DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)
14. januar 1993 *

I sag C-257/90,

Italsolar SpA, Milano, ved advokaterne Mario Siragusa, Massimo Nicolazzi og Giuseppe Scassellati-Sforzolini, henholdsvis Rom, Milano og Bologna, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Arendt og Medernach, 8-10, rue Mathias Hardt,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridiske konsulenter Eugenio de March og Hans-Peter Hartvig, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Roberto Hayder, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

angående nogle under henvisning til EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, artikel 175, stk. 3, artikel 178 og artikel 215, stk. 2, nedlagte påstande vedrørende et begrænset udbud (nr. 6100.20.94.216 (REG/6116)) med henblik på levering og installation af fotovoltaisk solcelleudstyr til brug for de lande, der tilhører Comité permanent inter-États pour la lutte contre la sécheresse dans le Sahel (Det Mellemstatslige Råd for Bekæmpelse af Tørken i Sahel-området, herefter benævnt »CILSS«), og finansieret af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab gennem Den Europæiske Udviklingsfond (herefter benævnt »EUF«),

har

* Processprog: italiensk.

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C.N. Kakouris, og dommerne J.L. Murray, G.F. Mancini, F.A. Schockweiler og M. Diez de Velasco,

generaladvokat: C.O. Lenz
justitssekretær: fuldmægtig D. Triantafyllou,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 7. maj 1992, hvorunder Italsolar SpA var repræsenteret af advokaterne Mario Siragusa og Giuseppe Scassellati-Sforzolini, henholdsvis Rom og Bologna,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 30. juni 1992,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 22. august 1990 har Italsolar SpA under henvisning til EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, artikel 175, stk. 3, artikel 178 og artikel 215, stk. 2, anlagt sag, principalt med påstand om annullation af den angivelige afgørelse fra Kommissionens side, der blev meddelt sagsøgeren ved skrivelse af 12. juni 1990 fra Generaldirektoratet »Udvikling«, hvori generaldirektoratet bekræftede, at CILSS' eksekutivsekretær havde besluttet ikke at antage det tilbud, som sagsøgeren havde indgivet som led i en udbudsprocedure angående en kontrakt vedrørende levering og installation af fotovoltaisk solcelleudstyr til brug for de lande, der tilhører CILSS. Subsidiært har sagsøgeren nedlagt påstand om, at det fastslås, at Kommissionen har undladt at træffe de

forholdsregler i forhold til sagsøgeren, som den var forpligtet til med henblik på, at selskabet på ny blev taget i betragtning i forbindelse med udbudsproceduren. Endelig har sagsøgeren nedlagt påstand om erstatning for det tab, som selskabet angiveligt har lidt som følge af udelukkelsen fra proceduren.

2 Den nævnte kontrakt er et led i et af EUF finansieret regionalt program vedrørende udnyttelse af solenergi, jf. den tredje AVS/EØF-konvention, der blev undertegnet i Lomé den 8. december 1984 (EFT 1986 L 86, s. 3, herefter benævnt »konventionen«).

3 I overensstemmelse med konventionens artikel 222 blev der indgået en finansieringsaftale vedrørende projektet mellem på den ene side Fællesskabet, repræsenteret af Kommissionen, og på den anden side de pågældende ni Sahel-lande, repræsenteret af CILSS.

4 Efter meddelelse nr. 2731 vedrørende forhåndsudvælgelse af virksomheder (EFT S 62 af 29.3.1988) indgav sagsøgeren en ansøgning om at måtte deltage i det begrænsede udbud, nr. 6100.20.94.216 (REG/6116).

5 Ved skrivelse af 6. juli 1989, der var underskrevet af CILSS' eksekutivsekretær, blev sagsøgeren opfordret til at deltage i det begrænsede udbud og til inden den 6. november 1989 til Generaldirektoratet »Udvikling« at indgive tilbud, som skulle opfylde betingelserne i det udbudsmateriale, der var bilagt skrivelsen. Det blev bl.a. oplyst, at de almindelige betingelser for kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder og leverancer, der finansieres af EUF (JO 1972 L 39, s. 3), var gældende for kontrakten.

6 Sagsøgeren indgav tilbud inden for den nævnte frist. Efter at de indkomne tilbud var blevet åbnet og nærmere undersøgt, blev tilbudsgiverne anmodet om at fremkomme med en række oplysninger og præciseringer, og sagsøgeren meddelte de oplysninger, selskabet var blevet anmodet om at fremkomme med, inden for den fastsatte frist.

7 På et senere stadium af proceduren foreslog CILSS, at der i første omgang blev kontraheret med andre tilbudsgivende selskaber end sagsøgeren, og at der for så vidt angår disse selskaber blev gennemført tekniske forsøg som omhandlet i udbudsmaterialet. Dette forslag blev godkendt af Kommissionen den 30. april 1990.

8 Ved telex af 3. maj 1990, der blev bekræftet ved skrivelse af 7. maj 1990, meddelte CILSS herefter sagsøgeren, at selskabets tilbud ikke var blevet antaget.

9 Under henvisning til, at selskabets tilbud måtte anses for det økonomisk mest fordelagtige, og til, at det retsstridigt var blevet udelukket, meddelte sagsøgeren ved skrivelse af 7. maj 1990 Kommissionen, at såfremt selskabet i endelig form modtog meddelelsen af 3. maj, ville det anse denne for retsstridig som følge af en række meget graverende forhold, som sagsøgeren i så fald ville give nærmere meddelelse om. Sagsøgeren forbeholdt sig endvidere ret til at anlægge sag ved de kompetente retsinstanser med henblik på at beskytte sine rettigheder. Det hed til slut i skrivelsen: »Vi håber, at den meddelelse, vi har modtaget, beror på en fejltagelse, og vil sætte stor pris på et hurtigt svar fra Dem vedrørende dette spørgsmål.«

10 Ved skrivelse af 12. juni 1990 meddelte Kommissionen som svar herpå sagsøgeren, at kompetencen til at give tilslag i forbindelse med den pågældende kontrakt henhørte under CILSS' eksekutivsekretær, og at sagsøgeren måtte rejse sine indsigelser vedrørende proceduren over for CILSS. Kommissionen bemærkede, at den under alle omstændigheder havde fulgt sagen nøje, og at CILSS blev bistået af internationale sagkyndige med henblik på at vurdere de tekniske specifikationer i forbindelse med de forskellige tilbud.

11 I skrivelse af 9. juli 1990 til CILSS' eksekutivsekretær opfordrede sagsøgeren til, at beslutningen om at udelukke selskabet blev tilbagekaldt, og til, at selskabet fik tilladelse til at deltage i procedurens videre forløb indtil det endelige tilslag. Såfremt der ikke blev taget skridt til at efterkomme sagsøgerens krav, ville selskabet iværksætte voldgiftsproceduren i henhold til konventionens artikel 238 med henblik

på at få fastslået, at selskabet havde ret til at deltage i proceduren og krav på at få antaget sit tilbud, idet dette var det økonomisk mest fordelagtige, eller i givet fald at få tilkendt erstatning.

12 Ved processkrift, der blev indleveret til Domstolens Justitskontor samme dag som stævningen, fremsatte sagsøgeren under henvisning til EØF-traktatens artikel 185 og 186 en begæring om foreløbige forholdsregler med påstand om, at der blev truffet bestemmelse om en udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede afgørelse eller om enhver anden foreløbig forholdsregel, hvorved sagsøgeren blev sikret en fornyet adgang til udbudsproceduren. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 25. oktober 1990 blev denne begæring ikke taget til følge.

13 Den 4. december 1990 indgav sagsøgeren en begæring om voldgift rettet mod CILSS til Det Internationale Handelskammer.

14 Efter begæring fra sagsøgeren havde Domstolen opfordret Kommissionen til at fremlægge en række dokumenter vedrørende den omtvistede udbudsprocedure. Kommissionen indleverede de pågældende dokumenter den 7. februar 1992, men anførte, at disse var fortrolige.

15 Ved afgørelse af 20. februar 1992 traf formanden for Sjette Afdeling bestemmelse om, at de nævnte dokumenter ikke længere skulle indgå i sagens akter, og at de skulle returneres til Kommissionen på grund af deres fortrolige karakter. Følgelig har Domstolen ikke med henblik på nærværende dom taget disse dokumenter i betragtning.

16 Hvad nærmere angår sagens faktiske omstændigheder, retsforhandlingernes forløb samt parternes anbringender og argumenter henvises til retsmøderapporten. Disse omstændigheder omtales derfor kun i det følgende i det omfang, det er nødvendigt for forståelsen af Domstolens argumentation.

Formaliteten for så vidt angår sagen som annullationssøgsmål

17 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen ved den anfægtede afgørelse har godkendt CILSS' beslutning om foreløbigt tilslag til andre tilbudsgivere i forbindelse med den pågældende kontrakt, således at Kommissionen forudsætningsvis har godkendt sagsøgerens udelukkelse fra udbudsproceduren samtidig med at afvise at ville træffe de forholdsregler, som sagsøgeren anmodede om med henblik på at beskytte sine interesser.

18 Det foreløbige tilslag i forbindelse med kontrakten og dermed sagsøgerens udelukkelse må tilskrives Kommissionen, der selv varetog proceduren med henblik på forhåndsudvælgelse af de tilbudsgivende selskaber på CILSS' vegne. CILSS var ganske afhængig af Kommissionen for så vidt angår finansieringen af projektet, og CILSS' beslutning om at udelukke sagsøgeren er af rent formel art.

19 Sagsøgeren gør endvidere gældende, at CILSS og Kommissionen ved bestemmelserne i aftalen vedrørende det finansielle og tekniske samarbejde blev tillagt et fælles ansvar for gennemførelsen af udbudsproceduren, herunder for så vidt angår spørgsmålet om tilslag, idet CILSS alene blev tillagt en enekompetence med hensyn til indgåelsen af kontrakten med den valgte tilbudsgiver.

20 Kommissionen har gjort gældende, at sagen som annullationssøgsmål må afvises, idet det følger af reglerne om kompetencefordelingen mellem henholdsvis Kommissionen og myndighederne i AVS-staterne i forbindelse med udbudsprocedurer, således som disse regler efter Domstolens faste praksis skal fortolkes, at der ikke kan være tale om afgørelser fra Kommissionens side over for tilbudsgivende virksomheder, som kan være genstand for et annullationssøgsmål.

21 Med henblik på afgørelsen om, hvorvidt sagen som annullationssøgsmål kan antages til realitetsbehandling, må der ske en undersøgelse af den anfægtede afgørelses beskaffenhed. Det fremgår herved af Domstolens faste praksis, at kun afgørelser, der skaber bindende retsvirkninger, som kan berøre den pågældende sagsøgers interesser, kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål (jf. bl.a. dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639, præmis 9).

22 Dette er ikke tilfældet i forbindelse med den anfægtede afgørelse. Det fremgår af Domstolens praksis (jf. herved dom af 10.7.1984, sag 126/83, STS mod Kommissionen, Sml. s. 2769, præmis 16, 17 og 18, og af 10.7.1985, sag 118/83, CMC mod Kommissionen, Sml. s. 2325, præmis 28), at offentlige kontrakter, i henseende til hvilke der ydes finansiel bistand fra EUF, er et nationalt anliggende, og at det alene henhører under AVS-staternes repræsentanters ansvar at udarbejde, forhandle og indgå dem, idet Kommissionens repræsentanters rolle i forbindelse med proceduren vedrørende indgåelse af sådanne kontrakter udelukkende består i at fastslå, hvorvidt betingelserne for at opnå finansiel støtte fra Fællesskabet er opfyldt. Det gælder endvidere, at virksomheder, der afgiver tilbud eller opnår tilslag i forbindelse med sådanne kontrakter, ikke indgår i et retsforhold med den for kontrakten ansvarlige AVS-stat, og at skridt fra Kommissionens repræsentanters side ikke kan være udtryk for, at en afgørelse truffet af Fællesskabet er trådt i stedet for den pågældende afgørelse truffet af AVS-staterne.

23 Følgelig henhører selve beslutningen om tilslag udelukkende under de beføjelser, der efter konventionen er forbeholdt AVS-staterne, idet Kommissionens repræsentants rolle i denne forbindelse er begrænset til en godkendelse af AVS-staternes repræsentants forslag om tilslag med henblik på at sikre, at de gældende regler vedrørende finansiel støtte er iagttaget.

24 At den nævnte kompetence henhører under AVS-staterne, bekræftes da også af artikel 45 i de ovennævnte almindelige betingelser, hvorefter det tilkommer myndighederne i AVS-staterne at vælge det tilbud, der er det økonomisk mest fordelagtige.

25 Det må herefter lægges til grund, at Kommissionen i sin skrivelse af 12. maj 1990 blot meddelte sagsøgeren, at kompetencen til at udpege tilslagsmodtageren henhørte under CILSS' eksekutivsekretær, således at det var over for CILSS, at sagsøgeren måtte rejse indsigelse mod tilslagsprocedurens forløb.

26 Følgelig kan den anfægtede afgørelse ikke anses for at have skabt retsvirkningen i forhold til sagsøgeren, hvorfor afgørelsen ikke kan være genstand for et annullationssøgsmål anlagt af sagsøgeren.

27 Sagen må herefter som annullationssøgsmål afvises.

Formaliteten for så vidt angår sagen som passivitetssøgsmål

28 Sagsøgeren har i det væsentlige til støtte for sin påstand vedrørende sagen som passivitetssøgsmål gjort gældende, at Kommissionen har undladt at træffe de nødvendige forholdsregler til, at sagsøgeren på ny fik adgang til udbudsproceduren, selv om det påhvilede Kommissionen at træffe sådanne forholdsregler, idet Kommissionen var forpligtet til at sikre, at udbudsproceduren forløb forskriftsmæssigt.

29 Kommissionen har gjort gældende, at sagen som passivitetssøgsmål må afvises, idet der henset til kompetencefordelingen mellem henholdsvis den og myndighederne i AVS-staterne ikke kan være tale om passivitet fra Kommissionens side og over for tilbudsgivende virksomheder, som kan være genstand for et passivitetssøgsmål.

30 Det bemærkes blot, at Kommissionen som følge af den nævnte kompetencefordeling mellem henholdsvis den og CILSS under alle omstændigheder ikke i forhold til sagsøgeren kunne træffe en afgørelse, som var udtryk for andet end en henstilling eller en udtalelse som omhandlet i traktatens artikel 175, stk. 3.

31 Sagen må herefter som passivitetssøgsmål afvises.

Sagen som erstatningssøgsmål

32 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabets retsstridige udelukkelse fra udbudsproceduren må tilskrives en handlemåde fra Kommissionens side, som i hvert fald er udtryk for forsømmelighed, hvorved selskabet er blevet påført et alvorligt tab, som det må have krav på erstatning for.

33 Det fremgår af Domstolens faste praksis (jf. bl.a. dom af 8.4.1992, sag C-55/90, Cato mod Kommissionen, Sml. I, s. 2533, præmis 18), at det følger af traktatens artikel 215, stk. 2, at flere betingelser skal være opfyldt for, at Fællesskabet kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold, og for, at der kan rejses krav om erstatning for et tab, som er lidt, nemlig, at institutionernes adfærd er retsstridig, at der er indtrådt et tab, og at der er en årsagssammenhæng mellem adfærden og tabet.

34 Hvad nærmere angår det retsstridige forhold, som sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen har gjort sig skyldig i, bemærkes, at da Kommissionen alene har kompetence til at fastslå, hvorvidt betingelserne for at opnå finansiel støtte fra Fællesskabet er opfyldt, var Kommissionen ikke i forhold til sagsøgeren forpligtet til at modsætte sig, at selskabet blev udelukket, eller til at gribe ind med henblik på, at sagsøgeren på ny fik adgang til proceduren.

35 Det bemærkes herved, at sagsøgeren hverken har kunnet godtgøre, at Kommissionen på retsstridig måde søgte at formå CILSS til at udelukke selskabet fra udbudsproceduren, eller at Kommissionen gjorde sig skyldig i en fejl ved at være af den opfattelse, at der ikke var nogen rimelig grund til at antage, at betingelserne for en finansiel støtte fra Fællesskabet til projektet ikke var opfyldt.

36 Kommissionen bør herefter frifindes for sagsøgerens erstatningspåstand, hvorved det er ufornødent at tage stilling til, om sagsøgeren har lidt et tab, og til, hvorvidt der måtte være en årsagssammenhæng mellem henholdsvis et sådant tab og de af sagsøgeren kritiserede forhold fra Kommissionens side.

Sagens omkostninger

37 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, såfremt der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor dømmes til at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse sagen om foreløbige forholdsregler.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

1) Sagen afvises som annullationssøgsmål.

2) Sagen afvises som passivitetssøgsmål.

3) Sagsøgte frifindes for sagsøgerens erstatningspåstand.

4) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler.

Kakouris Murray

Mancini Schockweiler Diez de Velasco

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. januar 1993.

J.-G. Giraud C.N. Kakouris

Justitssekretær Formand for Sjette Afdeling