ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)
14 januari 1993 *

In zaak C-257/90,

Italsolar SpA, vennootschap naar Italiaans recht, gevestigd te Milaan, vertegenwoordigd door M. Siragusa, M. Nicolazzi en G. Scassellati-Sforzolini, respectievelijk advocaat te Rome, te Milaan en te Bologna, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij Arendt en Medernach, advocaten aldaar, Rue Mathias Hardt 8-10,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseurs E. de March en H.-P. Hartvig als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij R. Hayder, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende beroepen krachtens de artikelen 173, tweede alinea, 175, derde alinea, 178 en 215, tweede alinea, EEG-Verdrag, in verband met de niet-openbare aanbesteding [nr. 6100.20.94.216 (REG/6116)] voor de levering en installatie van fotovoltaïsche apparatuur ten behoeve van de landen aangesloten bij het comité permanent inter-États pour la lutte contre la sécheresse dans le Sahel (hierna: „CILSS"), door de Europese Economische Gemeenschap gefinancierd uit het Europees Ontwikkelingsfonds (EOF),

wijst

* Procestaal: Italiaans.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: C. N. Kakouris, kamerpresident, J. L. Murray, G. F. Mancini, F. A. Schockweiler en M. Diez de Velasco, rechters,

advocaat-generaal: C. O. Lenz
griffier: D. Triantafyllou, administrateur

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 7 mei 1992 waar Italsolar SpA was vertegenwoordigd door M. Siragusa, advocaat te Rome, en G. Scassellati-Sforzolini, advocaat te Bologna,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 30 juni 1992,

het navolgende

Arrest

1 Bij een op 22 augustus 1990 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft Italsolar SpA krachtens de artikelen 173, tweede alinea, 175, derde alinea, 178 en 215, tweede alinea, EEG-Verdrag een beroep ingesteld dat in de eerste plaats strekt tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie dat aan verzoekster ter kennis is gebracht bij brief van het directoraat-generaal Ontwikkeling van 12 juni 1990, in welke brief wordt bevestigd dat de secretaris van het comité permanent inter-États pour la lutte contre la sécheresse dans le Sahel (hierna: „CILLS") verzoeksters offerte voor een opdracht voor de levering en installatie van fotovoltaïsche apparatuur ten behoeve van de bij dat comité aangesloten landen terzijde had gelegd. In de tweede plaats strekt het beroep ertoe, te horen verklaren dat de Com-

missie heeft nagelaten de maatregelen te treffen die zij met het oog op de wedertoelating van verzoekster tot de aanbestedingsprocedure had behoren te nemen. Ten slotte strekt het beroep tot vergoeding van de schade die verzoekster door haar uitsluiting uit de aanbestedingsprocedure heeft geleden.

2 Deze aanbesteding vond plaats in het kader van een regionaal programma voor het gebruik van zonneënergie, dat door het Europees Ontwikkelingsfonds (hierna: „EOF") wordt gefinancierd overeenkomstig de bepalingen van de op 8 december 1984 te Lomé ondertekende derde ACS-EEG-overeenkomst (PB 1986, L 86, blz. 3; hierna: „Overeenkomst").

3 Overeenkomstig artikel 222 van de Overeenkomst werd tussen de Gemeenschap, vertegenwoordigd door de Commissie, en de negen betrokken Sahellanden, vertegenwoordigd door het CILSS, een overeenkomst gesloten voor de financiering van het project.

4 Op het bericht van voorselectie van ondernemingen nr. 2731 (PB S 62 van 29.3.1988) diende verzoekster een verzoek om deelneming aan de niet-openbare aanbesteding betreffende het project nr. 6100.20.94.216 (REG/6116) in.

5 Bij brief van 6 juli 1989, ondertekend door de secretaris van het CILSS, werd verzoekster uitgenodigd om aan de niet-openbare aanbesteding deel te nemen en werd haar meegedeeld, dat zij haar offerte overeenkomstig de bepalingen van het bij de uitnodiging gevoegde aanbestedingsdossier diende op te stellen en vóór 6 november 1989 aan het directoraat-generaal Ontwikkeling diende te doen toekomen. In dat aanbestedingsdossier werd er met name op gewezen, dat de Algemene bepalingen voor door het EOF gefinancierde overeenkomsten met de overheid inzake werken en leveranties (PB 1972, L 39, blz. 3) op de aanbesteding van toepassing waren.

6 Verzoekster diende haar offerte binnen de gestelde termijn in. Na opening van de enveloppen en onderzoek van de offertes werd de inschrijvers om diverse inlichtingen en toelichtingen verzocht. Verzoekster verstrekte de gevraagde inlichtingen binnen de gestelde termijn.

7 In een volgende fase van de aanbestedingsprocedure stelde het CILSS voor, de opdracht voorlopig aan andere inschrijvende ondernemingen dan verzoekster te gunnen en voor deze ondernemingen overeenkomstig het aanbestedingsdossier over te gaan tot de fase van de technische proeven. Dit voorstel werd door de Commissie op 30 april 1990 goedgekeurd.

8 Daarop liet het CILSS verzoekster bij telexbericht van 3 mei 1990, bevestigd bij brief van 7 mei daaraanvolgend, weten dat haar offerte was uitgesloten.

9 Van oordeel dat haar offerte de economisch voordeligste was en onwettig was uitgesloten, deelde verzoekster de Commissie bij brief van 7 mei 1990 mee, dat indien het bericht van 3 mei haar in definitieve vorm zou bereiken, zij het om zeer ernstige redenen, die zij kenbaar zou maken, als onwettig zou beschouwen. Bovendien behield verzoekster zich de mogelijkheid voor haar rechten voor de bevoegde rechterlijke instanties geldend te maken. De brief besloot aldus: „In de hoop dat het bericht dat wij hebben ontvangen, op een misverstand berust, zouden wij hierover graag spoedig een antwoord van u ontvangen."

10 Bij brief van 12 juni 1990 antwoordde de Commissie aan verzoekster, dat de bevoegdheid om over de gunning van de opdracht te beslissen bij de secretaris van het CILSS lag en dat verzoekster haar bezwaren betreffende de aanbestedingsprocedure aan het CILLS diende te richten. De Commissie preciseerde, dat zij het dossier in ieder geval nauwlettend had gevolgd en dat het CILSS voor de beoordeling van de technische aspecten van de verschillende offertes internationale deskundigen had geraadpleegd.

11 Bij brief van 9 juli 1990 verzocht verzoekster de secretaris van het CILLS om intrekking van het besluit tot uitsluiting en om toelating tot het vervolg van de aanbestedingsprocedure tot aan de definitieve gunning van de opdracht. Bij uitblijven van voor haar gunstige maatregelen, zou zij, aangezien haar offerte de economisch voordeligste was, overeenkomstig artikel 238 van de Overeenkomst de arbi-

trageprocedure inleiden om te doen vaststellen, dat zij het recht heeft aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen en om de opdracht dan wel schadevergoeding te krijgen.

12 Bij een afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Hof op dezelfde dag als het onderhavige verzoekschrift, heeft verzoekster krachtens de artikelen 185 en 186 EEG-Verdrag tevens een verzoek in kort geding ingediend om opschorting van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit, respectievelijk om iedere andere voorlopige maatregel ter verzekering van de wedertoelating van verzoekster tot de aanbestedingsprocedure. Dit verzoek is afgewezen bij beschikking van de President van het Hof van 25 oktober 1990.

13 Op 4 december 1990 leidde verzoekster bij de Internationale Kamer van Koophandel een arbitrageprocedure in tegen het CILSS.

14 Op vraag van verzoekster nodigde het Hof de Commissie uit een aantal documenten betreffende de litigieuze aanbestedingsprocedure over te leggen. Deze documenten zijn op 7 februari 1992 door de Commissie overgelegd, doch deze wees er op dat het om vertrouwelijke documenten ging.

15 Bij beschikking van 20 februari 1992 heeft de president van de Zesde kamer gelast de betrokken documenten uit het dossier te lichten en ze wegens het vertrouwelijke karakter ervan aan de Commissie terug te geven. Het Hof heeft die documenten derhalve niet in aanmerking genomen voor het onderhavige arrest.

16 Voor een nadere uiteenzetting van de feiten, het procesverloop en de middelen en argumenten van partijen wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting. Deze elementen van het dossier worden hierna slechts weergegeven voor zover dat noodzakelijk is voor de redenering van het Hof.

De ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring

17 Verzoekster betoogt zakelijk weergegeven, dat de Commissie bij de bestreden handeling de voorlopige gunning van de opdracht door het CILSS aan andere inschrijvers heeft goedgekeurd, en aldus de uitsluiting van verzoekster uit de aanbestedingsprocedure stilzwijgend heeft aanvaard en tegelijkertijd heeft geweigerd de maatregelen te nemen die verzoekster ter bescherming van haar belangen verlangde.

18 De voorlopige gunning van de opdracht en dus de uitsluiting van verzoekster zouden zijn toe te rekenen aan de Commissie, die de procedure van voorselectie van de inschrijvende ondernemingen rechtstreeks zou hebben geleid voor rekening van het CILSS. Deze organisatie zou voor de financiering van het project volledig afhankelijk zijn van de Commissie en het besluit tot uitsluiting louter formeel hebben genomen.

19 Verder betoogt verzoekster, dat volgens de in de Overeenkomst vervatte bepalingen betreffende de financiële en technische samenwerking het CILSS en de Commissie gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor de aanbestedingsprocedure, de gunning van de opdracht daaronder begrepen, terwijl de uitsluitende bevoegdheid van het CILSS beperkt is tot het sluiten van het contract met de gekozen inschrijver.

20 De Commissie betwist de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring en voert daartoe aan, dat volgens de regels inzake de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de autoriteiten van de ACS-Staten in het kader van de aanbestedingsprocedure, zoals uitgelegd in vaste rechtspraak van het Hof, er van de Commissie geen voor een beroep tot nietigverklaring vatbare besluiten jegens de inschrijvende ondernemingen kunnen uitgaan.

21 Om de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring te beoordelen, moet de aard van de bestreden handeling worden onderzocht. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn immers alleen maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten, vatbaar voor een beroep tot nietigverklaring (zie met name het arrest van 11 november 1981, zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639, r. o. 9).

22 De bestreden handeling is geen dergelijke maatregel. Volgens de rechtspraak van het Hof (zie met name de arresten van 10 juli 1984, zaak 126/83, STS, Jurispr. 1984, blz. 2769, r. o. 16 tot 18, en 10 juli 1985, zaak 118/83, CMC, Jurispr. 1985, blz. 2325, r. o. 28) blijven de openbare contracten die voor steun van het EOF in aanmerking komen, nationale contracten, in die zin dat alleen de vertegenwoordigers van de ACS-Staten bevoegd zijn ze uit te werken, er over te onderhandelen en ze af te sluiten, terwijl de bemoeienis van de vertegenwoordigers van de Commissie tijdens die aanbestedingsprocedure beperkt blijft tot de vaststelling, of aan de voorwaarden voor financiering door de Gemeenschap is voldaan. Bovendien onderhouden de inschrijvende ondernemingen c. q. degenen aan wie de betrokken contracten zijn gegund, alleen rechtsbetrekkingen met de voor het contract verantwoordelijke ACS-Staat en kunnen de handelingen van de vertegenwoordigers van de Commissie niet tot gevolg hebben, dat te hunnen aanzien een door de Gemeenschap genomen besluit in de plaats treedt van het besluit van de ACS-Staten.

23 Het gunningsbesluit zelf valt dus onder de bevoegdheid die de Overeenkomst aan de ACS-Staten voorbehoudt, terwijl de vertegenwoordiger van de Commissie zich ertoe beperkt het gunningsvoorstel van de vertegenwoordiger van de ACS-Staten, goed te keuren met het oog op een regelmatige financiering van de verrichting.

24 Die bevoegdheid van de ACS-Staten wordt bovendien bevestigd door artikel 45 van de bovengenoemde Algemene bepalingen, volgens hetwelk de keuze van de economisch voordeligste aanbieding de overheid van de ACS-Staten toekomt.

25 Hieruit volgt, dat de Commissie verzoekster in bovengenoemde brief van 12 mei 1990 alleen heeft geantwoord, dat de gunningsbevoegdheid bij de secretaris van het CILSS lag en dat zij haar bezwaren over de aanbestedingsprocedure aan deze laatste diende te richten.

26 De bestreden handeling kan derhalve niet worden geacht rechtsgevolgen in het leven te roepen jegens verzoekster en is dus niet vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring.

27 Mitsdien moet het verzoek om nietigverklaring niet-ontvankelijk worden verklaard.

De ontvankelijkheid van het beroep wegens nalaten.

28 Tot staving van haar beroep wegens nalaten betoogt verzoekster, zakelijk weergegeven, dat de Commissie heeft verzuimd de nodige maatregelen te nemen om verzoekster opnieuw tot de aanbestedingsprocedure te doen toelaten, ofschoon zij gehouden was die maatregelen te nemen, aangezien zij de regelmatigheid van de aanbestedingsprocedure moest verzekeren.

29 De Commissie betwist de ontvankelijkheid van het beroep wegens nalaten, op grond dat zij zich, gelet op de bevoegdheidsverdeling tussen haarzelf en de autoriteiten van de ACS-Staten, onmogelijk jegens de inschrijvende ondernemingen schuldig kon maken aan een voor een dergelijk beroep vatbaar verzuim.

30 Het volstaat erop te wijzen, dat, gelet op bovengenoemde bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en het CILSS, de Commissie jegens verzoekster in geen geval een andere handeling dan een aanbeveling of een advies in de zin van artikel 175, derde alinea, EEG-Verdrag heeft kunnen stellen.

31 In die omstandigheden moet het beroep wegens nalaten niet-ontvankelijk worden verklaard.

Het beroep tot schadevergoeding

32 Verzoekster stelt, dat zij door haar onwettige uitsluiting uit de aanbestedingsprocedure als gevolg van het op zijn minst nalatige gedrag van de Commissie ernstige schade heeft geleden, waarvoor vergoeding verschuldigd is.

33 Volgens vaste rechtspraak van het Hof (zie met name arrest van 8 april 1992, zaak C-55/90, Cato, Jurispr. 1992, blz. I-2533, r. o. 18) kan er ingevolge artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag pas sprake zijn van niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap en van een recht op vergoeding van de geleden schade indien aan een aantal voorwaarden is voldaan, te weten de onrechtmatigheid van de aan de Gemeenschapsinstellingen verweten gedraging, werkelijk geleden schade en het bestaan van een oorzakelijk verband tussen die gedraging en de gestelde schade.

34 Wat de onrechtmatigheid van het aan de Commissie verweten gedrag betreft, zij erop gewezen, dat aangezien de Commissie enkel bevoegd is om vast te stellen of aan de voorwaarden voor financiering door de Gemeenschap is voldaan, zij jegens verzoekster geen enkele verplichting had zich tegen de uitsluiting van laatstgenoemde te verzetten of om tussen te komen om deze opnieuw te doen toelaten.

35 Voorts heeft verzoekster niet aangetoond, dat de Commissie het CILSS onrechtmatig had beïnvloed om haar van de aanbestedingsprocedure te doen uitsluiten, of nalatig is geweest door te oordelen, dat er geen redelijke gronden waren om aan te nemen dat de voorwaarden voor financiering van het project door de Gemeenschap niet waren vervuld.

36 Mitsdien moet het beroep tot schadevergoeding worden verworpen, zonder dat het Hof zich behoeft uit te spreken over het bestaan van schade en over het oorzakelijk verband tussen de schade en het aan de Commissie verweten gedrag.

Kosten

37 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij te worden verwezen in de kosten, daaronder begrepen die welke op het kort geding zijn gevallen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

rechtdoende,

1) Verklaart het beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk.

2) Verklaart het beroep wegens nalaten niet-ontvankelijk.

3) Verwerpt het beroep tot schadevergoeding.

4) Verwijst verzoekster in de kosten, daaronder begrepen die welke op het kort geding zijn gevallen.

Kakouris Murray

Mancini Schockweiler Diez de Velasco

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 14 januari 1993.

De griffier

J.-G. Giraud

De president van de Zesde kamer

C. N. Kakouris