ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)
26 oktober 1995 *

In zaak T-185/94,

Geotronics SA, vennootschap naar Frans recht, gevestigd te Lognes (Frankrijk), vertegenwoordigd door T. Pettersson, advocaat bij de Zweedse balie, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Arendt en Medernach, advocaten aldaar, Rue Mathias Hardt 8-10,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Banks en, ter terechtzitting, door J. Forman, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende, in de eerste plaats, een beroep tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van 10 maart 1994 houdende afwijzing van de door verzoekster in

* Procestaal: Engels.

het kader van het PHARE-programma ingediende offerte voor de levering van elektronische tachometers, en, in de tweede plaats, een beroep krachtens de artikelen 178 en 215 EG-Verdrag strekkende tot vergoeding van de schade die verzoekster wegens het litigieuze besluit stelt te hebben geleden,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, R. Schintgen en R. García-Valdecasas, rechters,

griffier: B. Pastor, administrateur

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 21 juni 1995,

het navolgende

Arrest

De feiten en het procesverloop

1 Het PHARE-programma, dat is gebaseerd op verordening (EEG) nr. 3906/89 van de Raad van 18 december 1989 betreffende economische hulp ten gunste van de Republiek Hongarije en de Volksrepubliek Polen (PB 1989, L 375, blz. 11; hierna:

„verordening nr. 3906/89"), zoals gewijzigd bij verordeningen (EEG) nrs. 2698/90 van de Raad van 17 september 1990 (PB 1990, L 257, blz. 1), 3800/91 van de Raad van 23 december 1991 (PB 1991, L 357, blz. 10) en 2334/92 van de Raad van 7 augustus 1992 (PB 1992, L 227, blz. 1), en de uitbreiding van de economische hulp tot andere landen in Midden- en Oost-Europa beoogt, vormt het kader waarin de Europese Gemeenschap de economische hulp aan de landen in Midden- en Oost-Europa kanaliseert. Die hulp is bedoeld om het proces van de in die landen aan de gang zijnde economische en sociale hervormingen te steunen.

2 Op 9 juli 1993 lanceerden de Commissie, „namens de Roemeense regering", en het Roemeense Ministerie van Landbouw en Voeding via de „EC/PHARE Programme Management Unit-Bucharest" (hierna: „PMU-Boekarest"), het de Roemeense Staat vertegenwoordigend orgaan dat met het project is belast, gezamenlijk een niet-openbare aanbestedingsprocedure voor de levering van elektronische tachometers („total stations") aan het Roemeense Ministerie van Landbouw en Voeding, bestemd voor gebruik in het kader van het Roemeense landbouwhervormingsprogramma. Ingevolge artikel 2 van de algemene aanbestedingsvoorwaarden moest de te leveren apparatuur afkomstig zijn uit de Lid-Staten van de Europese Gemeenschap of uit één van de door het PHARE-programma begunstigde staten.

3 Op 16 juli 1993 diende de vennootschap naar Frans recht Geotronics SA (hierna: „Geotronics" of „verzoekster"), een volledige dochteronderneming van de Zweedse vennootschap Geotronics AB, een offerte in voor de levering van 80 total stations van het type Geodimeter 510 N („electronic total stations with inbuilt memory for data storage").

4 Bij faxbericht van 18 oktober 1993 liet PMU-Boekarest verzoekster weten, dat haar offerte gunstig was beoordeeld en dat een contract ter goedkeuring aan de aanbestedende dienst („contracting authority") zou worden voorgelegd.

5 Bij faxbericht van 19 november 1993 deelde de Commissie verzoekster mee, dat de beoordelingscommissie („evaluation committee") haar had aanbevolen verzoekster de betrokken opdracht te gunnen, doch dat zij twijfelde aan de oorsprong van de door Geotronics aangeboden produkten en dienaangaande nadere inlichtingen wenste te ontvangen.

6 Bij brief van 14 december 1993 verstrekte Geotronics de Commissie nadere inlichtingen omtrent de assemblage van de tachometers en deelde zij haar mee, dat deze in het Verenigd Koninkrijk zouden worden gefabriceerd.

7 Op 2 maart 1994 liet verzoekster de Commissie weten, dat zij had vernomen dat haar offerte zou worden afgewezen op grond dat de aangeboden apparatuur van Zweedse oorsprong was. Zij stelde zich op het standpunt, dat na de inwerkingtreding van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (PB 1994, L 1, blz. 3; hierna: „EER-Overeenkomst") op 1 januari 1994 de situatie, wat de oorsprong van de produkten betreft, was gewijzigd, en zij stelde de Commissie voor, de besloten aanbestedingsprocedure te heropenen.

8 Bij faxbericht van 10 maart 1994 wees de Commissie verzoeksters offerte af, op grond dat, anders dan in de aanbestedingsvoorwaarden was bepaald, de door Geotronics aangeboden apparatuur niet afkomstig was uit de Lid-Staten van de Gemeenschap of uit een door het PHARE-programma begunstigde staat.

9 Op 11 maart 1994 liet de Commissie PMU-Boekarest weten, dat zij na onderzoek van de twee offertes die in de niet-openbare aanbestedingsprocedure voor elektronische tachometers waren binnengekomen, van mening was, dat enkel de offerte

van een Duitse onderneming aan de aanbestedingsvoorwaarden voldeed en aanvaardbaar was. Derhalve verzocht de Commissie PMU-Boekarest contact op te nemen met deze Duitse onderneming teneinde het contract nader uit te werken.

10 In deze omstandigheden heeft verzoekster bij op 29 april 1994 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift het onderhavige beroep ingesteld.

11 Bij op diezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte heeft verzoekster krachtens artikel 185 van het Verdrag een verzoek om voorlopige maatregelen strekkende tot opschorting van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit ingediend.

12 Op 17 mei 1994 deelde PMU-Boekarest de Commissie mee, dat het Roemeense Ministerie van Landbouw en Voeding, de aanbestedende dienst, op 15 april 1994 had besloten de opdracht aan de Duitse onderneming te gunnen.

13 Dezelfde dag deelde PMU-Boekarest verzoekster mee, dat de Roemeense autoriteiten haar de betrokken opdracht niet konden gunnen, omdat haar offerte niet voldeed aan de in aanbestedingsprocedure gestelde voorwaarden inzake de oorsprong.

14 Op 7 juli 1994 heeft het Gerecht, de partijen gehoord, besloten de zaak naar de uit drie rechters samengestelde Vierde kamer te verwijzen.

15 Bij beschikking van 7 juli 1994 (zaak T-185/94 R, Geotronics, Jurispr. 1994, blz. II-519) heeft de president van het Gerecht het verzoek in kort geding van verzoekster afgewezen.

16 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vierde kamer) besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Wel heeft het de Commissie in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang verzocht, de kaderovereenkomst tussen de Commissie en de door het PHARE-programma begunstigde Roemeense Staat over te leggen.

17 Ter terechtzitting van 21 juni 1995 zijn partijen gehoord in hun pleidooien en in hun antwoorden op de vragen van het Gerecht.

Conclusies van partijen

18 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

1) nietig te verklaren het tot haar gerichte besluit van de Commissie houdende afwijzing van haar offerte, zoals dat in een door haar op 10 maart 1994 ontvangen faxbericht is meegedeeld;

en subsidiair,

2) de Commissie te veroordelen tot vergoeding van de schade die zij verzoekster heeft berokkend door bovengenoemd besluit te nemen, welke schade 500 400 ECU beloopt, te vermeerderen met rente voor elke kalendermaand op de voet van het LIBOR-tarief voor 30 dagen, plus 1 % van dit bedrag te rekenen vanaf de dag waarop het besluit van de Commissie te harer kennis is gebracht, tot op de dag van de volledige betaling;

3) de Commissie in de kosten te verwijzen.

19 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

1) het beroep ten dele niet-ontvankelijk en voor het overige ongegrond te verklaren;

2) Geotronics in de kosten te verwijzen.

De ontvankelijkheid

Argumenten van partijen

20 De Commissie stelt, dat het beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk is, omdat de bestreden brief van 10 maart 1994 geen besluit is dat bindende rechtsgevolgen in het leven kan roepen die de belangen van verzoekster kunnen aantasten (arrest Hof van 14 januari 1993, zaak C-257/90, Italsolar, Jurispr. 1993, blz. I-9, r. o. 21). Volgens de regels inzake de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de autoriteiten van de in het kader van de aanbestedingsprocedure door het PHARE-programma begunstigde staten kan er ten aanzien van de inschrijvende ondernemingen geen sprake zijn van een voor beroep tot nietigverklaring vatbaar besluit van de Commissie.

21 Dienaangaande verduidelijkt de Commissie, dat het PHARE-programma wordt gefinancierd uit de algemene begroting van de Europese Unie (hierna: „algemene begroting") en dat de opdrachten worden gegund in overeenstemming met het Financieel reglement van 21 december 1977 van toepassing op de algemene begroting (PB 1977, L 356, blz. 1; hierna: „Financieel reglement"), inzonderheid de bepalingen van titel IX betreffende hulp aan derde landen, zoals gewijzigd bij verordening (Euratom, EGKS, EEG) nr. 610/90 van de Raad van 13 maart 1990 (PB 1990, L 70, blz. 1; hierna: „verordening nr. 610/90"). Volgens het Financieel reglement moet de Commissie haar goedkeuring hechten aan de voorstellen tot gunning van de opdrachten, terwijl de begunstigde staat de overeenkomsten, contracten,

aanhangsels en bestekken moet ondertekenen en vervolgens ter kennis van de Commissie moet brengen.

22 De Commissie betoogt, dat de aldus omschreven rolverdeling tot uitdrukking komt in de kaderovereenkomsten die tussen de Commissie en de door het PHARE-programma begunstigde staten zijn gesloten. Bovendien maken de PMU's (Programma Management Units), die verantwoordelijk zijn voor de bekendmaking en het beheer van elk project, geen deel uit van de administratieve structuur van de Commissie, maar nemen zij voor rekening van hun regeringen de zorg op zich voor alle stadia waarvoor het Financieel reglement de begunstigde staat verantwoordelijk stelt.

23 Hieruit volgt, aldus de Commissie, dat de door het PHARE-programma ingevoerde procedure voor het plaatsen van opdrachten vergelijkbaar is met die welke op de door het Europees Ontwikkelingsfonds (hierna: „EOF") gefinancierde opdrachten wordt toegepast overeenkomstig de bepalingen van de derde Overeenkomst tussen de Staten van Afrika, het Caribisch gebied en de Stille Zuidzee en de Europese Gemeenschappen (ACS-EEG), ondertekend te Lomé op 8 december 1984 (PB 1986, L 86, blz. 3). Dienaangaande brengt de Commissie in herinnering, dat volgens de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de door het EOF gefinancierde overheidsopdrachten (arrest Italsolar, reeds aangehaald, r. o. 22, en arrest van 29 april 1993, zaak C-182/91, Forafrique Burkinabe, Jurispr. 1993, blz. I-2161, r. o. 23 en 24), deze opdrachten nationale opdrachten zijn, in die zin dat alleen de vertegenwoordigers van de staten die voor financiering in aanmerking komen, voor uitwerking, onderhandeling en afsluiting verantwoordelijk zijn, en dat de bemoeienis van de Commissie tijdens de procedure voor het plaatsen van deze opdrachten, er uitsluitend toe strekt vast te stellen, of al dan niet is voldaan aan de voorwaarden voor financiering door de Gemeenschap. In casu is het voor verzoekster bezwarend besluit de brief van het Roemeense Ministerie van Landbouw en Voeding van 17 mei 1994, waarin de bevoegde Roemeense instantie verzoekster laat weten geen contract met haar te zullen sluiten.

24 Verzoekster stelt, dat voor zover de op 10 maart 1994 tot haar gerichte brief de neerslag vormt van het besluit van de Commissie om haar offerte af te wijzen nadat de Roemeense autoriteiten deze offerte boven die van een andere inschrijver hadden verkozen, die brief jegens haar bindende rechtsgevolgen in het leven heeft

geroepen, die haar belangen kunnen aantasten doordat zij haar rechtspositie aanmerkelijk wijzigen. Ook al is de Commissie geen aanbestedende dienst in de zin van de bepalingen van het PHARE-programma, toch heeft zij in het kader van de procedure voor de financiering van het PHARE-programma een beslissende rol gespeeld, door de voorwaarden vast te stellen waartegen een offerte kan worden uitgekozen, en de verantwoordelijkheid voor de niet-openbare aanbestedingsprocedure op zich te nemen. Deze conclusie wordt enerzijds versterkt door de bewoordingen die de Commissie heeft gebezigd in haar op 10 maart 1994 tot verzoekster gerichte brief, waarin zij concludeert, dat zij „de gunning van de opdracht aan Geotronics niet kan goedkeuren" en „de aanbesteding niet opnieuw zal bekendmaken", en anderzijds door de bewoordingen van de brief van de Commissie van 11 maart 1994, waarin deze de Roemeense autoriteiten verzoekt met de andere inschrijver over de opdracht te onderhandelen.

25 Op de stelling van de Commissie, als zou de brief die de Roemeense autoriteiten verzoekster op 17 mei 1994 hebben gestuurd, het voor deze laatste bezwarend besluit vormen, antwoordt verzoekster, dat de Roemeense autoriteiten de offerte van Geotronics aanvankelijk bovenaan op de lijst hadden gezet en vervolgens hiervan zijn teruggekomen op basis van het besluit van de Commissie tot afwijzing van de offerte van Geotronics op grond dat de aangeboden apparatuur van niet-communautaire oorsprong was. Het besluit van de Commissie om de offerte van Geotronics terzijde te leggen, heeft dus jegens haar bindende rechtsgevolgen in het leven geroepen en haar belangen aangetast.

26 Met betrekking tot de rechtspraak die de Commissie heeft aangevoerd tot staving van de door haar opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid, stelt verzoekster, dat elke vergelijking met de gemeenschapssteun die in het kader van het EOF uit hoofde van de derde Overeenkomst van Lomé wordt toegekend, in casu irrelevant is. In tegenstelling tot de artikelen 8, 9 en 10 van verordening nr. 3906/89, die de Commissie als de voor de gehele steunregeling verantwoordelijke instantie aanwijzen, beperkt de derde Overeenkomst van Lomé de rol van de Commissie tot de financiering van de voorgenomen steunmaatregelen. In het kader van de door het EOF toegekende steun zijn de nationale autoriteiten derhalve de enige onderhandelingspartners van de inschrijvers en beperkt de Commissie zich tot samenwerking met de ACS-staten met het oog op de financiering van de voorgenomen steunmaatregelen, terwijl in het kader van het PHARE-programma de Commissie rechtstreeks onderhandelt, zowel met de nationale autoriteiten als met de verschillende inschrijvers. Bovendien wordt het PHARE-programma uit de algemene

begroting gefinancierd en vormt het dus een activiteit van de Gemeenschap, terwijl het EOF geen deel uitmaakt van de gemeenschapsbegroting en aan specifieke begrotingsvoorschriften is onderworpen.

Beoordeling door het Gerecht

27 Om te beginnen zij opgemerkt, dat volgens de basisverordening van het PHARE-programma de hulp door de Gemeenschap autonoom dan wel in de vorm van medefinanciering met de Lid-Staten, de Europese Investeringsbank, derde landen, multilaterale organisaties of de begunstigde landen zelf wordt toegekend.

28 Er zij vervolgens op gewezen, dat de in het kader van het PHARE-programma verleende hulp uit de algemene begroting wordt gefinancierd overeenkomstig het Financieel reglement, zoals met name gewijzigd bij verordening nr. 610/90, waarvan titel IX de bepalingen betreffende hulp aan derde landen bevat.

29 Volgens de artikelen 107 en 108, lid 2, van verordening nr. 610/90 worden de acties en projecten die in het kader van het samenwerkingsbeleid van de Gemeenschap worden gefinancierd, door de begunstigde staat uitgevoerd in nauwe samenwerking met de Commissie, die, als beheerster van de hulp, de kredieten toekent en zorgt voor de gelijkheid van de voorwaarden voor deelneming aan de aanbestedingen, de afwezigheid van discriminaties en de keuze van de economisch voordeligste inschrijving.

30 Ingevolge artikel 109, lid 2, van dit reglement staat het evenwel aan de begunstigde staat de aanbestedingen bekend te maken, de inschrijvingen in ontvangst te nemen, het openen van de inschrijvingen voor te zitten en het resultaat daarvan vast te stellen. De begunstigde staat dient eveneens de overeenkomsten, contracten, aanhangsels en bestekken te ondertekenen en deze vervolgens ter kennis van de Commissie

te brengen. Hieruit volgt, dat de gunningsbevoegdheid bij de door het PHARE-programma begunstigde staat ligt. Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van verzoekster dienaangaande erkend, dat de Roemeense regering in casu het recht had de opdracht aan Geotronics te gunnen ondanks de weigering van de Commissie haar gemeenschapssteun toe te kennen.

31 Uit deze bevoegdheidsverdeling vloeit voort, dat de door het PHARE-programma gefinancierde contracten moeten worden beschouwd als nationale contracten die uitsluitend bindend zijn voor de begunstigde staat en de marktdeelnemer. Uitwerking, onderhandeling en sluiting van de contracten vinden immers slechts tussen deze twee partners plaats.

32 Tussen de inschrijvers en de Commissie ontstaat daarentegen geen enkele rechtsbetrekking, omdat deze laatste zich ertoe beperkt namens de Gemeenschap de financieringsbesluiten te nemen, en haar handelingen niet tot gevolg kunnen hebben, dat ten aanzien van de inschrijvers een door de Gemeenschap genomen besluit in de plaats treedt van het besluit van de door het PHARE-programma begunstigde staat. Derhalve kan er in casu geen sprake zijn van een door de Commissie ten aanzien van de inschrijvers gestelde handeling die vatbaar is voor een beroep krachtens artikel 173, vierde alinea, EG-Verdrag (hierna: „Verdrag"; zie naar analogie arresten Hof van 10 juli 1984, zaak 126/83, STS, Jurispr. 1984, blz. 2769, r. o. 18 en 19, en 10 juli 1985, zaak 118/83, CMC, Jurispr. 1985, blz. 2325, r. o. 28 en 29, en arresten Italsolar, reeds aangehaald, r. o. 22 en 26, en Forafrique Burkinabe, reeds aangehaald, r. o. 23).

33 Mitsdien kan de brief van 10 maart 1994, waarin de Commissie verzoekster heeft meegedeeld dat zij genoodzaakt was haar offerte af te wijzen wegens de niet-communautaire oorsprong van de aangeboden apparatuur, ondanks de door de Commissie gebezigde bewoordingen niet worden aangemerkt als een handeling van de Commissie die bindende rechtsgevolgen in het leven heeft geroepen welke de rechtspositie van verzoekster kunnen aantasten.

34 Hieraan zij nog toegevoegd, dat verzoekster hoe dan ook geen baat kan hebben bij een eventuele nietigverklaring van de brief van de Commissie van 10 maart 1994, omdat de nietigverklaring daarvan als zodanig het contract tussen de Roemeense regering en de Duitse onderneming waaraan de opdracht is gegund, niet in het geding kan brengen.

35 Hieruit volgt, dat de conclusies strekkende tot nietigverklaring van de brief van de Commissie van 10 maart 1994 niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

Ten gronde

De conclusies strekkende tot schadevergoeding

De grondslag van de aansprakelijkheid

— Argumenten van partijen

36 Verzoekster stelt, dat de Commissie, door de offerte van Geotronics wegens de oorsprong van de aangeboden produkten af te wijzen, de EER-Overeenkomst heeft geschonden en een fout heeft begaan op grond waarvan zij niet-contractueel aansprakelijk kan worden gesteld, en dat zij derhalve de geleden schade moet vergoeden.

37 Onder verwijzing naar haar betoog betreffende de conclusies strekkende tot nietigverklaring, stelt de Commissie, dat zij niet onrechtmatig heeft gehandeld en dat zij derhalve niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade die verzoekster stelt te hebben geleden. Bovendien bestaat er hoe dan ook geen causaal verband tussen haar gedraging en de gestelde schade.

— Beoordeling door het Gerecht

38 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat de omstandigheid dat het beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk is, niet leidt tot niet-ontvankelijkheid van het beroep tot schadevergoeding, daar dit laatste een zelfstandig rechtsmiddel is (zie arrest van 26 februari 1986, zaak 175/84, Krohn, Jurispr. 1986, blz. 753, r. o. 32).

39 Vervolgens zij erop gewezen, dat in het kader van het PHARE-programma de verantwoordelijkheid voor de financiering van de projecten aan de Commissie is toevertrouwd. Bijgevolg is het niet uitgesloten te achten, dat derden schade kunnen lijden door handelingen of gedragingen van de Commissie, haar diensten of personeelsleden in het kader van de gunning of van de uitvoering van de uit hoofde van het PHARE-programma gefinancierde projecten, en dient eenieder die stelt door zulke handelingen of gedragingen te zijn geschaad, de mogelijkheid te hebben een op de artikelen 178 en 215, tweede alinea, van het Verdrag gebaseerd beroep tot schadevergoeding in te stellen, indien hij de onrechtmatigheid van de aan de gemeenschapsinstellingen verweten gedraging, een werkelijk geleden schade en een causaal verband tussen die gedraging en de gestelde schade kan aantonen (zie naar analogie arrest CMC, reeds aangehaald, r. o. 31).

40 Derhalve moet worden nagegaan, of de Commissie een fout heeft begaan op grond waarvan zij aansprakelijk kan worden gesteld in de zin van artikel 215, tweede alinea, van het Verdrag, en moet in dit verband worden onderzocht, of zij de EER-Overeenkomst heeft geschonden.

Schending van de EER-Overeenkomst

— Argumenten van partijen

41 Verzoekster herinnert er om te beginnen aan, dat de op 1 januari 1994 in werking getreden EER-Overeenkomst het geografische toepassingsgebied van de communautaire wetgeving en de rechtspraak met betrekking tot het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal en tot de mededinging en de andere gemeenschappelijke regels uitbreidt tot de staten van de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: „EVA") die de EER-Overeenkomst hebben ondertekend.

42 De onderhavige zaak valt binnen de werkingssfeer van de EER-Overeenkomst, aangezien zij betrekking heeft op een externe steunregeling waarbij het gaat om particulieren en produkten waarop de bepalingen van de EER-Overeenkomst toepassing dienen te vinden.

43 Dienaangaande betoogt verzoekster, dat de uitsluiting van produkten wegens hun niet-communautaire oorsprong een discriminatie is in de zin van artikel 4 EER-Overeenkomst, dat, net als artikel 6 van het Verdrag, bij ontstentenis van bijzondere discriminatieverboden autonoom toepassing vindt in alle gevallen waarin het gemeenschapsrecht geldt (zie arresten van 13 februari 1985, zaak 293/83, Gravier, Jurispr. 1985, blz. 593, en 30 mei 1989, zaak C-305/87, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1989, blz. 1461).

44 Verder maakt de Commissie, doordat zij een offerte weigert in aanmerking te nemen wegens de niet-communautaire oorsprong van de aangeboden produkten, een onderscheid dat kan leiden leidt tot concurrentievervalsing tussen de produkten die afkomstig zijn uit de Gemeenschap, en die welke afkomstig zijn uit de EVA-landen, omdat eerstgenoemde produkten daardoor een concurrentievoordeel genieten. Bovendien belemmert het door de Commissie gemaakte onderscheid het vrije verkeer van goederen in de zin van de artikelen 8 en 11 EER-Overeenkomst en vormt het een schending van de bepalingen en regelingen die volgens artikel 65, lid 1, EER-Overeenkomst op de aanbestedingen van toepassing zijn.

45 De Commissie brengt hiertegen in, dat de EER-Overeenkomst in casu niet van toepassing is. Om te beginnen is de niet-openbare aanbesteding bekendgemaakt vóór de inwerkingtreding van de EER-Overeenkomst en brengt het verbod van

terugwerkende kracht mee, dat de inwerkingtreding van de EER-Overeenkomst niet verplicht tot heropening van de betrokken aanbestedingsprocedure. Voorts moet een besluit altijd gelijkluidend zijn aan de aanbesteding, die in casu was gesloten vóór de inwerkingtreding van de EER-Overeenkomst, zodat het besluit geen afwijkingen ten gunste van een bepaalde inschrijver mocht bevatten.

46 Verder kan er in casu geen sprake zijn van schending van de artikelen 4, 8, 11 en 65, lid 1, EER-Overeenkomst, daar de goederen bestemd zijn voor Roemenië, dat geen partij is bij de EER-Overeenkomst, zodat hier noch van verkeer van goederen noch van transacties betreffende een overheidsopdracht binnen de Europese Economische Ruimte sprake is.

47 Voorts dragen de partijen bij de EER-Overeenkomst die niet bij de Europese Gemeenschap zijn aangesloten, niet bij aan de financiering van de begroting van de Gemeenschap en bijgevolg ook niet aan de financiering van het PHARE-programma. Deze landen kunnen derhalve normaliter niet verlangen, dat hun goederen in het kader van de communautaire steunprogramma's worden geaccepteerd.

— Beoordeling door het Gerecht

48 Om te beginnen zij opgemerkt, dat de EER-Overeenkomst, bij gebreke van overgangsbepalingen, pas ten volle effect sorteert sedert haar inwerkingtreding op 1 januari 1994 en dus enkel toepassing kan vinden op na haar inwerkingtreding ontstane rechtssituaties.

49 Verder is het rechtskader van de procedure voor het plaatsen van de opdracht, met name de voorwaarde inzake de oorsprong van de betrokken produkten, in casu vastgesteld bij de door de Commissie op 9 juli 1993 namens de Roemeense regering bekendgemaakte niet-openbare aanbesteding.

50 Zowel de Commissie, die de algemene aanbestedingsvoorwaarden van 9 juli 1993 vaststelde, als verzoekster, die haar offerte voor de levering op 16 juli 1993 indiende, mocht redelijkerwijze verwachten, dat het besluit inzake de toewijzing van de door de Gemeenschap op basis van deze voorwaarden toegekende steun, vóór 1 januari 1994, de datum van inwerkingtreding van de EER-Overeenkomst, kon afkomen.

51 Niettemin moet worden vastgesteld, dat verzoekster tegen de twijfel die de Commissie in haar op 19 november 1993 aan verzoekster gerichte brief had geuit omtrent de communautaire oorsprong van de aangeboden produkten, in haar antwoord van 14 december 1993 heeft ingebracht, dat de door haar aangeboden produkten in het Verenigd Koninkrijk werden gefabriceerd. Slechts door contacten die na 1 januari 1994 tussen verzoekster en de Commissie hebben plaatsgevonden, vond deze laatste bevestiging van haar twijfel en stelde zij vast, dat de aangeboden produkten hoofdzakelijk uit Zweden afkomstig waren.

52 Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van verzoekster overigens toegegeven, dat de bij de procedure opgelopen vertraging was te wijten aan verzoekster, die zonder te kwader trouw te zijn, de Commissie op een dwaalspoor had gebracht wat betreft de oorsprong van de produkten. Hij heeft eveneens toegegeven, dat ingeval de Commissie haar besluit vóór 1 januari 1994 had genomen, verzoekster de toepasselijkheid van de EER-Overeenkomst op de in het onderhavige beroep aan de orde zijnde procedure voor het plaatsen van de opdracht, niet had kunnen aanvoeren.

53 Het Gerecht is derhalve van oordeel, dat de Commissie zich terecht heeft gebaseerd op de algemene voorwaarden die zij in de niet-openbare aanbestedingsprocedure had vastgesteld en die vóór de inwerkingtreding van de EER-Overeenkomst door verzoekster waren aanvaard, toen zij verzoekster op 10 maart 1994 meedeelde, dat haar offerte moest worden afgewezen op grond dat de door haar aangeboden apparatuur, anders dan in de aanbestedingsvoorwaarden was bepaald, niet afkomstig was uit de Lid-Staten van de Gemeenschap of uit een door het PHARE-programma begunstigde staat.

54 De brief van 10 maart 1994 vormt immers slechts de toepassing van de in de niet-openbare aanbestedingsprocedure gestelde voorwaarden en kan niet worden geacht een rechtssituatie in het leven te hebben geroepen die nieuw is ten opzichte van die welke uit de niet-openbare aanbesteding voortvloeit. Derhalve kan de omstandigheid dat deze toepassing heeft plaatsgevonden op een tijdstip waarop de juridische context wegens de inwerkingtreding van de EER-Overeenkomst was veranderd, het in de aanbesteding vastgestelde rechtskader niet in het geding brengen en verzoekster geen rechten verlenen die deze op het tijdstip van bekendmaking van de aanbesteding niet kon doen gelden.

55 Bovendien is de EER-Overeenkomst in elk geval niet van toepassing op opdrachten die worden beheerst door rechtsbetrekkingen waarbij een staat die de EER-Overeenkomst niet heeft ondertekend, partij is. Anders dan verzoekster stelt, namelijk dat in het kader van het PHARE-programma de produkten waarvoor de inschrijving geldt, in feite worden gekocht door de Commissie en door deze vervolgens worden doorverkocht aan de begunstigde staten, volgt uit het voorafgaande, dat de betrokken contracten nationale contracten zijn, die uitsluitend vallen binnen de sfeer van de rechtsbetrekkingen tussen de inschrijver en de begunstigde staat, in casu Roemenië, dat geen partij is bij de EER-Overeenkomst.

56 Hieruit volgt, dat aan de Commissie niet kan worden verweten dat zij de EER-Overeenkomst niet op de onderhavige procedure voor het plaatsen van opdrachten heeft toegepast.

57 Aangezien er dus geen sprake is van enige onrechtmatige gedraging van de Commissie, moeten de conclusies strekkende tot schadevergoeding ongegrond worden verklaard.

58 Uit al het voorgaande volgt, dat het beroep in zijn geheel moet worden verworpen.

Kosten

59 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld en de Commissie haar veroordeling in de kosten heeft gevorderd, moet zij worden verwezen in de kosten, daaronder begrepen de kosten die op het kort geding zijn gevallen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

rechtdoende:

1) Verwerpt het beroep in zijn geheel.

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

Lenaerts Schintgen García-Valdecasas

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 26 oktober 1995.

De griffier

H. Jung

De president van de Vierde kamer

K. Lenaerts