D]er öffentliche Auftraggeber ist zu dem Ergebnis gelangt, dass der Vertrag nicht an das Konsortium vergeben werden kann [dem Sie angehören], da Sie sich in einem Interessenkonflikt befinden. [D]er öffentliche Auftraggeber stellt in Übereinstimmung mit Ziff. 2.3.6 des [Handbuchs] fest, dass die Voraussetzungen, die [bestimmen, ob] ein Interessenkonflikt vorliegt, erfüllt sind ...“
- 37 Aus dem Wortlaut dieses Schreibens folgt demnach, dass dessen Verfasser die Klägerin nicht nur, wie die Kommission geltend macht, über seine Absicht informiert hat, sie vom Zuschlagsverfahren auszuschließen, sondern dass er ihr auch die Entscheidung mitgeteilt hat, den Auftrag nicht an das Konsortium zu vergeben, dem sie angehörte.
- 38 Dieses Ergebnis wird auch nicht dadurch entkräftet, dass in dem Schreiben vom 10. August 2012 eine Frist genannt wird, innerhalb deren die Klägerin dem öffentlichen Auftraggeber mitteilen kann, dass sie nicht einverstanden ist, oder weitere Informationen anfordern kann. Ein solcher Hinweis in Übereinstimmung mit Ziff. 2.4.15.1 des Handbuchs gibt zum einen dem Adressaten der Handlung insbesondere die Möglichkeit, im Wege einer Beschwerde seine durch die betreffende Entscheidung berührten Interessen zu wahren, ohne den Rechtsweg beschreiten zu müssen, und zum anderen, weitere Erläuterungen zu der bereits getroffenen Entscheidung zu erhalten.

- 39 Im Übrigen berührt die Möglichkeit der Einlegung einer Beschwerde, wie insbesondere in Ziff. 2.4.15.3 des Handbuchs und in der erläuternden Fußnote, auf die in dieser Ziffer verwiesen wird, angegeben ist, nicht das Recht des Adressaten der Handlung, innerhalb der im Unionsrecht ausdrücklich vorgesehenen Fristen das Gericht anzurufen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. September 2011, CMB und Christof/Kommission, T-407/07, EU:T:2011:477, Rn. 103). Daraus folgt, dass eine solche Möglichkeit die Klägerin nicht von ihrer Verpflichtung entbindet, die Fristen für die Erhebung einer Nichtigkeitsklage vor dem Gericht zu beachten.
- 40 Zweitens ist zum Zusammenhang, in den sich das Schreiben vom 10. August 2012 einfügt, anzumerken, dass dieses die Beurteilung der Ausschlusskriterien hinsichtlich der für das Zuschlagsverfahren ausgewählten Bewerber zum Gegenstand hat, die in Ziff. 2.3.3 des Handbuchs genannt werden, wie dies in Ziff. 15 der Auftragsbekanntmachung angegeben wird. Am Ende dieser Beurteilung stand die Mitteilung, dass der Auftrag nicht an das Konsortium vergeben werden könne, dem die Klägerin angehörte. Aus den Akten geht nämlich nicht hervor, dass das Angebot des Konsortiums, dem die Klägerin angehörte, nach dem Schreiben vom 10. August 2012 erneut beurteilt wurde.
- 41 Anzumerken ist, dass der Verfasser des Schreibens vom 10. August 2012 in diesem angegeben hat, dass er, wenn es keine Einwendungen oder Anfragen zu weiteren Informationen gebe, „das Zuschlagsverfahren gemäß den Regelungen des Handbuchs fortsetzen [wird]“. Festzustellen ist, dass in dem Schreiben vom 12. September 2012, das der Klägerin einen Tag nach der Einreichung ihrer Klage beim Gericht übersandt wurde, der Name des vom Bewertungsausschuss vorgeschlagenen Zuschlagsempfängers genannt wird. Daraus folgt, dass der öffentliche Auftraggeber ungeachtet des Antrags der Klägerin in ihrer Beschwerde vom 13. August 2012, das laufende Ausschreibungsverfahren auszusetzen, dieses fortgesetzt und angegeben hat, welcher der verbleibenden Bewerber der potenzielle Zuschlagsempfänger ist.
- 42 Diesbezüglich ist hinzuzufügen, dass der in der letzten Zeile des Schreibens vom 12. September 2012 enthaltene Hinweis, dass gemäß Ziff. 2.4.15 des Handbuchs gegen die betreffende Entscheidung Klage erhoben werden könne, dahin ausgelegt werden kann, dass damit auf die Möglichkeit verwiesen wird, gegen die Entscheidung vorzugehen, dass der Auftrag an einen anderen Bieter vergeben wird. Die in Rede stehende Angabe ist daher für die Frage, ob das Schreiben vom 12. September 2012 als endgültige Entscheidung über den Ausschluss der Klägerin angesehen werden kann, nicht entscheidend. Diese Angabe zeigt dagegen noch einmal, wie auch die Klägerin zu Recht geltend macht, dass das Ausschreibungsverfahren nicht ausgesetzt worden war und mit der Nennung des potenziellen Zuschlagsempfängers durch den Bewertungsausschuss abgeschlossen wurde.
- 43 Daher ist festzustellen, dass sich der Verfasser des Schreibens vom 10. August 2012, im Hinblick auf den Kontext, in den es sich einfügt, dazu geäußert hat, ob die Klägerin befugt ist, am Zuschlagsverfahren teilzunehmen, dass er ferner angegeben hat, dass sich die Klägerin in einem Interessenkonflikt befinde, und folglich festgestellt hat, dass der Auftrag nicht an das Konsortium vergeben werden könne, dem die Klägerin angehörte.
- 44 Was drittens und als letzten Punkt die Befugnisse des Verfassers des angefochtenen Schreibens, also der Delegation der Union in der Republik Serbien, angeht, ist anzumerken, dass diese, wie oben in Rn. 5 ausgeführt, als von der Kommission nachgeordnet bevollmächtigter öffentlicher Auftraggeber handelte. Folglich stellt die fragliche Handlung nicht nur eine bloße Stellungnahme des Bewertungsausschusses dar, unter welchen Voraussetzungen ein Bieter wegen eines Interessenkonflikts ausgeschlossen werden kann, sondern eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, die als solche geeignet war, für ihren Adressaten verbindliche Rechtswirkungen zu erzeugen.

- 45 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass das Schreiben vom 10. August 2012 angesichts seines Inhalts, des rechtlichen und des tatsächlichen Zusammenhangs, in den es sich einfügt, sowie der Befugnisse der Behörde, die es verfasst hat, geeignet war, Rechtswirkungen zu erzeugen, die die Interessen der Klägerin beeinträchtigen, so dass es sich um eine sie beschwerende Maßnahme handelt, die Gegenstand einer Nichtigkeitsklage vor dem Gericht sein kann.
- 46 Entgegen dem Vorbringen der Kommission hat die Klägerin, nachdem sie mit der sie beschwerenden Maßnahme im Sinne der oben in den Rn. 28 bis 30 und 32 angeführten Rechtsprechung konfrontiert war, die vorliegende Klage ordnungsgemäß innerhalb der Frist erhoben, die ab dem Erlass dieser Maßnahme berechnet wird. Für die Erhebung der vorliegenden Klage musste sie nicht eine Antwort auf ihre Beschwerde vom 13. August 2012 abwarten, wie dies aus der oben in Rn. 39 angeführten Rechtsprechung und darüber hinaus aus den Ziff. 2.4.15.1 und 2.4.15.3 des Handbuchs hervorgeht.
- 47 Da das Schreiben vom 10. August 2012 als eine anfechtbare Handlung eingestuft wurde, ist auf das Vorbringen der Kommission einzugehen, das Schreiben vom 12. September 2012 enthalte eine die Klägerin beschwerende Entscheidung, die, da sie nicht innerhalb der Klagefrist angefochten worden sei, den Ausschluss der Klägerin vom Ausschreibungsverfahren wegen eines Interessenkonflikts habe bestandskräftig werden lassen. Bei einem solchen Vorbringen ist zu untersuchen, ob das Rechtsschutzinteresse der Klägerin andauert, nachdem der öffentliche Auftraggeber das Schreiben vom 12. September 2012 verfasst hat, was voraussetzt, dass die Klage der Partei, die sie erhoben hat, im Ergebnis einen Vorteil verschaffen kann (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 25. Juni 2014, *Accorinti u. a./EZB*, T-224/12, EU:T:2014:611, Rn. 68).
- 48 Hierzu ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass sich die Nichtigerklärung einer bestätigenden Handlung als Nichtigerklärung der früheren Handlung darstellt, so dass die Nichtigerklärung der früheren Handlung automatisch die der bestätigenden Handlung impliziert (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. Mai 1998, *Vereinigtes Königreich/Kommission*, C-180/96, Slg, EU:C:1998:192, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung). Hat die bestätigte Entscheidung keine Bestandskraft erlangt, so hat daher der Betroffene das Recht, gegen die bestätigte Entscheidung, gegen die bestätigende Entscheidung oder gegen beide Entscheidungen vorzugehen (vgl. Urteil vom 16. September 1998, *Waterleiding Maatschappij/Kommission*, T-188/95, Slg, EU:T:1998:217, Rn. 108 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 49 Im vorliegenden Fall ist erstens festzustellen, dass der im Schreiben vom 12. September 2012 enthaltene Hinweis auf die Stellungnahme des Bewertungsausschusses, dass der Auftrag an ein anderes Konsortium zu vergeben sei, aus dem fraglichen Schreiben nicht eine Handlung macht, die das Schreiben vom 10. August 2012 ersetzt, was die Ablehnung des Angebots des Konsortiums anbelangt, dem die Klägerin angehörte. Dieser Hinweis bewirkt nämlich weder eine Änderung der Begründung noch des Inhalts oder der Wirkungen der im Schreiben vom 10. August 2012 enthaltenen Entscheidung in Bezug insbesondere auf den Ausschluss der Klägerin vom Ausschreibungsverfahren wegen eines Interessenkonflikts und die anschließende Ablehnung des Angebots des Konsortiums, dem sie angehörte.
- 50 Was zweitens die Aussage anbelangt, dass der öffentliche Auftraggeber die von der Klägerin in ihrem Schreiben vom 13. August 2012 angeführten Gesichtspunkte berücksichtigt habe, ist anzumerken, dass, wenn das Schreiben vom 12. September 2012 eine Antwort auf die Beschwerde der Klägerin darstellte, die vom öffentlichen Auftraggeber in diesem Schreiben genannten Gesichtspunkte keineswegs wesentliche oder neue Tatsachen im Verhältnis zu denjenigen darstellen, die ihm bereits bei Abfassung des Schreibens vom 10. August 2012 bekannt waren, wie die Rechtsprechung dies für die Einstufung von Tatsachen als „neu und wesentlich“ fordert (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. Februar 2001, *Inpesca/Kommission*, T-186/98, Slg, EU:T:2001:42, Rn. 50 und 51 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die Klägerin hat mit den von ihr genannten Gesichtspunkten den öffentlichen Auftraggeber lediglich daran erinnert, dass er das Vorliegen eines Interessenkonflikts in Bezug auf die Klägerin zuvor ausgeschlossen und sie hierüber mit E-Mail vom 26. April 2012



informiert hatte (siehe oben, Rn. 9). Darüber hinaus enthält das Schreiben vom 12. September 2012 keine Angaben zu einer möglichen erneuten Überprüfung der Position der Klägerin oder der Beurteilung ihres Angebots nach der Übersendung des Schreibens vom 10. August 2012.

- 51 Darüber hinaus können abgelehnte Bewerber gemäß Art. 149 Abs. 3 Unterabs. 4 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2342/2002 der Kommission vom 23. Dezember 2002 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 (ABl. L 357, S. 1) den öffentlichen Auftraggeber zwar schriftlich ersuchen, ihnen „ergänzende Auskünfte zu den Gründen für die Ablehnung“ mitzuteilen; die Mitteilung solcher ergänzender Informationen ersetzt jedoch nicht die Entscheidung, mit der das Angebot des betreffenden Bieters abgewiesen wurde, da die Begründung einer solchen Entscheidung in mehreren Etappen erfolgen kann (vgl. Urteil vom 22. Mai 2012, *Sviluppo Globale/Kommission*, T-6/10, EU:T:2012:245, Rn. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 52 Nach alledem hat der öffentliche Auftraggeber mit seinem Schreiben vom 12. September 2012 im Wesentlichen nur den Standpunkt bekräftigt, den er bereits in seinem Schreiben vom 10. August 2012 vertreten hat, und sich dabei auf dieselben tatsächlichen und rechtlichen Argumente gestützt. Keine der in diesem Schreiben enthaltenen Informationen stellt ein neues und wesentliches Element dar, das aus diesem Schreiben eine Entscheidung über den Ausschluss der Klägerin machen würde, die das Schreiben vom 10. August 2012 ersetzt oder an dessen Stelle tritt.
- 53 Folglich hat das Schreiben vom 12. September 2012 nicht dazu geführt, dass die vorliegende Klage, die gegen die im Schreiben vom 10. August 2012 enthaltene Entscheidung gerichtet ist, gegenstandslos geworden wäre, so dass das Rechtsschutzinteresse der Klägerin, dass ihrem Ausschluss vom Ausschreibungsverfahren und der Ablehnung des Angebots des Konsortiums, dem sie angehörte, abgeholfen wird, im vorliegenden Fall fortbesteht. Entgegen dem Vorbringen der Kommission hat die Klägerin, wie bereits oben in Rn. 46 ausgeführt, zu Recht Klage auf Nichtigerklärung der in dem Schreiben vom 10. August 2012 enthaltenen Entscheidung erhoben, da diese eine Maßnahme darstellt, die Rechtswirkungen entfaltet, die ihre Interessen berühren, und die für sie verbindlich ist. Andernfalls liefe sie Gefahr, dass die Kommission ihr die Verspätung ihrer Klage entgegenhielte, da das Schreiben vom 12. September 2012, wie die Klägerin zu Recht geltend macht, im Wesentlichen nur eine Bestätigung des Schreibens vom 10. August 2012 darstellt.
- 54 Nach ständiger Rechtsprechung kann nämlich ein Kläger, der die Frist für die Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen eine Entscheidung hat verstreichen lassen, mit der unverkennbar eine für ihn verbindliche Maßnahme erlassen wird, die seine Interessen berührende Rechtswirkungen entfaltet, diese Frist nicht erneut in Lauf setzen, indem er das Unionsorgan ersucht, seine Entscheidung rückgängig zu machen, und gegen die Ablehnung, mit der die frühere Entscheidung bestätigt wird, Klage erhebt (vgl. Beschluss vom 10. Oktober 2006, *Evropaïki Dynamiki/Kommission*, T-106/05, EU:T:2006:299, Rn. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 55 Folglich ist die Klage auf Nichtigerklärung der in dem Schreiben vom 10. August 2012 enthaltenen Entscheidung für zulässig zu erklären.

Zur stillschweigenden Zurückweisung der Beschwerde der Klägerin

- 56 Was den Antrag auf Nichtigerklärung der angeblichen stillschweigenden Zurückweisung der Beschwerde der Klägerin anbelangt, ist zu prüfen, ob diese angebliche Entscheidung als anfechtbare Handlung im Sinne von Art. 263 AEUV angesehen werden kann.
- 57 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass das bloße Schweigen eines Organs, wenn es zu einer Stellungnahme aufgefordert wurde, als solches keine Rechtswirkungen erzeugen kann, es sei denn, dass diese Folge in einer Bestimmung des Unionsrechts ausdrücklich vorgesehen ist. Fehlt eine ausdrückliche Bestimmung des Unionsrechts, die eine Frist festsetzt, bei deren Ablauf von einer

stillschweigenden Entscheidung ausgegangen wird, und die den Inhalt dieser Entscheidung festlegt, so kann die Untätigkeit eines Organs nicht einer Entscheidung gleichgesetzt werden, soll nicht das Rechtsschutzsystem des Vertrags in Frage gestellt werden (Urteil vom 13. Dezember 1999, SGA/Kommission, T-189/95, T-39/96 und T-123/96, Slg, EU:T:1999:317, Rn. 26 und 27).

- 58 Nach der Rechtsprechung des Gerichts ist ein Handbuch ein bloßes Arbeitsmittel, das die in einem bestimmten Bereich geltenden Verfahren erläutert und das als solches keine Rechtsgrundlage für die Einführung einer obligatorischen vorherigen Verwaltungsbeschwerde sein kann (Urteil vom 8. Oktober 2008, Sogelma/AER, T-411/06, Slg, EU:T:2008:419, Rn. 66). Ebenso wenig kann im vorliegenden Fall das Handbuch eine Rechtsgrundlage für die Einführung einer Ausschlussfrist zugunsten der Behörde sein, die eine Beschwerde beantworten soll. Folglich kann das Untätigbleiben des öffentlichen Auftraggebers bei Ablauf der in Ziff. 2.4.15.1 des Handbuchs festgelegten Frist nicht als eine stillschweigende Zurückweisung der Beschwerde der Klägerin angesehen werden. Im Übrigen knüpft das Handbuch keine Wirkungen an den Ablauf der in Rede stehenden Frist.
- 59 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist die Klage als unzulässig abzuweisen, was den Antrag auf Nichtigerklärung der stillschweigenden Zurückweisung der Beschwerde der Klägerin anbelangt.

#### *Zur Begründetheit*

- 60 Die Klägerin stützt ihre Klage auf zwei Klagegründe. Der erste Klagegrund umfasst zwei Rügen, nämlich einen Verstoß gegen das Lastenheft der betreffenden Ausschreibung und einen Verstoß gegen den Grundsatz der guten Verwaltung. Mit dem zweiten Klagegrund macht die Klägerin einen Verstoß gegen Art. 94 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften (Abl. L 248, S. 1) (im Folgenden: Haushaltsordnung) geltend.
- 61 Zunächst ist der zweite Klagegrund zu prüfen.
- 62 Im Rahmen des zweiten Klagegrundes, mit dem ein Verstoß gegen Art. 94 der Haushaltsordnung geltend gemacht wird, trägt die Klägerin zum einen als erste Rüge vor, dass sie vor ihrem endgültigen Ausschluss vom Ausschreibungsverfahren keine Möglichkeit zur Stellungnahme gehabt habe, und zum anderen als zweite Rüge, dass kein tatsächlicher Nachweis dafür erbracht worden sei, dass sie sich in einem Interessenkonflikt befinde. Bezugnehmend auf die Rechtsprechung des Gerichts, bei der Art. 94 der Haushaltsordnung angewandt wurde (Urteil vom 18. April 2007, Deloitte Business Advisory/Kommission, T-195/05, Slg, EU:T:2007:107, Rn. 67), und auf Ziff. 2.3.6 des Handbuchs macht sie im Wesentlichen geltend, dass dem Ausschluss eines Bieters die konkrete Gefahr eines Interessenkonflikts aufgrund der besonderen Umstände des betreffenden Falles zugrunde liegen müsse, wobei dem betroffenen Bieter die Möglichkeit gelassen werden müsse, nachzuweisen, dass er sich nicht in einem Interessenkonflikt befinde.
- 63 Was insbesondere die Faktoren anbelangt, mittels derer das Vorliegen eines Interessenkonflikts ausgeschlossen werden kann, betont die Klägerin, dass sie nicht an der Ausarbeitung des Lastenhefts oder der Festlegung der Bedingungen für den Entwurf der Bekanntmachung EuropeAid/131367/C/SER/RS beteiligt gewesen sei. Außerdem stellt sie klar, nicht über mehr Informationen verfügt zu haben als die, die allen Bietern zur Verfügung gestellt worden seien. Nach Auffassung der Klägerin kann daher die Tatsache, dass sie an der Ausarbeitung bestimmter Dokumente im Rahmen eines anderen Ausschreibungsverfahrens beteiligt gewesen sei, ohne dass diese Ausarbeitung im Hinblick auf eine neue Ausschreibung erfolgt sei, für sich genommen kein ausreichender Grund sein, um den Schluss zu ziehen, dass sie sich in einem Interessenkonflikt befinde. Außerdem ist sie der Ansicht, dass aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs (Urteil vom 3. März 2005, Fabricom, C-21/03 und C-34/03, Slg, EU:C:2005:127) hervorgehe, dass die Erfahrung,

die bei einer früheren Ausschreibung erworben worden sei, nicht geeignet sein könne, den Wettbewerb zu verfälschen, da in diesem Fall die meisten Bieter aus diesem Grund von neuen Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen werden müssten.

- 64 Die Kommission trägt vor, in dem Schreiben vom 10. August 2012 sei der Klägerin ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt worden, ihre Situation zu klären, bevor die im Schreiben vom 12. September 2012 enthaltene Entscheidung getroffen worden sei. Außerdem gehe aus dem letztgenannten Schreiben hervor, dass der öffentliche Auftraggeber „die Punkte, die die [Klägerin] in [ihrem] Schreiben ... vom 13. August [2012] angeführt hat, angemessen berücksichtigt [hat]“ und er sich auf eine Analyse der konkreten Angebote gestützt habe.
- 65 Was die Nachweise für das Vorliegen des in Rede stehenden Interessenkonflikts anbelangt, macht die Kommission geltend, eine Reihe von Dokumenten, die die Klägerin im Rahmen einer früheren Ausschreibung verfasst habe, sei, wie aus dem Schreiben vom 12. September 2012 hervorgehe, dem Lastenheft der neuen Ausschreibung beigefügt worden. Diese Dokumente „dien[t]en für einen Großteil der Tätigkeiten, die Gegenstand der laufenden Ausschreibung [waren], als Grundlage“. Wie die Klägerin geltend macht, bestreitet die Kommission nicht, dass die Dokumente allen potenziellen Bewerbern zur Verfügung gestellt wurden. Sie wendet jedoch ein, die Klägerin habe vor den anderen Bietern Zugang zu diesen Dokumenten und damit einen Wettbewerbsvorteil gehabt, insbesondere bei der Suche nach qualifizierten Sachverständigen. Ohne zu behaupten, dass dies vorliegend der Fall gewesen sei, legt die Kommission im Übrigen nahe, dass die Klägerin, da sie an der Ausarbeitung der betreffenden Dokumente beteiligt gewesen sei, die Möglichkeit gehabt habe, diese so zu verfassen, dass sie sich für die in Rede stehende Ausschreibung einen Wettbewerbsvorteil habe verschaffen können.
- 66 Zuletzt stütze die von der Klägerin angeführte Rechtsprechung (Urteil *Fabricom*, oben in Rn. 63 angeführt, EU:C:2005:127, Rn. 29 und 36) nicht deren Behauptung, sondern belege vielmehr den Standpunkt der Kommission, dass nämlich eine Person, die bestimmte vorbereitende Arbeiten ausgeführt habe, wegen der Informationen, die sie hierbei im Hinblick auf den fraglichen öffentlichen Auftrag habe erlangen können, bei der Erstellung ihres Angebots begünstigt sein könne. Alle Bieter müssten aber bei der Abfassung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen. Die Kommission hält es daher für ausreichend, dass sie nachgewiesen habe, dass die Gefahr eines Wettbewerbsvorteils für die Klägerin gegeben sei, ohne dass es des Nachweises bedürfe, dass dieser Vorteil im vorliegenden Fall konkrete Folgen gehabt habe.
- 67 Es ist festzustellen, dass die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen durch die Kommission in Titel V des Ersten Teils der Haushaltsordnung geregelt ist.
- 68 Die Rechtsgrundlage für das Schreiben vom 10. August 2012 findet sich in Art. 94 der Haushaltsordnung, der in Ziff. 15 des Lastenhefts übernommen wurde. Die betreffende Verordnung gilt nach ihrem Wortlaut für alle öffentlichen Aufträge, die ganz oder teilweise aus dem Haushalt der Gemeinschaften – jetzt der Union – finanziert werden.
- 69 Art. 94 der Haushaltsordnung enthält die folgende Regelung:
- „Von der Auftragsvergabe ausgeschlossen werden Bewerber oder Bieter, die im Zeitpunkt des Vergabeverfahrens
- a) sich in einem Interessenkonflikt befinden ...“

70 Ziff. 15 („Ausschlussgründe“) des Lastenhefts bestimmt:

„Zusammen mit ihrem Angebot müssen die Bieter eine unterschriebene Erklärung vorlegen – diese liegt dem Standardformular bei –, derzufolge auf sie keiner der in Ziffer 2.3.3 des [Handbuchs] genannten Ausschlussgründe zutrifft.“

71 Ziff. 2.3.3 des Handbuchs lautet:

„Von der Auftragsvergabe ausgeschlossen werden Bewerber, Antragsteller oder Bieter, die im Zeitpunkt des Vergabeverfahrens für diesen Auftrag

a) in einem Interessenkonflikt stehen;

...

Es ist darauf hinzuweisen, dass, bevor der Ausschluss eines Bewerbers, Bieters oder Antragstellers (durch den Bewertungsausschuss) vorgeschlagen und (durch den öffentlichen Auftraggeber) beschlossen wird, allgemeine Grundsätze wie der des Rechts auf Verteidigung und der Verhältnismäßigkeit zu wahren sind. Zu diesem Zweck wird der Ausschluss auf ein kontradiktorisches Verfahren gestützt, es sei denn, aufgrund einer eindeutigen Beweislage erübrigen sich weitere Nachforschungen (z. B. wenn der Bewerber, Bieter oder Antragsteller die zu seinem Ausschluss führenden Fakten ausdrücklich bestätigt).“

72 In Ziff. 2.3.6 des Handbuchs, die im Schreiben vom 10. August 2012 genannt wird, wird der Begriff „Interessenkonflikt“ verwendet und wie folgt umschrieben:

„Interessenkonflikt: Ein Interessenkonflikt besteht, wenn die unparteiische und objektive Erfüllung der Aufgaben des Auftragnehmers oder die Wahrung der Grundsätze des fairen Wettbewerbs, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung von Bewerbern, Bieter, Antragstellern und Auftragnehmern im Rahmen dieses Vergabeverfahrens oder Vertrags aufgrund familiärer oder emotionaler Bindungen, politischer oder nationaler Verbundenheit, wirtschaftlicher Interessen oder sonstiger gemeinsamer Interessen mit dem Empfänger von Mitteln aus einem von der [Union] finanzierten Programm beeinträchtigt wird. Ein Interessenkonflikt kann z. B. auftreten, wenn ein an dem Verfahren (als Mitglied des Bewertungsausschusses, als öffentlicher Auftraggeber usw.) Beteiligter sich selbst oder anderen ungerechtfertigt direkte oder indirekte Vorteile durch Einflussnahme auf das Ergebnis des Verfahrens verschafft, oder ein Sachverständiger/ein Unternehmen die Möglichkeit [hat], privilegierte Informationen zu erhalten, die zu einer Verzerrung des Wettbewerbs in anschließenden oder damit in Zusammenhang stehenden Verfahren führen.

So sind Unternehmen und Sachverständige, die an der Ausarbeitung eines Projekts (z. B. an der Ausarbeitung der Leistungsbeschreibung) mitgewirkt haben, zur Vermeidung von Interessenkonflikten grundsätzlich von der Teilnahme an den auf diesen Vorarbeiten basierenden Ausschreibungen auszuschließen, es sei denn [das Unternehmen kann] dem öffentlichen Auftraggeber nachweisen, dass [seine] Mitwirkung in früheren Projektstadien keinen unlauteren Wettbewerb darstellt.

Bewerber, Bieter oder Antragsteller, die sich im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe in einem Interessenkonflikt befinden, müssen von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Die Ausschlussgründe sind jeweils im Einzelfall zu prüfen. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs muss dem Ausschluss die konkrete Gefahr eines Interessenkonflikts aufgrund der besonderen Umstände im betreffenden Fall zugrunde liegen. Bei einem automatischen Ausschluss würde dem Bewerber/Bieter/Antragsteller die Möglichkeit genommen, Gegenbeweise vorzulegen, um den Verdacht eines Interessenkonflikts auszuräumen.

...“

- 73 Im vorliegenden Fall ist zu untersuchen, ob der öffentliche Auftraggeber auf der Grundlage der Informationen, die ihm zur Verfügung standen, als er die im Schreiben vom 10. August 2012 enthaltene Entscheidung traf, davon ausgehen durfte, dass sich die Klägerin in einem Interessenkonflikt im Sinne von Art. 94 Buchst. a der Haushaltsordnung in seiner Auslegung durch die Rechtsprechung befindet.
- 74 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass Art. 94 der Haushaltsordnung den Ausschluss eines Bieters von einem Vergabeverfahren für einen öffentlichen Auftrag nur gestattet, wenn der Interessenkonflikt, auf den er abstellt, wirklich besteht und nicht hypothetisch ist. Das bedeutet nicht, dass die Gefahr eines Interessenkonflikts für den Ausschluss eines Angebots nicht ausreichen würde. Ein Interessenkonflikt kann sich nämlich grundsätzlich erst bei Vertragserfüllung konkretisieren. Vor Vertragsschluss kann ein Interessenkonflikt nur potenziell bestehen, und diese Bestimmung der Haushaltsordnung impliziert deshalb eine Beurteilung, die sich nach der Gefahr bemisst. Diese Gefahr muss jedoch nach einer konkreten Bewertung des Angebots und der Lage des Bieters tatsächlich festgestellt werden, damit der Bieter vom Verfahren ausgeschlossen werden kann. Die bloße Eventualität eines Interessenkonflikts reicht dafür nicht (Urteil Deloitte Business Advisory/Kommission, oben in Rn. 62 angeführt, EU:T:2007:107, Rn. 67).
- 75 Der Begriff des Interessenkonflikts hat objektiven Charakter und ist dadurch gekennzeichnet, dass die Absichten der Betroffenen außer Betracht zu lassen sind, insbesondere ihre Gutgläubigkeit (vgl. Urteil vom 20. März 2013, Nexans France/Gemeinsames Unternehmen Fusion for Energy, T-415/10, Slg, EU:T:2013:141, Rn. 115 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 76 Es besteht keine uneingeschränkte Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber, Bieter, die sich in einem Interessenkonflikt befinden, systematisch auszuschließen, da ein solcher Ausschluss in den Fällen nicht gerechtfertigt ist, in denen nachgewiesen werden kann, dass sich der Interessenkonflikt nicht auf das Gebaren der Bieter im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens ausgewirkt hat und keine tatsächliche Gefahr besteht, dass es zu einer Praxis gekommen ist, die geeignet ist, den Wettbewerb zwischen den Bietern zu verfälschen. Hingegen ist der Ausschluss eines Bieters, der sich in einem Interessenkonflikt befindet, unerlässlich, wenn es keine angemessenere Lösung gibt, um einen Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz zu verhindern (Urteil Nexans France/Gemeinsames Unternehmen Fusion for Energy, oben in Rn. 75 angeführt, EU:T:2013:141, Rn. 116 und 117).
- 77 Nach ständiger Rechtsprechung ist nämlich der öffentliche Auftraggeber in allen Abschnitten eines Ausschreibungsverfahrens zur Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und damit der Chancengleichheit aller Bieter verpflichtet (vgl. Urteil vom 12. Juli 2007, Evropaiki Dynamiki/Kommission, T-250/05, EU:T:2007:225, Rn. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 78 Genauer gesagt verlangt der Grundsatz der Chancengleichheit nach der Rechtsprechung, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen, und impliziert somit, dass diese für alle Bewerber denselben Bedingungen unterliegen. Der damit einhergehende Grundsatz der Transparenz soll im Wesentlichen die Gefahr von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers ausschließen. Er verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Auftragsbekanntmachung oder im Lastenheft klar, genau und eindeutig formuliert sind (Urteil vom 9. September 2009, Brink's Security Luxembourg/Kommission, T-437/05, Slg, EU:T:2009:318, Rn. 114 und 115). Der Grundsatz der Transparenz bedeutet außerdem, dass alle für das richtige Verständnis der Auftragsbekanntmachung oder des Lastenhefts maßgeblichen technischen Informationen allen an einer öffentlichen Ausschreibung beteiligten Unternehmen so bald wie möglich zur Verfügung gestellt werden, so dass zum einen alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zum anderen der Auftraggeber überprüfen kann, ob die Angebote der Bieter tatsächlich die für den

betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (vgl. Urteil vom 29. Januar 2014, *European Dynamics Belgium u. a./EMA*, T-158/12, EU:T:2014:36, Rn. 60 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 79 Aus der oben in den Rn. 74 bis 78 genannten Rechtsprechung folgt, dass für die Frage, ob die Gefahr eines Interessenkonflikts besteht, das Angebot und die Lage des betreffenden Bieters konkret geprüft werden müssen und der Ausschluss dieses Bieters eine Lösung ist, um die Beachtung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten.
- 80 Für die Feststellung, ob im vorliegenden Fall gegen Art. 94 der Haushaltsordnung verstoßen wurde, ist daher im Rahmen einer objektiven Analyse, die die Absichten der Klägerin außer Betracht lässt, zu prüfen, ob sich aus der Lage der Klägerin und einer konkreten Beurteilung ihres Angebots ergibt, dass die Gefahr eines Interessenkonflikts besteht.
- 81 Als Erstes ist daran zu erinnern, dass der Kommission zufolge der Ausschluss der Klägerin wegen eines Interessenkonflikts zum Ziel hat, die Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten. Hierzu macht sie geltend, die Klägerin habe vor den anderen Bietern zu bestimmten Dokumenten, die für einen Teil der Tätigkeiten im Zusammenhang mit der in Rede stehenden Ausschreibung als Grundlage gedient hätten, Zugang gehabt, da sie dem Konsortium angehört habe, das die fraglichen Dokumente im Rahmen eines anderen Ausschreibungsverfahrens ausgearbeitet habe. Gemäß dem Schreiben vom 10. August 2012 habe dieser Zugang dazu geführt, dass die Klägerin „privilegierte Informationen“ im Sinne von Ziff. 2.3.6 des Handbuchs erhalten habe. Die Kommission ist daher entsprechend dem Inhalt des in Rede stehenden Schreibens der Ansicht, dass der Umstand, dass die Klägerin vor den anderen Bietern Zugang gehabt habe, ihr im Vergleich zu diesen einen Wettbewerbsvorteil verschafft habe.
- 82 Es kann jedoch nicht hingenommen werden, dass die Gefahr eines Interessenkonflikts allein auf die Tatsache gestützt werden kann, dass die Klägerin vor den anderen Bietern Zugang zu Dokumenten hatte, die zu einem anderen Ausschreibungsverfahren gehörten, weil sie dem Konsortium angehörte, das diese Dokumente, die in der Folge herangezogen wurden, um als Referenz für die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der im vorliegenden Fall in Rede stehenden Ausschreibung zu dienen, ausgearbeitet hat.
- 83 Das Vorbringen der Kommission, dass die Klägerin als Mitglied des Konsortiums, das die fraglichen Dokumente ausgearbeitet hat, auf deren Ausarbeitung dergestalt habe Einfluss nehmen können, dass sie sich für die im vorliegenden Fall in Rede stehende Ausschreibung einen Wettbewerbsvorteil verschafft habe, kann nämlich nicht durchgreifen. Hierzu ergibt sich aus der oben in den Rn. 74 und 75 genannten Rechtsprechung, dass der Interessenkonflikt einen objektiven Charakter haben muss, was voraussetzt, dass die Absichten des Betroffenen außer Betracht gelassen werden, und dass die bloße Möglichkeit eines Interessenkonflikts nicht ausreichen kann, da diese Gefahr im Einzelfall tatsächlich festgestellt werden muss. Die Gefahr eines Interessenkonflikts kann daher nicht auf die bloße Vermutung gestützt werden, dass die Klägerin, als die fraglichen Dokumente im Rahmen eines anderen Ausschreibungsverfahrens ausgearbeitet wurden, die Absicht des öffentlichen Auftraggebers kannte, eine neue Ausschreibung zu veröffentlichen und die Dokumente, die von dem Konsortium ausgearbeitet wurden, dem sie angehörte, als Grundlage für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem öffentlichen Auftrag, auf den sich die neue Ausschreibung bezieht, auszuwählen.
- 84 Im Sinne der oben in Rn. 66 genannten Rechtsprechung und von Ziff. 2.3.6 des Handbuchs besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts bei der Person, die, nachdem sie mit vorbereitenden Arbeiten im Rahmen eines öffentlichen Auftrags betraut war, an eben diesem Auftrag teilnimmt. Hierzu ist zu betonen, dass der Gerichtshof, als er in Rn. 29 des Urteils *Fabricom* (oben in Rn. 63 angeführt, EU:C:2005:127) den Ausdruck „vorbereitende Arbeiten“ verwendet hat, auf Arbeiten verwiesen hat, die im Rahmen ein und desselben Ausschreibungsverfahrens ausgeführt wurden.

- 85 Die Kommission konnte daher im Sinne der oben in Rn. 63 genannten Rechtsprechung die Ausarbeitung von Dokumenten, die im Rahmen eines anderen Ausschreibungsverfahrens erfolgte, nicht mit dem Fall gleichsetzen, dass die vorbereitenden Arbeiten im Rahmen des fraglichen Ausschreibungsverfahrens ausgeführt wurden, es sei denn, sie weist objektiv und konkret nach, dass diese Dokumente für das fragliche Ausschreibungsverfahren ausgearbeitet wurden und dass sie der Klägerin einen tatsächlichen Vorteil verschafft haben. Ohne einen solchen Nachweis können Dokumente, die im Rahmen eines anderen Ausschreibungsverfahrens ausgearbeitet und später vom öffentlichen Auftraggeber als Referenz für einen Teil der Tätigkeiten eines anderen Ausschreibungsverfahrens ausgewählt wurden, nicht als „vorbereitende Arbeiten“ im Sinne der genannten Rechtsprechung und ebensowenig im Sinne von Ziff. 2.3.6 des Handbuchs angesehen werden, in der als vorbereitende Arbeiten insbesondere diejenigen zur „Ausarbeitung eines Projekts“, wie die Ausarbeitung des Lastenhefts, genannt werden.
- 86 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass der Ausschluss der Klägerin vom Zuschlagsverfahren allein auf die Tatsache gestützt wurde, dass sie einem Konsortium angehörte, das die Dokumente eines früheren Ausschreibungsverfahrens ausgearbeitet hat, wohingegen nicht geltend gemacht wurde, dass die anderen Bieter nicht rechtzeitig Zugang zu diesen Dokumenten gehabt hätten. Außerdem bedeutete die Ausarbeitung dieser Dokumente nicht, dass die Klägerin an der Ausarbeitung des Lastenhefts der in Rede stehenden Ausschreibung beteiligt war. Daher ist nicht nachgewiesen worden, dass die Klägerin über mehr Informationen als die anderen Bieter verfügte, was einen Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz dargestellt hätte.
- 87 Daraus folgt, dass die fraglichen Dokumente keine „privilegierten Informationen“ im Sinne von Ziff. 2.3.6 des Handbuchs darstellen. Entgegen dem Vorbringen der Kommission fällt der Ausschluss der Klägerin daher nicht unter diese Ziffer des Handbuchs und ist somit nicht wegen eines Verstoßes gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz gerechtfertigt.
- 88 Würden im Übrigen die im Rahmen eines anderen Ausschreibungsverfahrens ausgearbeiteten Dokumente als „vorbereitende Arbeiten“ eingestuft, weil sie der öffentliche Auftraggeber als Referenz für Tätigkeiten im Zusammenhang mit einem späteren Ausschreibungsverfahren herangezogen hat, würde, wie die Klägerin zu Recht geltend macht, automatisch angenommen, dass die Erfahrung, die durch die Beteiligung an einem früheren Ausschreibungsverfahren erworben wurde, geeignet wäre, den Wettbewerb zu verfälschen.
- 89 Als Zweites ist nicht ersichtlich, dass die im Schreiben vom 10. August 2012 enthaltene Entscheidung nach einer konkreten Beurteilung des Angebots der Klägerin getroffen wurde. In diesem Schreiben wird nämlich ohne nähere Angaben lediglich ausgeführt, dass die Gefahr eines Interessenkonflikts auf Seiten der Klägerin im Sinne von Ziff. 2.3.6 des Handbuchs erst nach einer Prüfung der Bewerbungen der Bieter im Einzelfall wirksam festgestellt werden können.
- 90 Tatsächlich wird mit dem in dem Schreiben vom 10. August 2012 enthaltenen Hinweis auf eine Prüfung „im Einzelfall“ der Wortlaut von Ziff. 2.3.6 des Handbuchs aufgegriffen, der sich an die oben in Rn. 74 genannte Rechtsprechung anlehnt. Festzustellen ist jedoch, dass dieser Hinweis durch keinen Beweis gestützt wird, der belegte, dass eine solche konkrete Prüfung stattgefunden hat.
- 91 Insoweit ist anzumerken, dass die Kommission erst in der Klagebeantwortung – und ohne dass im Schreiben vom 10. August 2012 hierauf hingewiesen worden wäre – die Annahme geäußert hat, dass die Klägerin, da sie angeblich einen „privilegierten Zugang“ zu bestimmten Dokumenten gehabt habe, die für einen Großteil der Tätigkeiten, die Gegenstand der laufenden Ausschreibung waren, als Grundlage ausgewählt worden seien, einen wirtschaftlichen Vorteil bei der Auswahl der für die Ausführung dieser Tätigkeiten qualifizierten Sachverständigen gehabt habe.

- 92 Die Kommission legt jedoch zum einen keinen Nachweis vor, mit dem sich prüfen ließe, ob aus der Abfassung des Angebots der Klägerin hervorgeht, dass sie über mehr Informationen als die anderen Bieter verfügte; es ist nämlich, wie oben in Rn. 86 ausgeführt, unstrittig, dass die fraglichen Dokumente im Rahmen eines anderen Ausschreibungsverfahrens ausgearbeitet wurden, dass sie nicht die Ausarbeitung des Lastenhefts der in Rede stehenden Ausschreibung beinhalteten und dass sie im Rahmen des vorliegenden Ausschreibungsverfahrens allen Bietern zur Verfügung gestellt wurden.
- 93 Was zum anderen das Vorbringen der Kommission zur Auswahl der qualifizierten Sachverständigen anbelangt, ist festzustellen, dass sich aus dem Akteninhalt keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass zwischen den betreffenden Dokumenten und der von der Klägerin getroffenen Auswahl ein Zusammenhang bestünde, und erst recht nicht dafür, dass sich diese Auswahl auf die Erfolgsaussichten des Angebots der Klägerin ausgewirkt hätte.
- 94 Nach alledem durfte der öffentliche Auftraggeber nicht davon ausgehen, dass die Gefahr eines Interessenkonflikts auf Seiten der Klägerin infolge einer konkreten Beurteilung ihres Angebots habe nachgewiesen werden können. Dagegen ist festzustellen, dass die Gefahr eines Interessenkonflikts nicht objektiv nachgewiesen wurde, und die Ablehnung des Angebots des Konsortiums, dem die Klägerin angehörte, erweist sich als unbegründet und als Verstoß gegen die Bestimmungen von Art. 94 der Haushaltsordnung.
- 95 Folglich ist, ohne dass der erste Klagegrund oder die erste Rüge des zweiten Klagegrundes der Klägerin geprüft zu werden brauchten, dem zweiten Klagegrund stattzugeben und die im Schreiben vom 10. August 2012 enthaltene Entscheidung für nichtig zu erklären, soweit darin festgestellt wurde, dass der Auftrag nicht an das Konsortium vergeben werden konnte, dem die Klägerin angehörte. Dagegen ist, wie oben aus Rn. 59 hervorgeht, der Antrag auf Nichtigerklärung der angeblichen stillschweigenden Zurückweisung der Beschwerde der Klägerin als unzulässig zurückzuweisen.

### **Kosten**

- 96 Gemäß Art. 134 Abs. 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission mit ihrem Vorbringen im Wesentlichen unterlegen ist, sind ihr entsprechend dem Antrag der Klägerin ihre eigenen Kosten und die Kosten der Klägerin aufzuerlegen, die dieser im Rahmen des vorliegenden Verfahrens und des von ihr eingeleiteten Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes entstanden sind.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Zweite Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die im Schreiben der Delegation der Europäischen Union in der Republik Serbien als von der Kommission nachgeordnet bevollmächtigter öffentlicher Auftraggeber vom 10. August 2012 enthaltene Entscheidung, das im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens EuropeAid/131367/C/SER/RS, „Technische Hilfe für die Zollverwaltung in Serbien zur Unterstützung der Modernisierung des Zollsystems“, abgegebene Angebot des Konsortiums, dem die Intrasoft International SA angehörte, abzulehnen, wird für nichtig erklärt.**
- 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**
- 3. Die Kommission trägt die Kosten einschließlich der durch das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entstandenen Kosten.**



Martins Ribeiro

Gervasoni

Madise

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 13. Oktober 2015.

Unterschriften