



Sammlung der Rechtsprechung

Rechtssache T-849/19

Leonardo SpA

gegen

Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache

Urteil des Gerichts (Neunte erweiterte Kammer) vom 26. Januar 2022

„Öffentliche Dienstleistungsaufträge – Ausschreibungsverfahren – Luftüberwachungsdienste – Nichtigkeitsklage – Fehlendes Rechtsschutzinteresse – Unzulässigkeit – Außervertragliche Haftung“

1. *Nichtigkeitsklage – Natürliche oder juristische Personen – Rechtsschutzinteresse – Ausschreibungsverfahren – Luftüberwachungsdienste – Ferngesteuerte Luftfahrzeugsysteme – Auftragsbekanntmachung – An die Bieter gerichtete Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers – Klage eines Unternehmens, das aufgrund angeblich diskriminierender technischer Spezifikationen nicht am Verfahren teilgenommen hat – Kein Nachweis des diskriminierenden Charakters dieser Spezifikationen – Fehlendes Rechtsschutzinteresse – Unzulässigkeit*
(Art. 263 AEUV; Richtlinie 89/665 des Rates, Art. 1 Abs. 3)

(vgl. Rn. 23-29, 31-39)

2. *Außervertragliche Haftung – Voraussetzungen – Durch eine rechtswidrige Handlung verursachter tatsächlicher und sicherer Schaden – Begriff – Verlust einer Chance – Einbeziehung – Voraussetzungen*
(Art. 340, Abs. 2 AEUV)

(vgl. Rn. 46-52)

Zusammenfassung

Mit Auftragsbekanntmachung¹ vom 18. Oktober 2019 leitete die Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache (Frontex) ein Ausschreibungsverfahren² (im Folgenden: angefochtene Auftragsbekanntmachung) ein, um Überwachungsdienste aus der Luft mit Hilfe eines ferngesteuerten Luftfahrzeugsystems für Langstreckeneinsätze in mittlerer Flughöhe im maritimen Bereich zu beschaffen.

¹ Auftragsbekanntmachung im Supplement zum *Amtsblatt der Europäischen Union* (ABl. 2019/S 0202 490010).

² Ausschreibungsverfahren FRONTEx/OP/888/2019/JL/CG „Ferngesteuerte Luftfahrzeugsysteme (RPAS) für Langstreckeneinsätze in mittlerer Flughöhe zur Überwachung von Seegebieten aus der Luft“.

Die Klägerin, die Leonardo SpA, ein im Bereich der Luft- und Raumfahrt tätiges Unternehmen, nahm nicht an dem mit der angefochtenen Auftragsbekanntmachung eingeleiteten Ausschreibungsverfahren teil.

Am 31. Mai 2020 legte der Ausschuss für die Bewertung der Angebote dem zuständigen Anweisungsbefugten seinen Bewertungsbericht vor. Dieser billigte den Bericht über die Bewertung der Angebote und unterzeichnete die Entscheidung über die Auftragsvergabe (im Folgenden: angefochtene Vergabeentscheidung).

Die Klägerin erhob daraufhin beim Gericht Klage zum einen auf Nichtigerklärung der angefochtenen Auftragsbekanntmachung und ihrer Anhänge³ sowie der angefochtenen Vergabeentscheidung und zum anderen auf Ersatz des Schadens, der ihr aus der Rechtswidrigkeit der in Rede stehenden Ausschreibung entstanden sein soll⁴.

In seinem Urteil weist das Gericht in der Besetzung als erweiterte Kammer die Klage der Klägerin insgesamt ab. Die größte Besonderheit dieser Rechtssache besteht darin, dass die Nichtigkeitsklage gegen eine Auftragsbekanntmachung und ihre Anhänge gerichtet ist und von einem Unternehmen eingereicht wurde, das nicht an der auf dieser Bekanntmachung beruhenden Ausschreibung teilgenommen hat. Die Frage nach der Zulässigkeit einer derartigen Klage ist neu.

Würdigung durch das Gericht

Als Erstes weist das Gericht bei der Prüfung der Zulässigkeit der Anträge auf Nichtigerklärung der angefochtenen Handlungen darauf hin, dass im Licht des Vorbringens der Klägerin, dass sie nicht an dem in Rede stehenden Ausschreibungsverfahren teilgenommen habe, weil die Vorschriften der Verdingungsunterlagen sie von der Abgabe eines Angebots abgehalten hätten, zu prüfen ist, ob sie unter diesen Umständen in Bezug auf diese Ausschreibung über ein Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 263 AEUV verfügt. In diesem Zusammenhang verweist das Gericht auf den vom Gerichtshof in einem Vorabentscheidungsurteil eingenommenen Standpunkt, wonach es, da einem Wirtschaftsteilnehmer, der kein Angebot abgegeben hat, ein Recht auf Nachprüfung nur ausnahmsweise zuerkannt werden kann, nicht als unverhältnismäßig angesehen werden kann, von ihm den Nachweis zu verlangen, dass die Klauseln der Ausschreibung bereits die Abgabe eines Angebots unmöglich machen⁵. Jenes Urteil ist zwar auf eine Vorlagefrage nach der Auslegung von Bestimmungen der Richtlinie 89/665⁶ hin ergangen, die nur die Mitgliedstaaten bindet, doch kann die dortige Lösung nach Ansicht des Gerichts in einem Fall wie dem vorliegenden entsprechend angewandt werden, in dem die Klägerin geltend macht, aufgrund von ihr beanstandeter technischer Spezifikationen in den Unterlagen einer von einer Agentur der Europäischen Union eingeleiteten Ausschreibung von der Abgabe eines Angebots abgehalten worden zu sein. Somit ist zu prüfen, ob die Klägerin nachgewiesen hat, an der Abgabe eines Angebots gehindert worden zu sein, und in weiterer Folge, ob ihr ein Rechtsschutzinteresse zukommt.

³ Art. 263 AEUV.

⁴ Art. 268 AEUV.

⁵ Urteil vom 28. November 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità u. a. (C-328/17, EU:C:2018:958, Rn. 53). Das Urteil ist auf eine Vorlagefrage nach der Auslegung von Art. 1 Abs. 3 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. 1989, L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (ABl. 2007, L 335, S. 31) geänderten Fassung ergangen.

⁶ Für den vollständigen Verweis auf die Richtlinie 89/665 siehe Fn. 5.

Das Gericht weist im Hinblick auf das in Rede stehende Ausschreibungsverfahren erstens darauf hin, dass diesem im vorliegenden Fall das im Jahr 2017 eingeleitete Ausschreibungsverfahren FRONTEX/OP/800/2017/JL zur Erprobung von zwei Arten von ferngesteuerten Luftfahrzeugsystemen (Remotely Piloted Aircraft Systems; RPAS) vorausgegangen ist. Der Auftrag war in zwei Lose unterteilt, und die Klägerin erhielt den Zuschlag für das zweite Los. Nach der Erfüllung dieser Verträge nahm Frontex detaillierte Bewertungen vor. Auf der Grundlage dieser Bewertungsberichte legte sie die Anforderungen fest, die in der angefochtenen Auftragsbekanntmachung und ihren Anhängen, den erläuternden Antworten und dem Protokoll des Informative Meetings enthalten sind, die in der Klageschrift aufgeführt sind, und die auch die Anforderungen umfassen, die die Klägerin als diskriminierend erachtet. Die Festlegung dieser Anforderungen erfolgte somit am Ende eines mehrstufigen Prozesses, der auf Erfahrungswerten beruhte, die es Frontex ermöglichten, die Notwendigkeit der Anforderungen detailliert und sorgfältig zu beurteilen.

Zweitens stellt das Gericht zu dem Vorbringen der Klägerin, dass „die Vorgaben der Ausschreibung Klauseln enthalten, die contra legem und ungerechtfertigt sind sowie technisch nicht realisierbare Ansprüche an potenzielle Wettbewerber stellen“, fest, dass drei Unternehmen ein Angebot eingereicht haben, und dass zumindest zwei dieser drei Unternehmen alle technischen Spezifikationen erfüllten, da ihnen der Zuschlag erteilt wurde.

Was drittens die Behandlung der Klägerin im Vergleich zu den anderen Bewerbern betrifft, so hat sie nach Auffassung des Gerichts weder nachgewiesen, dass die technischen Spezifikationen in ihrem Fall anders angewendet worden wären als bei den anderen Bewerbern, noch ganz allgemein, dass sie anders behandelt worden sei, obwohl sie sich in einer vergleichbaren Lage befand wie die anderen Bewerber.

Zu dem Argument der Klägerin, ihre Teilnahme sei „unmöglich“ gemacht worden oder „von derartig hohen wirtschaftlichen Lasten abhängig gemacht worden, dass kein wettbewerbsfähiges Angebot abgegeben werden konnte“, stellt das Gericht viertens fest, dass diese Aussage keine Diskriminierung der Klägerin belegen kann.

Das Gericht entscheidet, dass die Klägerin unter diesen Umständen nicht dargetan hat, dass sie durch die Anforderungen der fraglichen Ausschreibung hätte diskriminiert werden können. Sie hat somit nicht nachgewiesen, dass sie an der Abgabe eines Angebots gehindert worden ist, weshalb sie über kein Interesse an der Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Rechtsakte verfügt. Folglich weist das Gericht den Antrag auf Nichtigkeitsklärung dieser Rechtsakte und dementsprechend den gegen die Vergabeentscheidung gerichteten Nichtigkeitsantrag als unzulässig zurück, ohne dass über die Anforderungen an das Vorliegen einer anfechtbaren Handlung und die Klagebefugnis der Klägerin oder über die Zweckmäßigkeit der beantragten Beweiserhebungen zu entscheiden ist.

Als Zweites erinnert das Gericht bei der Prüfung des Antrags auf Schadensersatz daran, dass hinsichtlich der Voraussetzung des tatsächlichen Vorliegens eines Schadens die Haftung der Union nur ausgelöst werden kann, wenn der Kläger einen „tatsächlichen und sicheren“ Schaden erlitten hat. Folglich hat der Kläger den Unionsgerichten die Beweise zum Nachweis des Vorliegens und des Umfangs eines solchen Schadens vorzulegen. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin lediglich Ersatz für den gesamten entstandenen und noch entstehenden Schaden verlangt, der sich aus der Rechtswidrigkeit der in Rede stehenden Ausschreibung ergibt, aber keine Beweise für das Vorliegen und die Höhe dieses Schadens vorgelegt. Daraus folgt, dass für die außervertragliche Haftung der Union die Voraussetzung des tatsächlichen Vorliegens eines

Schadens nicht erfüllt ist⁷.

Unter diesen Umständen ist der Antrag auf Schadensersatz zurückzuweisen und folglich die Klage insgesamt abzuweisen.

⁷ Gemäß Art. 340 Abs. 2 AEUV.