sion et préjudiciables à des tiers à l'occasion de l'exécution de projets financés par le Fonds européen de développement.

2. Il est du devoir de la Commission, compte tenu des responsabilités qui lui sont conférées, dans l'intérêt de la Communauté, par les articles 121 et 123 de la deuxième convention ACP-CEE, en vue d'assurer une gestion économique des ressources du Fonds européen de développement, de vérifier, avant de donner son accord à l'attribution d'un marché financé sur les crédits de ce fonds, que l'offre retenue est la moins disante, qu'elle est économiquement la plus avantageuse et qu'elle ne dépasse pas les crédits affectés au marché.

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. PIETER VERLOREN VAN THEMAAT

présentées le 14 mai 1985 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Introduction

Dans la présente affaire, les requérantes, ci-après dénommées « le consortium italien », demandent à la Cour:

1.1. d'annuler, en vertu de l'article 173 du traité CEE, la décision de la Commission empêchant les requérantes de poursuivre les négociations engagées avec « Ethiopian Electric Light and Power Authority » (EELPA) en vue de l'attribution d'un marché dans le cadre de la deuxième convention de Lomé, en particulier de ses articles 120 à 132;

subsidiairement

1.2. de constater, en vertu de l'article 175 du traité CEE, que la Commission s'est abstenue d'agir au cas où il apparaîtrait qu'elle n'a pas pris de décision à cet égard;

plus subsidiairement

1.3. de condamner la Commission, en vertu des articles 178 et 215 du traité CEE, à réparer les dommages et à rembourser les frais causés par la décision ou le comportement illégal susmentionné.

Pour permettre une exacte compréhension des trois demandes, telles qu'elles ont été formulées au début de la requête, mais qui ont été développées plus avant en cinq chefs de conclusions à la fin de la requête, nous reprendrons tout d'abord, dans la deuxième partie des présentes conclusions, l'exposé des faits et des dispositions pertinentes figurant dans le rapport d'audience.

Ensuite, dans la troisième partie, nous examinerons les deux premières demandes précitées des requérantes.

Dans la quatrième partie, nous examinerons la demande d'indemnisation et, en liaison avec celle-ci, la demande incidente du consortium italien tendant à la production de certains documents; enfin, dans la cinquième partie, nous tirerons les conclusions de notre examen.

* Traduit du néerlandais.

2. Les faits et les dispositions applicables

2.1. Le gouvernement militaire provisoire de l'Éthiopie socialiste, agissant par l'intermédiaire de l'Ethiopian Electric Light and Power Authority (ci-après dénommée « EELPA »), en qualité d'employeur, a lancé un appel d'offres (n° 1824) ayant pour objet un projet de dérivation du fleuve Amarti (JO 1982, S 132, p. 3, et S 193, p. 3).

2.2. L'employeur a sollicité le financement du projet par le cinquième Fonds européen de développement, institué par l'accord interne de 1979 relatif au financement et à la gestion des aides de la Communauté (JO 1980, L 347, p. 210) dans le cadre de la deuxième convention ACP-CEE signée à Lomé le 31 octobre 1979 et approuvée par le règlement n° 3225/80 du Conseil du 25 novembre 1980 (JO 1980, L 347, p. 1). L'avis d'adjudication précisait qu'en cas de non-adjudication, aucun marché ne serait passé.

2.3. La convention de Lomé définit les responsabilités respectives des États ACP et de la Communauté en ce qui concerne la gestion du programme de coopération financière et technique.

2.4. En vertu des dispositions combinées des articles 108, paragraphe 2, et 120, les États ACP ont la responsabilité d'exécuter les projets et programmes d'action arrêtés en commun avec la Communauté et financés par cette dernière. A ce titre, ils ont la responsabilité de préparer, négocier et conclure les marchés nécessaires à l'exécution de ces opérations. Conformément à l'article 122, le gouvernement de chaque État ACP désigne un ordonnateur national qui veille, en étroite coopération avec l'ordonnateur principal, à l'égalité des conditions dans la participation aux appels d'offres, à l'élimination des discriminations et au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse; il prépare et lance l'appel d'offres, après accord du délégué, reçoit les soumissions, préside à leur dépouillement et en arrête le résultat qu'il transmet, avec une proposition d'attribution, au délégué et signe les marchés.

2.5. L'article 108, paragraphe 5, donne à la Communauté la responsabilité de préparer et de prendre les décisions de financement. Conformément à l'article 121, la Commission désigne l'ordonnateur principal, qui assure l'exécution des décisions de financement et est responsable de la gestion des ressources du Fonds; il engage, liquide et ordonnance les dépenses, veille, en étroite coopération avec l'ordonnateur national, à l'égalité des conditions dans la participation aux appels d'offres, à l'élimination des discriminations et au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse; à ce titre, il approuve le dossier d'appels d'offres avant son lancement, reçoit le résultat du dépouillement et approuve la proposition d'attribution du marché. Conformément à l'article 123, la Commission désigne un délégué qui la représente auprès de chaque État ACP. Il peut approuver, dans certains cas, les dossiers d'appels d'offres et assiste au dépouillement des offres; aux termes du paragraphe 2, sous c), il approuve la proposition d'attribution toutes les fois que sont remplies les trois conditions suivantes: l'offre retenue est la moins disante, elle constitue l'offre économiquement la plus avantageuse et elle ne dépasse pas les crédits affectés au marché.

2.6. L'article 130 stipule que les critères du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse tiennent toujours compte notamment des qualifications et garanties présentées par les soumissionnaires, de la nature et des conditions d'exécution des travaux ou des fournitures, du prix des prestations, de leur coût d'utilisation et de leur valeur technique.

2.7. En attendant l'adoption des cahiers généraux des charges relatifs aux conditions générales applicables à la passation et à l'exécution des marchés, prévue à l'article 131, une déclaration commune, formant annexe XII à la convention, renvoie, en ce qui concerne les États ACP qui, comme l'Éthiopie, n'étaient pas parties à la convention de Yaoundé, aux législations nationales des États concernés ou à leurs pratiques reconnues en matière de marchés internationaux.

2.8. L'annexe XIII à la convention, qui est intitulée « déclaration commune ad article 132 », stipule qu'en attendant l'adoption, par le Conseil de ministres, du règlement d'arbitrage prévu à cet article, les différends relatifs à la passation et à l'exécution du marché seront tranchés définitivement suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de la chambre de commerce internationale.

2.9. Aux termes du cahier des charges, le soumissionnaire devait établir son expérience technique, sa compétence à réaliser les travaux (clause IT-1, 4 c) et ses capacités financières actuelles (clause IT-1, 4 d); ces facteurs seraient examinés par un comité d'adjudication désigné par l'employeur et pouvant comprendre le délégué de la Commission et l'ingénieur-conseil (clause IT-1, 4, alinéa 3).

2.10. Il était stipulé ensuite que l'employeur ne s'engageait pas à attribuer le marché au soumissionnaire le moins disant, mais considérerait avec soin l'ensemble de l'information donnée dans l'offre et dans les annexes. Le soumissionnaire choisi serait informé de l'acceptation de son offre et invité à envoyer à Addis-Abeba un représentant investi des pleins pouvoirs en vue de signer le contrat (clause IT-11).

2.11. Le 5 novembre 1982, date limite pour la présentation des soumissions, l'EELPA s'est trouvée en présence de trois offres, émanant des trois entreprises italiennes requérantes, groupées en consortium (ci-après dénommé « le consortium italien »), de la société de droit néerlandais Rush & Tompkins BV (ci-après dénommée « R & T BV »), filiale du groupe anglais Rush & Tompkins Group PLC (ci-après dénommé « R & T PLC ») et de la société de droit anglais Boskalis Westminster-Baresel. L'EELPA a reçu l'offre de R & T BV, présentée par télex, comme une soumission régulière, au motif que la transmission du dossier avait été retardée par un cas de force majeure. Cette décision n'a été contestée ni par le délégué de la Commission ni par l'ordonnateur principal, malgré les objections formelles du consortium italien qui a fait valoir qu'aux termes de la clause IT-5 du cahier des charges, l'offre présentée par télex ou par câble ne sera pas prise en considération.

2.12. Lors de l'ouverture des soumissions le 8 novembre 1982, les offres suivantes (exprimées en millions d'Écus) ont été arrêtées:

— Rush & Tompkins BV: 24,3
— consortium italien: 26,7
— Boskalis Westminster-Baresel: 28,2.

2.13. Appelé à évaluer les offres, l'ingénieur-conseil, l'entreprise danoise Kampsax, a établi un rapport dans lequel il a recommandé d'engager des négociations avec le consortium italien.

2.14. Il ressort d'un procès-verbal signé par le délégué et un autre représentant de la

Commission que le comité d'adjudication, qui s'est réuni le 24 février 1983, a discuté, sur la base du rapport de l'ingénieur et d'un projet précédent, de la compétence technique, de la capacité financière, du calendrier des travaux et de la proposition financière de chaque soumissionnaire. Le comité a mentionné dans le procès-verbal la légère modification apportée par l'ingénieur aux conclusions de son rapport en faveur de R & T BV sur la base de documents complémentaires fournis par ce soumissionnaire après le dépôt du dossier initial. Il a décidé à l'unanimité que R & T BV ne remplissait pas trois des quatre conditions prévues et a recommandé d'inviter le consortium italien en vue de négociations.

2.15. La direction générale du développement a procédé à une évaluation des données sur la base des documents d'appels d'offres, du rapport final de Kampsax et de la recommandation du comité d'adjudication du 24 février 1983, pièces que le délégué avait transmises à l'ordonnateur principal, et elle est parvenue à la conclusion que la soumission la moins disante, à savoir celle de R & T BV, était techniquement et financièrement acceptable et constituait l'offre économiquement la plus avantageuse.

2.16. Le 3 mars 1983, l'EELPA a adressé au consortium italien un télex l'invitant à envoyer pour le 14 mars 1983 un mandataire en vue de négocier et, éventuellement, de signer le contrat.

2.17. Arrivés à Addis-Abeba, les représentants du consortium italien ont été informés le 15 mars 1983 de ce que les négociations ne pouvaient avoir lieu, la Commission ayant ordonné que des négociations soient ouvertes avec R & T BV.

2.18. Le 25 avril 1983, l'EELPA a envoyé au consortium italien un télex expliquant, que pour des raisons échappant à sa connaissance et à son pouvoir, elle n'était pas en mesure d'engager les négociations prévues; elle était contrainte de discuter avec R & T BV, en application stricte d'une décision arrêtée par la seule Commission, malgré ses objections sérieuses et son désaccord fondés sur l'inaptitude financière et technique de ce soumissionnaire. Il était fait état d'un télex adressé par Kampsax à l'EELPA, dans lequel l'ingénieur-conseil rappelait son point de vue selon lequel le soumissionnaire le moins disant, à savoir R & T BV, ne remplissait pas les conditions d'aptitude et selon lequel le groupe R & T PLC, bien que considéré comme apte, n'était pas soumissionnaire.

2.19. Dès le 14 janvier 1983, le groupe R & T PLC avait envoyé à Kampsax un télex expliquant que le groupe accordait au besoin une garantie inconditionnelle pour la réalisation des travaux par sa filiale. Par la suite, R & T PLC a adressé à l'EELPA une garantie formelle datée du 22 avril 1983, qui a été remplacée ultérieurement par une garantie similaire datée du 21 juin 1983.

2.20. Par télex du 19 avril 1983, l'EELPA a invité R & T BV à se rendre à Addis-Abeba en vue de négocier le marché et à produire certains documents supplémentaires établissant sa compétence technique et sa capacité financière.

2.21. Dans un rapport d'offre supplémentaire établi à la demande de l'EELPA et basé sur les documents remis le 5 mai par R & T BV, l'ingénieur-conseil a maintenu ses conclusions que ce soumissionnaire, bien qu'appuyé par le groupe R & T PLC, n'était ni techniquement ni financièrement compétent pour réaliser le projet. L'EELPA a accepté cette conclusion et décidé que les négociations envisagées ne pourraient pas avoir lieu.

2.22. Cependant, après nouvelle analyse des documents et consultation des autorités éthiopiennes et de l'ingénieur-conseil, la Commission a estimé que le marché devait être attribué à R & T BV.

2.23. ans un aide-mémoire du 6 juin 1983, l'ingénieur-conseil Kampsax a proposé l'attribution du marché à R & T BV, appuyée par le groupe R & T PLC. L'EELPA a accepté cette proposition; l'ordonnateur principal l'a approuvée le 10 juin 1983. Le 6 juillet 1983, le marché a été conclu entre L'EELPA et R & T BV et visé par l'ordonnateur national et le délégué de la Commission, mandaté par l'ordonnateur principal.

2.24. La proposition de financement du projet a été approuvée le 22 février 1983 par le comité du Fonds européen de développement; la Commission a pris la décision de financement définitive le 7 mars 1983.

2.25. Ses interventions auprès de la Commission en vue d'un réexamen du dossier et d'une modification de son attitude n'ayant pas abouti, pas plus que les entrevues des 12 avril et 13 juin 1983 avec des responsables de la direction générale compétente, le consortium italien a annoncé le 16 juin 1983 son intention d'agir en justice.

3. Les deux premières demandes

Nous pensons que les deux premières demandes précitées des requérantes (qui correspondent aux conclusions 1 et 2 à la fin de la requête) ne pourront pas être jugées recevables en raison des attendus de l'arrêt de la Cour du 10 juillet 1984 dans l'affaire 126/83 (STS/Commission, Rec. 1984, p. 2769).

Les différences, dont les requérantes ont fait état à l'audience, entre les faits de la présente affaire et ceux qui étaient à la base de l'arrêt précité ne sauraient rien y changer.

En premier lieu, les requérantes ont relevé à l'audience, constituant une différence entre les deux affaires, le fait que l'EELPA, en sa qualité d'employeur, avait stipulé dans le cahier des charges qu'il subordonnait la validité d'un contrat à conclure à l'approbation de son financement par le Fonds européen de développement. Cette condition ayant été stipulée par l'employeur, seul ce dernier en assume la responsabilité. Une telle condition, stipulée par l'employeur, ne saurait modifier la répartition des compétences entre la Communauté et les États ACP, telle qu'elle est définie dans votre arrêt précité, ni créer en soi une quelconque responsabilité de la Communauté.

En deuxième lieu, les requérantes observent à juste titre que l'affaire STS concernait uniquement l'application de l'article 123, paragraphe 3, sous b), de la deuxième convention de Lomé, alors qu'elles se prévalent en l'espèce de l'article 123, paragraphe 2, sous c), de ladite convention. Toutefois, les requérantes ne sauraient se fonder sur cette constatation, qui est en soi exacte, étant donné que les attendus de l'arrêt STS se réfèrent manifestement à l'article 123, considéré dans son ensemble. A cet égard, nous renvoyons notamment aux quinzième et seizième attendus de votre arrêt. Le fait que cette disposition doit être interprétée au sens large ressort aussi d'une comparaison entre l'arrêt et les conclusions que nous avons présentées dans cette affaire.

Étant donné qu'à la lumière de l'arrêt de la Cour dans l'affaire STS, il nous paraît évident que les deux premières demandes des requérantes ne sont pas recevables, nous estimons qu'il n'est pas nécessaire d'examiner encore aussi les moyens quant au fond qu'elles ont invoqués à l'appui de ces chefs de conclusions.

4. La troisième demande

4.1. *La recevabilité*

La Commission conteste aussi la recevabilité du recours en indemnité, qui a été précisé à la fin de la requête, sous les points 3 et 4. Étant donné que l'indemnité, réclamée sous le point 3 précité, n'est justifiée que si les deux premiers chefs de conclusions sont recevables, ce chef de conclusion ne doit effectivement, selon nous, pas être jugé recevable. En effet, les requérantes y demandent réparation du dommage causé par les actes ou la carence dont elles demandent par les deux premiers chefs de conclusions qu'ils soient déclarés illégaux.

En revanche, le quatrième chef de conclusion est indépendant des deux premiers et il se lit comme suit:

« 4) Plus subsidiairement, accorder aux requérantes une indemnité pécuniaire et un dédommagement plein et entier au titre du préjudice qui leur a été causé par le comportement illégal de la Commission, pour le cas où la Cour établirait qu'il n'existe aucun acte, mesure ou abstention de la Commission susceptible de faire l'objet d'un contrôle au titre des articles 173 et 175. »

Dans le vingtième attendu de son arrêt dans l'affaire STS, la Cour s'est expressément abstenue de se prononcer sur la question de la recevabilité d'une telle action en indemnité, basée sur l'article 215, alinéa 2, du traité CEE.

L'argument de la Commission selon lequel le recours en indemnité serait en l'espèce un recours en annulation déguisé nous paraît fondé, comme nous l'avons exposé en ce qui concerne le troisième chef de conclusion des requérantes.

En revanche, l'argument des requérantes selon lequel déclarer le recours en indemnité irrecevable au seul motif qu'il pourrait avoir des conséquences similaires à celles d'un recours en annulation méconnaîtrait le caractère autonome de cette voie de recours nous paraît exact dans le cadre du quatrième chef de conclusion des requérantes. Ce caractère autonome éventuel d'un recours en indemnité est aussi confirmé par le vingtième attendu de l'arrêt STS et résulte du reste aussi d'autres arrêts de la Cour relatifs à l'article 215, alinéa 2, du traité CEE. Il convient dès lors de rejeter cette partie de l'argumentation de la Commission.

L'argument (relatif à la précision insuffisante de l'étendue du dommage subi) que la Commission déduit de l'article 38, paragraphe 1, du règlement de procédure et sur lequel elle se fonde pour considérer que le recours n'est pas recevable doit à notre avis être rejeté, lui aussi. Dans la requête, l'objet du litige est également défini de manière suffisamment précise en ce qui concerne le recours en indemnité, dont il s'agit ici, pour qu'il soit satisfait à la règle contenue dans ladite disposition. La nature du dommage, dont les requérantes demandent réparation, est aussi définie de manière suffisamment précise dans la requête. A la suite de votre jurisprudence constante, l'étendue exacte du dommage subi ne doit être déterminée qu'à un stade ultérieur de la procédure.

Le quatrième chef de conclusion du recours doit dès lors, selon nous, être jugé recevable. Nous pensons notamment que l'obligation de l'ordonnateur principal de veiller à « l'égalité des conditions dans la participation aux appels d'offres, à l'élimination des discriminations et au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse », énoncée à l'article 121, paragraphe 2, de la convention de Lomé, est importante à cet égard. Le fait qu'il s'agit ici aussi d'une obligation autonome de l'ordonnateur principal est souligné dans le quinzième attendu de votre arrêt STS, qui précise que cette obligation vaut tant pour l'ordonnateur principal que pour son délégué. Ensuite, il nous paraît évident

qu'eu égard à leur objet, ces obligations visent aussi à protéger les soumissionnaires.

4.2. *Appréciation quant au fond*

a) Les *requérantes* estiment que le comportement de la Commission, considéré globalement, est illégal. Selon elles, la Commission n'a pas respecté les conditions de soumission et a violé les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination. Dès la réception et l'ouverture des soumissions, elle a méconnu les principes de bonne foi, d'équité et d'impartialité applicables en matière contractuelle. C'est ainsi qu'elle a rejeté la proposition d'attribution approuvée par le délégué, a fait obstacle à la signature du contrat né du seul concours de volontés des parties et a forcé l'EELPA à entamer des négociations avec R & T BV, tout en refusant de fournir une quelconque information sur la procédure. Toujours selon les requérantes, la Commission a usurpé les fonctions attribuées à l'État ACP en négociant directement avec R & T BV, en permettant à cette société de produire de nouveaux documents et de changer son offre et en amenant l'ingénieur à modifier son rapport.

b) En réponse à cette argumentation, la Commission rappelle d'abord à juste titre qu'en vertu de l'article 123, paragraphe 2, sous c), le délégué approuve dans le délai d'un mois les propositions d'attribution de l'ordonnateur national toutes les fois que sont remplies les trois conditions suivantes: l'offre retenue est la moins disante, elle constitue l'offre économiquement la plus avantageuse et elle ne dépasse pas les crédits affectés au marché.

Il ressort tout d'abord du paragraphe 2.14 de l'exposé des faits ci-dessus et de l'annexe 3 à la réplique qu'il n'y a pas eu en l'espèce de proposition de l'ordonnateur national, mais bien une réunion du comité d'adjudication à laquelle l'ordonnateur national et le délégué ont assisté, au cours de laquelle une recommandation a été faite à l'employeur et dont le procès-verbal a été signé entre autres par le délégué de la Commission. On ne saurait attribuer à la signature par le délégué du procès-verbal d'une telle réunion, qui a une compétence consultative à l'égard de l'employeur, la signification d'une approbation au sens de l'article 123, paragraphe 2, sous c), étant donné qu'il était établi qu'il s'agissait ici seulement d'un avis destiné à l'employeur. Il n'est pas apparu et il n'a même pas été soutenu que le délégué aurait, selon des modalités autres que celles dont il s'agit ici, approuvé une proposition de l'ordonnateur national d'attribuer le marché aux requérantes.

En deuxième lieu, il ressort du paragraphe 2.12 de notre exposé des faits que l'offre du consortium italien n'était pas la moins disante. Il est par conséquent établi que le délégué ne *pouvait* pas non plus approuver une proposition en ce sens, alors même que l'ordonnateur national s'est rallié par la suite à l'avis du comité d'adjudication. L'argument des requérantes selon lequel leur offre devait être interprétée comme l'offre la moins disante, émanant d'une entreprise techniquement et financièrement qualifiée, ne trouve aucun fondement dans le texte ou le but de l'article précité. Bien au contraire, toute dérogation au principe de l'attribution au soumissionnaire le moins disant en raison du prétendu manque de qualification de celui-ci nous paraît avoir une signification d'une importance telle dans le cadre de la responsabilité financière de la Communauté qu'elle doit relever du pouvoir d'approbation réservé à l'ordonnateur principal. Ce dernier devra notamment examiner alors si « l'offre la moins disante » est aussi « l'offre

économiquement la plus avantageuse », comme la Commission l'affirme avec raison en se référant à l'article 130 de la convention de Lomé.

Selon nous, il conviendra donc de rejeter cet argument invoqué par les requérantes à l'appui de leur chef de conclusion relatif à l'illégalité du comportement de la Commission.

c) Les arguments avancés par les requérantes à l'appui de leur chef de conclusion relatif à l'illégalité du comportement de la Commission sont basés pour le surplus sur la thèse selon laquelle, eu égard au cahier des charges, aux conditions générales du FED et, plus généralement, aux règles d'attribution de marchés internationaux, la Commission n'avait pas le droit de mettre le soumissionnaire le moins disant en mesure de compléter, de modifier ou d'amender a posteriori son offre, notamment en offrant des garanties supplémentaires émanant du groupe auquel appartenait le soumissionnaire le moins disant.

Comme nous l'avons déjà dit au paragraphe 2.9 des présentes conclusions, aux termes du cahier des charges, chaque soumissionnaire devait établir son expérience technique, sa compétence à réaliser les travaux (clause IT-1, 4 c) et ses capacités financières actuelles (clause IT-1, 4 d); ces facteurs seraient examinés par un comité d'adjudication désigné par l'employeur et pouvant comprendre le délégué de la Commission et l'ingénieur-conseil (clause IT-1, 4, alinéa 3). Comme nous l'avons déjà dit au paragraphe 2.14 de nos conclusions, le comité précité a décidé à l'unanimité que le soumissionnaire le moins disant ne remplissait pas trois des quatre conditions prévues.

Or, une telle constatation et le fait, découlant en l'espèce de cette constatation, qu'en vertu de la clause IT-11 du cahier des charges, il a été recommandé à l'employeur d'ouvrir des négociations avec les requérantes ne changent évidemment rien aux dispositions précitées de la convention de Lomé concernant l'approbation d'une proposition de l'ordonnateur national, faite sur la base de ces dispositions et adressée à l'ordonnateur principal.

En ce qui concerne le développement ultérieur de cette affaire, il est, selon nous, établi que l'ordonnateur principal n'a pas approuvé une telle proposition en faveur des requérantes. Nous pensons que cette absence d'approbation ne peut en soi pas être considérée comme illégale déjà en raison du fait que les requérantes n'étaient pas les soumissionnaires les moins disantes. La question de savoir par quels contacts l'ordonnateur principal et l'ordonnateur national ont finalement estimé que le soumissionnaire le moins disant remplissait effectivement les conditions d'attribution relatives à l'aptitude financière et technique ne peut pas être tout à fait résolue sur la base du dossier. Or, nous ne pensons pas que cette question ait une importance décisive. Sur la base des données figurant dans le dossier, il est établi qu'en vertu de la note 12 des « Instructions to tenderers » de l'« International Federation of Consulting Engineers », l'ingénieur-conseil de l'employeur a demandé au soumissionnaire le moins disant, peut-être sous la pression plus ou moins forte de l'ordonnateur principal, de préciser certains points de sa soumission. En outre, il est établi, entre autres sur la base des annexes 1 et 2 au mémoire en défense et d'une déclaration de garantie produite au cours de la procédure sur demande de la Cour, que la holding company du groupe auquel appartient le soumissionnaire le moins disant s'est portée garante de l'aptitude technique et financière du soumissionnaire après cette demande de précisions de l'ingénieur-conseil. Enfin, il est

établi que tant l'ingénieur-conseil de l'employeur et ensuite l'employeur lui-même que l'ordonnateur national et l'ordonnateur principal ont jugé que cette garantie était suffisante pour estimer que le soumissionnaire le moins disant était apte à exécuter le marché. Le paragraphe 2.23 des présentes conclusions contient un bref résumé du stade ultime du développement de cette affaire.

Les requérantes ont notamment contesté à l'audience que la note 12 des « Instructions to tenderers » précitée (dont elles n'ont pas contesté en l'espèce l'applicabilité en tant que telle) puisse constituer le fondement de la procédure appliquée en l'espèce et que nous venons de résumer.

Le premier alinéa décisif de la note 12 précitée est libellé comme suit:

« Tenderers should be advised that the Employer, or the Engineer on behalf of the Employer, may ask any tenderer for clarification of his tender, but that no tenderer will be permitted to alter his tender price after tenders have been opened. Clarifications which do not change the tender price may be accepted and modified in the contract. » [1].

Les requérantes ont fait valoir à l'audience que ce texte ne saurait justifier des modifications dans les clauses de l'offre. Plus particulièrement, il ne permettrait pas à un tiers d'ajouter une garantie qui le lie. Selon nous, cette interprétation doit en tout cas être rejetée lorsque le soumissionnaire fait partie d'un groupe de sociétés et que la garantie émane de la holding company de ce groupe. Il est de notoriété publique et, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence et de la doctrine faisant autorité, citée par la Commission aux pages 10 et 11 de son mémoire en défense, et des annexes 1 et 2 de son mémoire en défense, il est de règle, plus particulièrement aussi pour une holding company de droit anglais, que celle-ci *peut* à tout le moins se porter garante de l'exécution des obligations de ses filiales. A notre avis, la question de savoir s'il était en l'espèce possible de se tourner vers la holding company, soit de plein droit, soit en vertu d'une constitution explicite de garantie, entre à l'évidence dans la notion de « précisions ». Ainsi qu'il ressort d'une déclaration faite à l'audience par le président de l'organisation FIDIC concernant les procédures d'adjudication, il n'est pas de pratique courante que l'employeur demande déjà dans le cahier des charges qu'une garantie éventuelle soit donnée par la société mère d'une filiale à part entière. Par conséquent, dans la pratique, une telle garantie n'est pas donnée automatiquement au moment de la soumission. Normalement, elle est encore demandée dans certaines circonstances au cours des négociations entre l'employeur et le soumissionnaire dans le cadre de la procédure visée à la note 12 de la réglementation FIDIC. La garantie peut concerner tant l'aptitude financière que l'aptitude technique. Nous ne voudrions pas reconnaître à cette déclaration, effectuée à un stade tardif de la procédure, une importance en soi décisive. En revanche, nous estimons qu'elle confirme ce qu'il faut déduire de la partie précitée du texte de la note 12 de la réglementation FIDIC elle-même en liaison avec le droit relatif aux groupements internationaux de sociétés. Sur ce point spécifique, nous n'avons pas non plus pu relever des arguments pertinents en sens contraire dans la contre-expertise que les requérantes ont produite à l'audience. En raison des principes généraux du droit relatif aux groupements de sociétés dont il s'agit ici, il ne nous paraît notamment pas correct que le paragraphe 14 de cette contre-expertise considère la société mère de la filiale à part entière comme un nouveau soumissionnaire.

(1) Ndt.: «Les soumissionnaires devront être avisés que l'employeur ou l'ingénieur agissant au nom de l'employeur peut demander à tout soumissionnaire de préciser son offre, mais qu'aucun soumissionnaire ne sera autorisé à modifier son prix d'offre après que les soumissions auront été ouvertes. Les précisions qui ne modifient pas le prix de l'offre pourront être acceptées et donner lieu à une modification du marché.»

Il ressort aussi expressément de la deuxième phrase du premier alinéa de la note 12 que les « précisions » peuvent effectivement avoir pour effet de compléter ou de modifier le marché par rapport aux clauses de l'offre, à condition que cela n'affecte pas le prix indiqué dans la soumission. Or, il n'est pas contesté qu'en l'espèce, la garantie offerte n'a pas eu pour effet de modifier le prix indiqué dans la soumission.

Nous conclurons sur la base de ces constatations qu'en demandant, dans le cadre des pouvoirs et obligations attribués à l'ordonnateur principal par l'article 121, paragraphe 2, de la convention de Lomé et conformément à la note 12 de la réglementation FIDIC, des précisions concernant l'offre du soumissionnaire le moins disant, la Commission n'a pas agi de manière illégale. Elle n'a pas non plus agi de manière illégale par le fait que l'ordonnateur principal a approuvé le 10 juin 1983, sur la base des résultats en question des précisions fournies, la proposition d'attribuer le marché au soumissionnaire le moins disant, que l'ordonnateur national a faite au début de juin 1983 sur la base des résultats susmentionnés.

Le quatrième chef de conclusion de la requête des requérantes doit dès lors, à notre avis, être rejeté comme dénué de fondement.

d) En ce qui concerne la demande des requérantes, fondée sur l'article 91 du règlement de procédure et tendant à ce qu'il soit ordonné à la Commission de produire un certain nombre de documents qu'elles ne spécifient pas de manière précise, nous pourrons être bref compte tenu de nos constatations antérieures. L'article 121, paragraphe 2, de la convention, tel que vous l'avez interprété dans l'arrêt STS (quinzième attendu) permet de déduire que l'ordonnateur principal a, lui aussi, une obligation autonome de veiller à l'égalité des conditions dans la participation aux appels d'offres, à l'élimination des discriminations et au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Comme nous l'avons observé précédemment, ces obligations visent aussi, selon nous, à protéger les intérêts des soumissionnaires.

Cette obligation nous conduit à penser qu'en vertu de l'article 21 de son statut, la Cour, saisie ou non d'une demande en ce sens par une partie, a en principe la possibilité de demander au moins à la Commission de produire certains documents à usage interne, ainsi que certaines lettres adressées à l'ordonnateur national et à des tiers et que la Cour juge nécessaires pour vérifier si l'ordonnateur principal ou la Commission a violé ladite obligation. Eu égard à l'interprétation de cette obligation par la Cour, l'État ACP concerné ne pourra pas non plus s'opposer, selon nous, à la production de ces documents qui permettent d'établir comment l'ordonnateur principal s'est conformé à ses obligations. Nous pensons aussi qu'il serait important que la Cour reconnaisse expressément cette possibilité dans son arrêt ou, à tout le moins, laisse expressément ouverte la question. Si les matières auxquelles les données concernées doivent se rapporter sont suffisamment précisées, il ne nous paraît en outre pas possible de façon générale que les requérantes spécifient les documents concernés d'une manière beaucoup plus précise qu'elles ne l'ont fait en l'espèce et c'est pourquoi une plus grande spécification n'est pas nécessaire. Cependant, ainsi qu'il ressort de nos analyses des données connues, nous pensons qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de produire de tels documents complémentaires pour aboutir à une appréciation du bien-fondé du présent chef de conclusion des requérantes sans porter atteinte au principe de l'examen contradictoire. Nous vous proposons dès lors de rejeter la demande incidente, présentée le 23 décembre 1983 en vertu de l'article 91, paragraphe 1er, du règlement de procédure et tendant à ce qu'il soit ordonné à la Commission de produire de telles données complémentaires.

5. Conclusion

En conclusion, nous vous proposons dès lors:

5.1. de déclarer irrecevables les chefs de conclusions des requérantes;

5.2. de rejeter le quatrième chef de conclusion des requérantes comme dénué de fondement;

5.3. de rejeter la demande présentée le 23 décembre 1983 par les requérantes à la Cour et jointe par ordonnance de la Cour du 29 février 1984 avec l'affaire principale et tendant à ce qu'il soit ordonné à la Commission de produire certains documents;

5.4. de condamner les requérantes aux dépens.