men ansvaret for at udarbejde, forhandle og indgå kontrakterne henhører under myndighederne i AVS-staten.

Følgelig kan der ikke være tale om afgørelser eller passivitet fra Kommissionens side over for tilbudsgivende virksomheder, som kan være genstand for søgsmål i henhold til EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, eller artikel 175, stk. 3.

Sådanne virksomheder kan indbringe erstatningssøgsmål efter traktatens artikel 178 og artikel 215, stk. 2, men der kan kun foreligge et ansvar for Kommissionen, såfremt denne ved udøvelsen af de nøje begrænsede beføjelser, som konventionen tillægger den, har truffet en retsstridig afgørelse eller gjort sig skyldig i fejl.

# RETSMØDERAPPORT
## i sag C-257/90 *

### I — De for sagen relevante retsforskrifter

Den tredje AVS/EØF-konvention, der blev undertegnet i Lomé den 8. december 1984 [1], bestemmer følgende i artikel 192, der er indeholdt i afsnit III, som omhandler finansielt og teknisk samarbejde:

»1. De foranstaltninger, der finansieres af Fællesskabet, iværksættes i nært samarbejde mellem AVS-staterne og Fællesskabet under overholdelse af princippet om ligestillede partnere.

2. Det henhører under AVS-staternes ansvarsområde:

...

d) at udarbejde, forhandle og indgå kontrakter

...

4. Det henhører under Fællesskabets ansvarsområde at træffe finansieringsafgørelser om projekterne og programmerne.«

Konventionens artikel 222 bestemmer:

»1. For ethvert projekt eller program, der finansieres med gavebistand fra fonden, udarbejdes der en finansieringsaftale mellem Kommissionen, der handler på

* Processprog: fransk.

1 — EFT 1986 L 86, s. 3.

Fællesskabets vegne, og den eller de pågældende AVS-stater.

...«

Konventionens artikel 225, stk. 3, indeholder følgende bestemmelse:

»3. AVS-staterne og de øvrige modtagere, der er godkendt af disse, gennemfører de projekter og programmer, som finansieres af Fællesskabet; de er navnlig ansvarlige for udarbejdelse, forhandling og indgåelse af de kontrakter, der er nødvendige for gennemførelsen af de pågældende foranstaltninger.«

I artikel 226, stk. 2, fastsættes følgende:

»2. I nært samarbejde med den nationale anvisningsberettigede drager den ledende anvisningsberettigede omsorg for, at betingelserne for deltagelse i udbud er ens for alle, påser, at der ikke sker forskelsbehandling i udbudsmaterialet, samt sikrer, at det valgte bud er det økonomisk mest fordelagtige. Han modtager resultatet af gennemgangen af buddene og godkender forslaget om tildeling af kontrakten, uden at dette indskrænker de beføjelser, som udøves af Kommissionens delegerede i medfør af artikel 228.«

Endelig bemærkes, at artikel 45, stk. 1, i de almindelige betingelser for kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder og leverancer, der finansieres af Den Europæiske Udviklingsfond [2], fastsætter følgende:

»1. Udvalget foreslår myndigheden [3] at antage det tilbud, der er det økonomisk mest fordelagtige, navnlig når henses til ydelsernes pris, omkostningerne ved anvendelsen samt den tekniske værdi og de økonomiske garantier.

2. Der udfærdiges et referat over udvalgets forhandlinger, som hverken må offentliggøres eller meddeles til nogen tilbudsgiver. Referatet undertegnes af udvalgets medlemmer.

Myndigheden giver til orientering den tilbudsgiver, hvis tilbud er blevet valgt, meddelelse om valget ved anbefalet brev med modtagelsesbevis ...

...

Myndigheden giver ligeledes ved anbefalet brev de øvrige tilbudsgivere meddelelse om, at deres tilbud ikke er blevet antaget.

Myndigheden er ikke forpligtet til at meddele grundene til sit valg.

...«

2 — JO 1972 L 39, s. 3.

3 — I artikel 4, nr. 4, i de almindelige betingelser fastsættes det, at der ved »myndighed« skal forstås »staten, en lokal myndighed eller enhver anden offentligretlig juridisk person, på hvis vegne kontrakten indgås«.

## II — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

### 1. *Faktiske omstændigheder*

I medfør af den tredje Lomé-konvention besluttede Fællesskabet på grundlag af midlerne i Den Sjette Europæiske Udviklingsfond [4] at finansiere et regionalt program vedrørende fotovoltaisk udnyttelse af solenergi i Sahel-landene, repræsenteret af Comité permanent inter-États pour la lutte contre la sécheresse dans le Sahel (Det Mellemstatslige Råd for Bekæmpelse af Tørken i Sahelområdet, herefter benævnt »CILSS«).

Formålet med det nævnte program var en indførelse af fotovoltaisk udstyr i stort omfang med henblik på at udbrede anvendelsen af solenergi i landområdet i ni Sahellande [5].

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 stater repræsenteret af CILSS.

Efter meddelelse nr. 2731 vedrørende forhåndsudvælgelse af virksomheder [6] indgav Italsolar en ansøgning om at måtte deltage i det begrænsede udbud, nr. 6100.20.94.216 (REG/6116).

I henhold til artikel IV i de særlige betingelser i forbindelse med udbuddet skete der en opdeling i tre partier [7]. Tilbud kunne indgives for et, to eller tre partier.

Det var endvidere fastsat, at de almindelige betingelser var de »almindelige betingelser for kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder og leverancer, der finansieres af Den Europæiske Udviklingsfond«.

I tilbuddene skulle der ske en særskilt angivelse dels af udstyrets art og priserne i forbindelse med dets levering og opstilling, dels af de nærmere vilkår i forbindelse med gennemførelsen heraf og priserne på en række ydelser efter leveringen (oprettelse af et handelsnet for reservedele samt vedligeholdelse af udstyret og uddannelse af personale).

Ved skrivelse af 6. juli 1989, der var underskrevet af CILSS' eksekutivsekretær, blev Italsolar opfordret til at deltage i det begrænsede udbud, hvorved det blev meddelt selskabet, at dets tilbud, som skulle opfylde betingelserne i udbudsmaterialet, skulle indgives inden den 6. november 1989 til Kommissionens Generaldirektorat for Udvikling (GD VIII).

Italsolar indgav inden for den nævnte frist tilbud omfattende parti nr. 2 og 3.

4 — Oprettet ved den interne aftale om finansiering og forvaltning af Fællesskabets bistand (86/126/EØF, EFT 1986 L 86, s. 210).

5 — Burkina Faso, Cap Verde, Gambia, Guinea-Bissau, Mali, Mauretanien, Niger, Senegal og Tchad.

6 — EFT S 62 af 29.3.1988.

7 — Parti nr. 1: Cap Verde, Gambia, Guinea-Bissau, Mauretanien og Senegal; parti nr. 2: Burkina Faso og Mali; parti nr. 3: Niger og Tchad.

Den 7. november 1989 blev de indkomne tilbud åbnet i Kommissionen i Bruxelles. Tilbuddene blev herefter nærmere undersøgt og vurderet. I forbindelse med denne undersøgelse blev tilbudsgiverne og de pågældende ministerier i CILSS' medlemsstater anmodet om at fremkomme med en række oplysninger og præciseringer.

Ved skrivelse af 14. november fra GD VIII blev Italsolar anmodet om yderligere oplysninger vedrørende udstyrets tekniske specifikationer, erfaringerne fra tidligere anvendelser i oversøiske lande, den påtænkte opstillingsmåde samt efterfølgende vedligeholdelse mv. Sagsøgeren meddelte samtlige de pågældende oplysninger inden for den fastsatte frist.

Den 27. november 1989 blev der aflagt et besøg på Italsolar's virksomhed i Italien med henblik på en nærmere teknisk undersøgelse af selskabets produkter.

Ved skrivelse af 5. marts 1990 anmodede CILSS' eksekutivsekretær Italsolar om, at tilbuddets gyldighedsperiode blev forlænget med to måneder for at gøre det muligt at afslutte undersøgelsen af tilbuddene og føre samråd mellem modtagerne og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, der finansierede programmet.

Senere foreslog CILSS, at der i første omgang blev kontraheret med andre selskaber end Italsolar, og at der for så vidt angår disse selskaber blev gennemført tekniske forsøg som omhandlet i artikel 5 i det tekniske bilag til del A af udbudsmaterialet. Dette forslag blev godkendt af Kommissionen den 30. april 1990.

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

Ved skrivelse af 7. maj anmodede Italsolar under henvisning til telexet Kommissionen om at gribe ind og forbeholdt sig ret til at forelægge sagen for de kompetente retsinstanser.

Ved skrivelse af 12. juni 1990 meddelte Kommissionen som svar herpå Italsolar, at kompetencen til at give tilslag i forbindelse med det pågældende parti henhørte under CILSS' eksekutivsekretær, idet det regionale solenergiprogram, som den pågældende kontrakt var et led i, blev gennemført på CILSS' ansvar. Kommissionen anførte herved, at CILSS under alle omstændigheder havde gjort brug af internationale sagkyndige med henblik på vurderingen af de tekniske specifikationer i forbindelse med de forskellige tilbud, og at der ved den samlede vurdering med hensyn til, hvilket tilbud der var det økonomisk mest fordelagtige, i overensstemmelse med udbudsmaterialet var sket en inddragelse, ikke alene af spørgsmålet om udstyrets kvalitet, men også dets forventede levetid samt navnlig spørgsmålet om den efterfølgende vedligeholdelse mv. og de i forbindelse hermed tilbudte garantier. Endelig henledte Kommissionen Italsolar's opmærksomhed på, at den pågældende myndighed i henhold til artikel 45, stk. 2, femte afsnit, i de almindelige betingelser ikke er forpligtet til at angive nogen begrundelse for sin afgørelse.

I skrivelse af 9. juli 1990 til CILSS' eksekutivsekretær gjorde Italsolar gældende, at beslutningen om at udelukke selskabet fra udbudsproceduren var et resultat af magtfordrejning, og at der var sket en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter gældende for offentlige kontrakter finansieret gennem EUF. I skrivelsen opfordrede Italsolar endvi-

dere formelt om, at beslutningen blev tilbagekaldt, og om, at selskabet fik tilladelse til at deltage i procedurens videre forløb, herunder navnlig for så vidt angår laboratorietests, indtil det endelige tilslag. Italsolar anmodede i anden række om, at klagen i givet fald blev fremsendt til andre myndigheder, som måtte være kompetente. Såfremt der ikke blev taget skridt til at efterkomme selskabets krav, ville det iværksætte voldgiftsproceduren i henhold til artikel 238 i den tredje Lomé-konvention med henblik på at få fastslået, at det havde ret til at deltage i udbudsproceduren og krav på at få antaget sit tilbud, idet dette var det økonomisk mest fordelagtige, eller i givet fald at få tilkendt erstatning.

I overensstemmelse hermed indgav Italsolar den 4. december 1990 en begæring om voldgift rettet mod CILSS til Det Internationale Handelskammer.

2. *Skriftlig forhandling*

Den 22. august 1990 anlagde sagsøgeren sag ved Domstolen mod Kommissionen under henvisning til traktatens artikel 173, stk. 2, artikel 175, stk. 3, artikel 178 og artikel 215, stk. 2, idet sagsøgeren samtidig fremsatte en begæring om foreløbige forholdsregler. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 25. oktober 1990 blev denne begæring ikke taget til følge.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse og at henvise sagen til Sjette Afdeling.

3. *Parternes påstande*

*Sagsøgeren* har nedlagt følgende påstande:

— Det fastslås, at sagens som helhed kan antages til realitetsbehandling.

— Det fastslås, at den afgørelse fra Kommissionen, der blev meddelt sagsøgeren ved skrivelse af 12. juni 1990, er ugyldig, subsidiært, at Kommissionen har undladt at træffe de forholdsregler i henhold til sagsøgeren, som den var forpligtet til af træffe.

— Kommissionen tilpligtes at yde sagsøgeren erstatning for det tab, selskabet har lidt.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler.

*Sagsøgte* har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises, for så vidt den er anlagt under henvisning til traktatens artikel 173 og 175, subsidiært frifindes sagsøgte.

— Sagsøgte frifindes, for så vidt sagen er anlagt under henvisning til traktatens artikel 178 og artikel 215, stk. 2.

— Sagsøgte tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler.

III — Parternes anbringender og argumenter

1. *Formaliteten*

*Kommissionen* har gjort gældende, at sagen må afvises, for så vidt den er anlagt under henvisning til traktatens artikel 173 og 175.

Den procedure vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, der er fastlagt som led i det ved AVS/EØF-konventionerne indførte finansielle og tekniske samarbejde, indebærer en kompetencefordeling mellem henholdsvis Kommissionen og myndighederne i AVS-staterne.

Det henhører under Kommissionen på Fællesskabets vegne at træffe finansieringsafgørelser, men ansvaret for at forberede, forhandle og indgå kontrakterne henhører under myndighederne i AVS-staterne. Efter fast retspraksis [8] følger det heraf, at der ikke over for tilbudsgivende virksomheder kan være tale om afgørelser eller passivitet fra Kommissionens side, som kan være genstand for annullations- eller passivitetssøgsmål.

Dette må navnlig gælde i denne sag, hvor det anfægtede forhold, dvs. Kommissionens skrivelse af 12. juni 1990 til sagsøgeren, åbenbart ikke har karakter af en afgørelse og blot er udtryk for en henvisning til en tidligere stillingtagen fra CILSS' side.

Forholdet er det, at Kommissionen har ydet bistand til CILSS, navnlig hvad angår den praktiske gennemførelse af udbudsproceduren, men dette betyder ikke, at Kommissionen er trådt i CILSS' sted i forbindelse med denne. CILSS ledede således åbningen af tilbuddene og det tekniske udvalgs arbejde og stillede forslag med hensyn til det foreløbige tilslag, i overensstemmelse med sine beføjelser i henhold til den tredje Lomékonvention.

Derimod fremgår det af Domstolens praksis, at sagen som erstatningssøgsmål kan antages til realitetsbehandling, hvorved Kommissionen dog i duplikken har rejst en formalitetsindsigelse vedrørende opgørelsen af tabet, som sagsøgeren har redegjort for for første gang i replikken.

*Sagsøgeren* har gjort gældende, at den anfægtede *skrivelse* af 12. juni 1990 er udtryk for en definitiv stillingtagen fra Kommissionens side til de faktiske omstændigheder, som Italsolar redegjorde for over for Kommissionen, og at denne skrivelse umiddelbart og i negativ retning berører sagsøgerens retsstilling, selv om den for sagsøgeren bebyrdende afgørelse formelt — men også kun formelt — er den, som CILSS' eksekutivsekretær underskrev.

Den anfægtede afgørelse er rettet til sagsøgeren og er det forhold, hvorved Kommissionen udadtil har givet udtryk for, at den afslog at berigtige den af sagsøgeren påtalte fejl. Nærværende sag adskiller sig dermed fra tidligere lignende sager, som er blevet afvist af Domstolen, for så vidt de var rettet mod

8 — Dom af 10.7.1984, sag 126/83, STS mod Kommissionen, Sml. s. 2769, af 10.7.1985, sag 118/83, CMC mod Kommissionen, Sml. s. 2325, af 19.9.1985, sag 33/82, Murri mod Kommissionen, Sml. s. 2759, og af 24.6.1986, sag 267/82, Développement og Clemessy mod Kommissionen, Sml. s. 1907.

afgørelser fra Kommissionens side over for en AVS-stat, hvorved Kommissionen godkendte et tilslag eller en undertegnelse af en kontrakt.

Sagsøgeren gør herefter gældende, at den påtalte *passivitet* fra Kommissionens side ikke angår det i forbindelse med den pågældende kontrakt givne tilslag og den hermed forbundne undertegnelse af kontrakten, men Kommissionens forpligtelser i henhold til den tredje Lomé-konvention, nærmere bestemt forpligtelsen til at yde bistand i forbindelse med gennemførelsen af en udbudsprocedure og forpligtelsen til at påse, at denne forløber forskriftsmæssigt. Kommissionen har pligt til at påse, at den ordregivende myndighed overholder lighedsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling og vælger det tilbud, der økonomiske er det mest fordelagtige.

Det af sagsøgeren *tab* er blevet definitivt som følge af Kommissionens manglende vilje til fuldt ud at påtage sig den institutionelle opgave, der påhviler den som led i den tredje Lomé-konvention, og som følge af Kommissionens manglende vilje til på grundlag af de midler, som den råder over, at gribe ind over for den retsstridige udelukkelse af sagsøgeren. Såfremt Kommissionen havde handlet i overensstemmelse med de gældende regler, ville det have været muligt at forhindre, at sagsøgeren led det pågældende tab.

Som Domstolen allerede flere gange har fastslået, er den omstændighed, at Lomékonventionen skaber grundlag for, at tilbudsgivende virksomheder kan iværksætte en voldgiftsprocedure rettet mod myndighederne i AVS-staterne, ikke til hinder for, at disse virksomheder kan påberåbe sig den retsbeskyttelse, som EØF-traktaten tillægger dem i forhold til Kommissionen. Ved at indgive en begæring om voldgift har sagsøgeren på ingen måde haft til hensigt at frigøre Kommissionen fra dennes ansvar i henhold til fællesskabsretten.

Sagsøgeren gør på dette grundlag gældende, at det må fastslås, at sagen kan antages til realitetsbehandling både som erstatningssøgsmål og som søgsmål baseret på traktatens artikel 173 og 175.

2. *Realiteten*

A — *Sagsøgeren* har gjort gældende, at den afgørelse, som Kommissionen meddelte selskabet ved skrivelsen af 12. juni 1990, er *retsstridig*, og at Kommissionen i hvert fald *ikke har truffet de nødvendige foranstaltninger* til at beskytte sagsøgerens interesser. Sagsøgeren er herved blevet påført et alvorligt *tab*.

1. *Sagen som annullationssøgsmål*

Sagsøgeren har gjort gældende, at *grundene* til, at selskabet blev udelukket, hverken blev meddelt det af CILSS eller af Kommissionen. Reglen i henhold til de almindelige betingelser, hvorefter den pågældende myndighed ikke er forpligtet til at angive grundene til sit valg, strider mod EØF-traktatens artikel 190. Sagsøgeren henviser herved til artikel 5a i Rådets nye direktiv om indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [9], hvorefter den ordregivende myndighed er forpligtet til alt give enhver »forbigået« tilbudsgiver meddelelse om grundene til, at vedkommendes tilbud ikke er blevet antaget.

9 — Rådets direktiv 89/440/EØF af 18.7.1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 210, s. 1).

Reglen om, at referatet af det pågældende udvalgs drøftelser er hemmeligt, er ligeledes retsstridig.

Sagsøgeren gør herefter gældende, at selskabet må kunne støtte ret på retsstridigheden af de nævnte to regler. Sagsøgeren anfører, at Rådet og Kommissionen har udfærdiget direktiver, der har til formål at forhindre forskelsbehandling og misbrug i forbindelse med offentlige licitationer afholdt af myndighederne i medlemsstaterne og at give udelukkede virksomheder en tilstrækkelig retsbeskyttelse, samtidig med at fællesskabsvirksomheder, der afgiver tilbud i forbindelse med kontrakter, der finansieres fuldt ud af fællesskabsmidler og forvaltes af Kommissionen med kun formel deltagelse fra AVS-staternes side, tillægges en retsstilling, hvorved de kan lide uberettigede tab uden konkret mulighed for at få disse erstattet fuldt ud.

Sagsøgeren gør endvidere gældende, at Kommissionen har udvist *alvorlig og uundskyldelig forsømmelighed* ved udførelsen af sine opgaver i forbindelse med indgåelsen af den pågældende kontrakt og spørgsmålet om overholdelsen af de hermed forbundne regler.

Der kan ikke med rimelighed siges at have været sådanne mangler ved Italsolar's tilbud, at det kunne begrunde en udelukkelse på et forholdsmæssigt tidligt stadium af udvælgelsesproceduren, dvs. før gennemførelsen af de tekniske laboratorietests med henblik på afprøvning af udstyret. Italsolar's tilbud var ikke alene — og langt — det mest fordelagtige hvad angår prisen, det var endvidere teknisk set uangribeligt, også efter Kommissionens eksperters opfattelse. Udelukkelsen af sagsøgeren faldt sammen med selskabets afvisning af at imødekomme uberettigede krav fra visse ledende medarbejdere inden for CILSS.

Sagsøgeren bestrider, at der var noget grundlag for at udelukke selskabets tilbud og for at antage, at dets ydelser i form af efterfølgende vedligeholdelse mv. var mangelfulde. Sagsøgeren fremlagde således en omfattende dokumentation for sin erfaring, sit engagement og sine organisatoriske evner og for sine lokale forbindelser til betydelige selskaber i de pågældende lande. Sagsøgeren tilhører endvidere ENI-koncernen, der råder over en betydelig erfaring.

Sagsøgeren gør på dette grundlag gældende, at det bør fastslås, at Kommisisonens afgørelse, hvorved denne godkendte CILSS' beslutning om at udelukke selskabet fra at komme i betragtning i forbindelse med kontrakten, er ugyldig, idet Kommissionen derved afslørede, at den ville dække sig ind bag CILSS for ikke at opfylde sine forpligtelser til at drage omsorg for, at proceduren i forbindelse med indgåelse af kontrakter finansierede af fællesskabsmidler forløber forskriftsmæssigt.

2. *Sagen som passivitetssøgsmål*

For det tilfælde, at Domstolen, mod forventning, skulle antage, at Kommissionens optræden over for Italsolar ikke er udtryk for en beslutning som omhandlet i traktatens artikel 189, gør sagsøgeren gældende, at Kommissionen under alle omstændigheder har gjort sig skyldig i et retsstridigt forhold ved at forholde sig *passiv* over for selskabet, idet den ikke greb ind for at sikre, at sagsøgeren igen blev inddraget i den endnu ikke afsluttede procedure med henblik på indgåelse af den pågældende kontrakt.

Der kan ikke lægges vægt på det argument, at det udelukkende henhører under myndig-

hederne i AVS-staterne at indgå og underskrive kontrakterne. Den påtalte passivitet fra Kommissionens side angår ikke tilslaget og underskrivelsen af kontrakten i forbindelse hermed, men Kommissionens forpligtelser i henhold til Lomé-konventionen, nærmere bestemt forpligtelsen til at yde bistand i forbindelse med gennemførelsen af en udbudsprocedure og forpligtelsen til at påse, at denne forløber forskriftsmæssigt. Kommissionen har pligt til at påse, at den ordregivende myndighed overholder princippet om forbud mod forskelsbehandling af tilbudsgivere og vælger det tilbud, der økonomisk er det mest fordelagtige.

3. *Sagen som erstatningssøgsmål*

Det af Italsolar lidte *tab* har sammenhæng med Kommissionens optræden, der i hvert fald er udtryk for forsømmelighed, idet denne optræden var en af de væsentligste årsager til tabet.

Det antages i almindelighed, at det for at dokumentere, at der er en *årsagssammenhæng* mellem en handling og et tab, er tilstrækkeligt, at det godtgøres, at handlingen er en af årsagerne til tabet, hvorimod det ikke er nogen forudsætning, at der er tale om den eneste årsag.

Det *tab*, som Italsolar har lidt som følge af Kommisisonens optræden, er uforskyldt, idet en udelukkelse af den tilbudsgiver, hvis tilbud er det mest fordelagtige — formentlig som følge af den pågældendes afvisning af at medvirke til et forsøg på korruption — ikke kan anses for en sædvanlig risiko, som enhver virksomhed, der beslutter at deltage i en udbudsprocedure, udsætter sig selv for.

Tabet repræsenteres i første række af de udgifter, som sagsøgeren har haft i forbindelse med sin deltagelse i udbudsproceduren. Herudover — idet sagsøgeren dog herved henholder sig til Domstolens skøn — må det være rimeligt, at sagsøgeren opnår erstatning for den manglende forventede fortjeneste ved kontrakten, som selskabet ansætter til 15% af den tilbudte pris i forbindelse med hvert parti.

B — *Kommissionen* har om *sagen som erstatningssøgsmål* gjort gældende, at sagsøgeren intet har fremlagt til støtte for rigtigheden af, at Kommissionen har udvist en alvorlig og uundskyldelig forsømmelighed ved udførelsen af de opgaver, der påhviler den i forbindelse med gennemførelsen af en udbudsprocedure og spørgsmålet om sikringen af dennes forskriftsmæssige forløb.

Udbudsproceduren forløb forskriftsmæssigt med deltagelse af et af uafhængige sagkyndige bestående teknisk udvalg med henblik på vurdering af tilbuddene.

Kommissionen anfører, at dens rolle i henhold til Lomé-konventionen ikke er at sætte sig i det tekniske udvalgs sted. Sagsøgte kunne konstatere, at det tekniske udvalg udførte sit arbejde seriøst og på forskriftsmæssig måde. Sagsøgte havde derfor ingen grund til at modsætte sig konklusionerne fra de uafhængige sagkyndige, der lå til grund for CILSS' forslag til foreløbigt tilslag.

Initiativet til gennemførelsen af den tekniske undersøgelse hos Italsolar blev taget af to

medlemmer af det nævnte udvalg og af den embedsmand i Kommissionen, der deltog i udvalgets arbejde. Det fremgår på ingen måde som hævdet af sagsøgeren, at sagsøgte på dette stadium af proceduren »satte sig i CILSS' sted«, idet de pågældende omstændigheder tværtimod dokumenterer det engagement og den seriøse holdning, hvormed såvel sagsøgte som det tekniske udvalg udførte deres respektive opgaver.

CILSS' beslutning om ikke at antage sagsøgerens tilbud, selv om dette var det prismæssigt laveste, skyldtes navnlig den utilstrækkelige karakter af de tilbudte ydelser i form af efterfølgende vedligeholdelse mv. Det gælder herved, at gennemslagskraften af det samlede solenergiprogram i vid udstrækning afhang af muligheden for at stille en hurtig, effektiv og økonomisk set fordelagtig bistand til rådighed for brugerne.

I forhold til kravene i henhold til udbudsbetingelserne var de af Italsolar tilbudte ydelser i form af efterfølgende vedligeholdelse mv. upræcise og ufuldstændige, og de ville være baseret på ikke-specialiserede private virksomheder og manglende solide forbindelser inden for det pågældende område.

Kommissionen gør på dette grundlag gældende, at dens optræden ikke kan anses for retsstridig, og at det er udelukket, at der i forhold til sagsøgeren foreligger et ansvarsgrundlag for Fællesskabet.

Kommissionen har på det bestemteste anfægtet sagsøgerens opgørelse af det angivelige tab.

Subsidiært har Kommissionen gjort gældende, at det følger af det anførte, at sagen som annullationssøgsmål og passivitetssøgsmål ikke alene må afvises, idet der hvad angår realiteten ligeledes savnes grundlag for sagsøgerens påstande.

J.L. Murray
Refererende dommer