de négocier et de conclure les marchés appartient aux autorités de l'État ACP.

Il en résulte que, vis-à-vis des entreprises soumissionnaires, il ne saurait y avoir d'acte ou d'omission émanant de la Commission et susceptible de faire l'objet d'un recours au titre de l'article 173, deuxième alinéa, ou de l'article 175, troisième alinéa, du traité CEE. Si est ouverte à ces entreprises la possibilité d'introduire un recours en responsabilité au titre des articles 178 et 215, deuxième alinéa, du traité, la responsabilité de la Commission ne saurait être retenue que pour autant que, dans l'exercice des compétences strictement limitées que lui attribue la convention, elle ait arrêté un acte illégal ou adopté un comportement fautif.

RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire C-257/90 *

I — Cadre juridique du litige

La troisième convention ACP-CEE signée à Lomé le 8 décembre 1984 [1] dispose en son article 192, au titre III consacré à la coopération financière et technique:

« 1. Les interventions financées par la Communauté sont mises en œuvre par les États ACP et la Communauté en étroite coopération, dans le respect de l'égalité des partenaires.

2. Les États ACP ont la responsabilité de:

...

d) préparer, négocier et conclure les marchés;

...

4. La Communauté a la responsabilité de prendre les décisions de financement relatives aux projets et programmes d'actions .»

L'article 222 de la convention précitée prévoit:

« 1. Tout projet ou programme d'actions financé par une subvention du Fonds donne lieu à l'établissement d'une convention de financement entre la Commission agissant

* Langue de procédure: l'italien.

1 — JO 1986, L 86, p. 3.

au nom de la Communauté, et le ou les États ACP concernés.

... »

Aux termes de l'article 225, paragraphe 3, de la convention:

« 3. Les États ACP et les autres bénéficiaires agréés par ceux-ci exécutent les projets et programmes d'actions financés par la Communauté; ils ont notamment la responsabilité de préparer, de négocier et de conclure les marchés nécessaires à l'exécution de ces opérations. »

Selon l'article 226, paragraphe 2:

« 2. L'ordonnateur principal, en étroite coopération avec l'ordonnateur national, veille à ce que soient assurés l'égalité des conditions dans la participation aux appels d'offres, l'élimination des discriminations dans le dossier d'appel d'offres et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il reçoit le résultat du dépouillement des offres et approuve la proposition d'attribution du marché, sous réserve des compétences exercées par le délégué de la Commission en vertu de l'article 228. »

Enfin, aux termes de l'article 45, paragraphe 1, des dispositions réglementaires relatives aux marchés publics de travaux et de fournitures financés par le Fonds européen de développement [2]:

« 1. La commission propose à l'administration [3] l'offre économiquement la plus avantageuse compte tenu notamment, du prix des prestations, de leur coût d'utilisation et de leur valeur technique et des garanties financières.

2. Les délibérations de la commission font l'objet d'un procès-verbal qui ne peut être rendu public ni communiqué à aucun candidat. Ce procès-verbal est visé par les membres de la commission.

A titre d'information, l'administration avise de son choix le soumissionnaire qu'elle a retenu par une lettre recommandée avec accusé de réception...

...

L'administration avise également par lettres recommandées les autres soumissionnaires du rejet de leur offre.

L'administration n'est pas tenue de communiquer les motifs de son choix.

... »

2 — JO 1972, L 39, p. 3.

3 — L'article 4, point 4, des dispositions réglementaires précise qu'il faut entendre par « administration: l'État, une collectivité territoriale ou toute personne de droit public au nom de laquelle est conclu le marché ».

II — Faits et procédure

1. *Les faits*

En application de la troisième convention de Lomé, précitée, la Communauté a décidé de financer sur les ressources du sixième Fonds européen de développement[4], un programme régional d'utilisation de l'énergie solaire photovoltaïque dans les pays du Sahel, présenté par le Comité permanent Inter-États pour la lutte contre la sécheresse dans le Sahel (CILSS).

Ce programme porte sur l'introduction à grande échelle d'équipements photovoltaïques visant à répandre et à banaliser l'utilisation de l'énergie solaire dans les milieux ruraux de neuf pays du Sahel[5].

Conformément à l'article 222, précité, de la convention, il a été établi une convention de financement du projet entre la Communauté, représentée par la Commission, et les neuf États en question, représentés par le CILSS.

A la suite de l'avis n° 2731, relatif à une présélection des entreprises[6], Italsolar a présenté une demande de participation à l'appel d'offres restreint identifié comme projet sous le n° 6100.20.94.216 (REG/6116).

L'article IV des clauses particulières de l'appel d'offres disposait que le marché était fractionné en trois lots[7]. Les offres pouvaient être présentées pour un, deux ou trois lots.

Il était précisé que le cahier général des charges applicable était le « cahier général des charges des marchés publics de travaux et de fournitures financés par le Fonds européen de développement », précité.

Les offres devaient détailler séparément, d'une part, les caractéristiques des matériaux, ainsi que les prix pour leur fourniture et leur installation et, d'autre part, les modalités de mise en œuvre et les prix de certaines prestations postérieures à la vente (création d'un réseau de commercialisation des pièces de rechange, entretien des équipements et formation du personnel).

Par lettre du 6 juillet 1989, signée par le secrétaire exécutif du CILSS, Italsolar a été invitée à participer à l'avis d'appel d'offres restreint et a été informée qu'elle devait faire parvenir avant le 6 novembre 1989 son offre établie conformément au dossier d'adjudication à l'adresse de la direction générale du développement (DG VIII) de la Commission des Communautés européennes.

Italsolar a présenté son offre dans les délais impartis pour les deuxième et troisième lots.

4 — Institué par l'accord interne relatif au financement et à la gestion des aides de la Communauté (86/126/CEE, JO 1986, L 86, p. 210).

5 — Burkina Faso, Cap-Vert, Gambie, Guinée-Bissau, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal et Tchad.

6 — JO S 62 du 29.3.1988.

7 — Lot n° 1: Cap-Vert, Gambie, Guinée-Bissau, Mauritanie et Sénégal; lot n° 2: Burkina Faso et Mali; lot n° 3: Niger et Tchad.

Le 7 novembre 1989, il a été procédé, au siège de la Commission à Bruxelles, à l'ouverture des enveloppes contenant les offres reçues. Celles-ci ont été ensuite examinées et évaluées. Lors de cet examen, il a été demandé diverses informations et explications aux candidats ainsi qu'aux ministères compétents des États membres du CILSS.

Par lettre du 14 novembre 1989 de la DG VIII, il a été demandé à Italsolar de fournir un supplément d'informations sur les spécifications techniques du matériel, les références quant aux précédentes utilisations dans des pays d'outre-mer, les modalités d'installation prévues ainsi que l'organisation du service après-vente. La demanderesse a fourni toutes ces informations dans les délais impartis.

Le 27 novembre 1989, une mission a été envoyée dans les établissements d'Italsolar en Italie aux fins de vérifications techniques des produits de la société.

Par lettre du 5 mars 1990, le secrétaire exécutif du CILSS a demandé à Italsolar de bien vouloir proroger le délai de validité de son offre à raison de deux mois afin de permettre la finalisation de l'analyse des offres et la concertation entre les bénéficiaires et la Commission des Communautés européennes finançant le programme.

Par la suite, le CILSS a proposé d'attribuer provisoirement le marché à d'autres entreprises qu'Italsolar et de procéder pour ces dernières à la phase des essais techniques conformément à l'article 5 de l'annexe technique à la partie A des documents d'appel d'offres. Cette proposition a été approuvée par la Commission le 30 avril 1990.

Le CILSS a, par conséquent, informé Italsolar du rejet de son offre par télex du 3 mai 1990, confirmé par lettre du 7 mai 1990.

Par lettre du 7 mai, Italsolar, se référant au texte du télex, a demandé à la Commission des mesures correctives et s'est réservé de saisir les juridictions compétentes.

La Commission a répondu à Italsolar, par lettre du 12 juin 1990, que le pouvoir de décision d'attribution du lot appartenait au secrétaire exécutif du CILSS puisque le programme régional solaire dans lequel s'insérait l'adjudication était exécuté sous la responsabilité de cet organisme. La Commission a ajouté qu'en tout état de cause le CILSS s'était assuré le concours d'experts internationaux pour l'appréciation des spécifications techniques des différentes offres et que l'appréciation globale de l'offre économiquement la plus avantageuse, conformément aux dossiers d'appel d'offres, avait pris en considération non seulement la qualité intrinsèque du matériel, mais également la viabilité des équipements et notamment le service après-vente et les garanties offertes pour l'entretien. Enfin, la Commission a rappelé à Italsolar que, conformément à l'article 45, paragraphe 2, cinquième alinéa, des dispositions réglementaires précitées, l'administration n'est pas tenue de motiver sa décision.

Par lettre du 9 juillet 1990 adressée au secrétaire exécutif du CILSS, Italsolar a fait valoir que la décision de l'exclure de la procédure d'adjudication était entachée de détournement de pouvoir et violait les règles procédurales et substantielles applicables aux marchés publics financés par le FED. Dans cette lettre, Italsolar a également demandé

formellement le retrait de la décision d'exclusion et l'autorisation de participer à la suite de la procédure et notamment aux tests de laboratoire jusqu'à l'adjudication finale. Italsolar demandait subsidiairement de transmettre la plainte à toute autre autorité éventuellement compétente. A défaut de mesures favorables à Italsolar, celle-ci engagerait la procédure d'arbitrage prévue par l'article 238 de la convention de Lomé III, afin que soit reconnu son droit de participer à la procédure et de se faire attribuer le marché en raison de son offre économiquement la plus avantageuse ou, à défaut, pour que lui soient alloués des dommages-intérêts.

De fait, Italsolar a introduit le 4 décembre 1990 auprès de la Chambre de commerce internationale une demande d'arbitrage dirigée contre le CILSS.

2. *Procédure écrite*

Le 22 août 1990, la requérante a saisi la Cour de justice d'un recours contre la Commission sur le fondement des articles 173, deuxième alinéa, 175, troisième alinéa, 178 et 215, deuxième alinéa, du traité, en présentant simultanément une demande en référé. Celle-ci a été rejetée par ordonnance du président de la Cour du 25 octobre 1990.

Sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable et de renvoyer l'affaire devant la sixième chambre.

3. *Conclusions des parties*

La *demanderesse* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— déclarer le recours recevable dans sa totalité;

— déclarer nulle et non avenue la décision de la Commission communiquée à la requérante par lettre du 12 juin 1990, subsidiairement, déclarer que la Commission a omis de prendre les mesures qu'elle était tenue d'adopter à l'égard de la requérante;

— condamner la Commission à réparer les dommages causés à la requérante;

— condamner la Commission aux dépens, y compris ceux de la procédure en référé.

La *défenderesse* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— déclarer irrecevable le recours pour autant qu'il est fondé sur les articles 173 et 175 du traité et, à titre subsidiaire, le rejeter comme non fondé;

— rejeter comme non fondé le recours pour autant qu'il est fondé sur les articles 178 et 215, deuxième alinéa, du traité;

— condamner la requérante aux dépens, y compris ceux de la demande en référé.

III — Moyens et arguments des parties

1. *Recevabilité*

La *Commission* considère que le recours est irrecevable dans la mesure où il est fondé sur les articles 173 et 175 du traité.

La procédure de passation des marchés publics mise en place dans le cadre de la coopération financière et technique instituée par les conventions ACP/CEE comporterait une répartition des compétences entre la Commission et les autorités des États ACP.

S'il incombe à la Commission de prendre, au nom de la Communauté, les décisions de financement, la responsabilité de préparer, de négocier et de conclure les marchés appartiendrait aux autorités des États ACP. Il en résulterait, selon une jurisprudence constante[8], que vis-à-vis des entreprises soumissionnaires, il ne saurait y avoir d'acte ou d'omission émanant de la Commission et susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation ou en carence.

Cela vaudrait particulièrement dans le cas d'espèce où l'acte attaqué, à savoir la lettre que la Commission a adressée à la requérante le 12 juin 1990, ne présente manifestement aucune valeur décisoire et se référerait simplement à la prise de position antérieure du CILSS.

Si la Commission a apporté son assistance au CILSS, notamment en ce qui concerne l'organisation matérielle et logistique de la procédure d'appel d'offres, cela ne signifierait cependant pas que la Commission s'est substituée au CILSS dans la conduite de l'appel d'offres. Le CILSS aurait, en effet, présidé au dépouillement des offres, dirigé la commission technique et proposé les résultats de l'adjudication provisoire, conformément aux compétences qui lui sont réservées par la convention de Lomé III.

En revanche, il résulterait de la jurisprudence de la Cour que le recours en indemnité est recevable, encore que la Commission conteste, dans sa duplique, la recevabilité de la quantification des dommages avancée par la requérante pour la première fois dans sa réplique.

La *demanderesse* soutient que la *lettre* du 12 juin 1990 attaquée constitue la prise de position définitive de la Commission sur les faits qu'Italsolar lui a exposés et que cette lettre est susceptible de nuire directement à sa position juridique, même si formellement — mais seulement formellement — l'acte lui faisant grief est celui qui porte la signature du secrétaire exécutif du CILSS.

L'acte attaqué serait adressé à la demanderesse et constituerait la manifestation extérieure du refus de la Commission de rectifier l'erreur dénoncée par la demanderesse. Le présent recours se distinguerait ainsi des recours similaires précédents qui ont été rejetés comme irrecevables par la Cour en

8 — Arrêts du 10 juillet 1984, STS/Commission (126/83, Rec. p. 2769), du 10 juillet 1985, CMC/Commission (118/83, Rec. p. 2325), du 19 septembre 1985, Murri/Commission (33/82, Rec. p. 2759), et du 24 juin 1986, Développement et Clemessy/Commission (267/82, Rec. p. 1907).

tant que dirigés contre des actes de la Commission adressés à un État ACP et portant approbation d'une adjudication ou de la signature d'un contrat.

L'*abstention* reprochée, par ailleurs, à la Commission ne concernerait pas l'adjudication du marché et la signature du contrat y afférent mais les devoirs assignés à la Commission par la convention de Lomé III, à savoir un devoir d'assistance en ce qui concerne l'organisation de la procédure d'appel d'offres et un devoir de vigilance au cours de cette procédure elle-même. La Commission devrait veiller à ce que l'administration qui procède à l'adjudication respecte les principes d'égalité et de non-discrimination et choisisse l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le *préjudice* subi par la demanderesse serait devenu définitif en raison du refus de la Commission de s'acquitter complètement du rôle institutionnel qui lui est dévolu dans le cadre de la convention de Lomé III et de son défaut de réaction, à l'aide des instruments dont elle dispose, à l'exclusion illégale de la demanderesse. Si la Commission avait agi de façon régulière, ce préjudice aurait pu être évité.

Ainsi que la Cour a déjà eu l'occasion de le décider dans le passé, l'ouverture aux entreprises soumissionnaires par la convention de Lomé d'une procédure arbitrale à l'encontre des autorités des pays ACP ne priverait pas ces entreprises de la possibilité de jouir de la protection juridique que leur assure le traité CEE vis-à-vis de la Commission. En introduisant une demande d'arbitrage, la requérante n'aurait certes pas l'intention de dégager la Commission des responsabilités qui lui incombent en vertu du droit communautaire.

C'est pourquoi la requérante estime qu'il y a lieu de conclure favorablement à la recevabilité tant de l'action en dommages-intérêts que des demandes fondées sur les articles 173 et 175 du traité.

2. *Fond*

A — La *demanderesse* considère que la décision communiquée par la Commission à la requérante par lettre du 12 juin 1990 est *illégale* et qu'en tout état de cause la Commission *n'a pas pris les mesures nécessaires* pour sauvegarder les intérêts de la demanderesse. Tout cela aurait porté à celle-ci un *préjudice* grave.

1. *Recours en annulation*

La demanderesse fait valoir que les *motifs* de son exclusion ne lui ont été communiqués ni par le CILSS ni par la Commission. La norme des dispositions réglementaires précitées qui dispense l'administration de communiquer les motifs de son choix serait contraire à l'article 190 du traité CEE. La demanderesse se réfère à cet égard à l'article 5 bis de la nouvelle directive du Conseil en matière de marchés publics de travaux[9], en vertu duquel l'administration adjudicatrice est tenue de communiquer à tout soumissionnaire dont l'offre aura été rejetée les motifs du rejet de son offre.

9 — Directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 210, p. 1).

Tout aussi contraire au droit serait la norme qui rend secret le procès-verbal contenant les délibérations de la commission d'adjudication.

En conséquence, la demanderesse excipe formellement de l'illégalité de ces deux normes. Elle relève que le Conseil et la Commission ont élaboré des directives tendant à supprimer les discriminations et les abus dans les adjudications publiques des autorités des États membres et à assurer aux entreprises exclues des instruments adéquats de protection juridique, tandis que les entreprises communautaires soumissionnant à des adjudications financées entièrement sur des fonds communautaires et gérées par les services de la Commission avec le concours purement formel des pays ACP en sont réduites à devoir subir des préjudices injustes sans possibilité concrète d'obtenir pleine satisfaction.

La demanderesse soutient, par ailleurs, que la Commission a commis des *négligences graves et inexcusables* dans l'accomplissement des missions qui sont les siennes au regard de la conclusion du marché et de la vérification de sa régularité.

Il n'aurait pas été possible de bonne foi de trouver à redire à l'offre d'Italsolar pour en justifier l'exclusion dans une phase relativement liminaire de la procédure de sélection, soit avant que ne soient effectués les essais techniques en laboratoire destinés à tester le matériel. En effet, l'offre d'Italsolar aurait été non seulement — et de très loin — la meilleure en ce qui concerne le prix, mais elle aurait été également irréprochable techniquement, de l'avis même des experts de la Commission. L'exclusion de la demanderesse aurait coïncidé avec son refus de se plier aux exigences indues de certains dirigeants du CILSS.

La demanderesse conteste le bien-fondé du motif d'exclusion de sa soumission, soit la prétendue faiblesse de son service après-vente. Elle aurait, en effet, donné d'amples preuves de son expérience, de son engagement et de ses capacités organisationnelles, ainsi que de ses contacts sur place avec d'importantes sociétés des pays intéressés. La demanderesse ferait, en outre, partie du groupe ENI qui dispose d'une expérience considérable.

Aussi la demanderesse estime-t-elle que la décision par laquelle la Commission a avalisé l'exclusion du marché décidée par le CILSS doit être déclarée non valide en tant que la Commission a révélé, ce faisant, qu'elle voulait se cacher derrière le paravent du CILSS pour ne pas remplir les obligations qui lui incombent aux fins d'assurer le déroulement correct des marchés d'adjudication financés par des fonds communautaires.

2. *Recours en carence*

Si par impossible, la Cour devait décider que la mesure adoptée par la Commission à l'égard d'Italsolar ne constituait pas une décision au sens de l'article 189 du traité, la demanderesse relève que la Commission a, en tout état de cause, péché par *omission* à son égard du fait qu'elle n'est pas intervenue aux fins de la faire réadmettre dans la procédure d'adjudication en cours.

On ne saurait admettre l'argument selon lequel il appartiendrait exclusivement aux

autorités des États ACP de procéder aux adjudications et de signer les contrats. L'abstention reprochée à la Commission ne concernerait pas l'adjudication du marché et la signature du contrat y afférent mais précisément les devoirs assignés à la Commission par la convention de Lomé, à savoir un devoir d'assistance en ce qui concerne la procédure d'appel d'offres et un devoir de vigilance au cours de cette procédure elle-même. La Commission devrait veiller à ce que l'administration adjudicatrice respecte le principe de non-discrimination des soumissionnaires et choisisse l'offre qui s'avère économiquement la plus avantageuse.

3. *Recours en indemnité*

Le comportement pour le moins négligent de la Commission aurait été à l'origine du *préjudice* subi par Italsolar dans la mesure où il en a été une des causes déterminantes.

Il serait généralement admis que pour pouvoir établir un *lien de cause à effet* entre un acte et le préjudice subi, il suffit que cet acte ait constitué l'une des causes du dommage, sans qu'il soit exigé qu'il en soit la cause unique.

Le *préjudice* subi par Italsolar en raison du comportement de la Commission serait injuste dans la mesure où l'exclusion du soumissionnaire qui a fait l'offre la plus avantageuse, probablement en raison de son refus d'avaliser une tentative de concussion, ne constitue pas un aléa normal auquel s'expose toute entreprise qui décide de participer à un marché d'adjudication.

Les éléments constitutifs de ce préjudice seraient en premier lieu tous les coûts supportés par la demanderesse pour participer à l'adjudication. En outre, tout en s'en remettant sur ce point à l'appréciation de la Cour, la demanderesse estime qu'il est raisonnable de réclamer la compensation de la perte du profit qu'elle escomptait retirer du marché et qu'elle évalue à 15 % du prix offert pour chaque lot.

B — La *Commission* constate, en ce qui concerne le *recours en indemnité,* que la demanderesse n'apporte aucun élément susceptible de démontrer que la Commission aurait péché par négligence grave et inexcusable dans l'accomplissement des tâches qui lui ont été imparties dans l'exécution de l'appel d'offres et la vérification de sa régularité.

La procédure d'appel d'offres se serait déroulée régulièrement avec le concours d'une commission technique d'évaluation des offres constituée d'experts indépendants.

La Commission rappelle que le rôle qui lui est assigné par la convention de Lomé n'est pas de se substituer à la commission technique. En l'espèce, la défenderesse aurait constaté que les travaux de la commission technique avaient été effectués de façon sérieuse et correcte. La défenderesse n'aurait alors trouvé aucune raison de s'opposer aux conclusions des experts indépendants qui ont constitué la base de la proposition d'adjudication provisoire du CILSS.

L'initiative de la mission technique auprès d'Italsolar aurait été prise par deux membres

de cette commission et par le fonctionnaire de la défenderesse qui assiste aux travaux de la commission technique. Loin de prouver, comme le soutient la requérante, que la défenderesse se serait, à ce stade de l'appel d'offres, « substituée au CILSS », ces circonstances prouveraient au contraire l'engagement et le sérieux avec lesquels tant la défenderesse que la commission technique ont accompli leurs tâches respectives.

La décision prise par le CILSS de ne pas retenir l'offre de la demanderesse, même si elle était la moins disante, aurait été justifiée notamment du fait de l'insuffisance du service après-vente offert. La Commission souligne à cet égard que le succès de l'ensemble du programme solaire aurait dépendu en grande partie de la possibilité de mettre à la disposition des utilisateurs un service d'assistance rapide, efficace et économique.

Face aux exigences du cahier des charges, le service après-vente proposé par Italsolar aurait été vague et incomplet et aurait reposé sur des structures privées non spécialisées ou sans références solides dans le secteur.

La Commission considère donc que son comportement ne peut être qualifié d'illégal et que le fondement de la responsabilité de la Communauté à l'égard de la requérante fait totalement défaut.

La Commission conteste formellement la quantification des dommages avancée par la requérante.

La Commission soutient à titre subsidiaire qu'il résulte de ce qui précède que les recours en annulation et en carence sont non seulement irrecevables, mais également infondés.

J. L. Murray

Juge rapporteur