eller adfærd i forbindelse med udførelsen af projekter, der finansieres af Den europæiske Udviklingsfond, har påført tredjemand et tab.

2. Inden for rammerne af det ansvarsområde, Kommissionen i Fællesskabets interesse er tillagt i medfør af artiklerne 121 og 123 i den anden AVS-EØF-konvention for at sikre en økonomisk forsvarlig forvaltning af Den europæiske Udviklingsfonds midler, har Kommissionen pligt til — inden den godkender tildelingen af en kontrakt, der finansieres ved hjælp af fondens midler — at kontrollere, at det valgte tilbud er det laveste, udgør det mest fordelagtige tilbud og ikke overskrider det beløb, der er afsat til kontrakten.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PIETER VERLOREN VAN THEMAAT

fremsat den 14. maj 1985 *

Høje Domstol.

1. Indledning

I den foreliggende sag har sagsøgerne, herefter benævnt det italienske konsortium, nedlagt følgende påstande:

1.1. Annullation i medfør af EØF-traktatens artikel 173 af den afgørelse, hvorved Kommissionen afskar sagsøgerne fra at fortsætte de forhandlinger, de havde indledt med »Ethiopian Electric Light and Power Authority« (EELPA) med henblik på tildeling af en kontrakt inden for rammerne af den anden Lomé-konvention, navnlig dennes artikler 120-132;

subsidiært:

1.2. Såfremt det viser sig, at Kommissionen ikke har truffet en sådan afgørelse, fastslås det i medfør af EØF-traktatens artikel 175, at Kommissionen har undladt at handle;

mere subsidiært:

1.3. I medfør af EØF-traktatens artikler 178 og 215 kendes Kommissionen pligtig at yde sagsøgerne erstatning for det tab, de har lidt som følge af ovennævnte afgørelse og dens retsstridige adfærd.

For bedre at forstå sagsøgernes påstande, som de har givet en oversigt over i stævningen og yderligere uddybet i stævningens fem hovedafsnit, vil jeg i andet afsnit af dette forslag til afgørelse give en sammenfatning af de faktiske omstændigheder og de relevante bestemmelser, der er nævnt i retsmøderapporten.

I tredje afsnit af forslaget vil jeg behandle sagsøgernes to første påstande.

I fjerde afsnit vil jeg behandle spørgmålet om erstatningskravet og i den forbindelse det italienske konsortiums påstand om fremlæggelse af bestemte dokumenter, og endelig vil jeg i det femte afsnit drage konklusionerne på grundlag af gennemgangen af sagsøgernes påstande.

* Oversat fra nederlandsk.

2. Faktiske omstændigheder og gældende bestemmelser

2.1. Etiopiens provisoriske militærregering med Ethiopian Electric Light and Power Authority (herefter benævnt »EELPA«) som bygherre udskrev en licitation (nr. 1824) vedrørende omledning af Amarti-floden (EFT 1982 S 132, s. 3, og S 193, s. 3).

2.2. Bygherren anmodede om, at projektet blev finansieret af Den femte europæiske Udviklingsfond, som blev oprettet ved den interne aftale af 1979 om finansiering og forvaltning af Fællesskabets bistand (EFT 1980 L 347, s. 210) inden for rammerne af den anden AVS-EØF-konvention, undertegnet i Lomé den 31. oktober 1979 og godkendt ved Rådets forordning nr. 3225/80 af 25. november 1980 (EFT 1980 L 347, s. 1). I meddelelsen om udbud understregedes det, at ordren ikke ville blive afgivet i tilfælde af, at anmodningen ikke blev imødekommet.

2.3. Lomé-konventionen fastlægger de respektive ansvarsområder for AVS-staterne og Fællesskabet med hensyn til forvaltningen af det finansielle og faglige samarbejde.

2.4. I henhold til artikel 108, stk. 2, sammenholdt med artikel 120, er AVS-staterne ansvarlige for gennemførelsen af de projekter og programmer, der er vedtaget sammen med og som finansieres af Fællesskabet. De er i den sammenhæng ansvarlige for udarbejdelse, forhandling og indgåelse af de kontrakter, der er nødvendige for gennemførelsen af de pågældende projekter. I henhold til artikel 122 skal hver AVS-stats regering udpege en national anvisningsberettiget, som i nært samarbejde med den ledende anvisningsberettigede drager omsorg for, at betingelserne for deltagelse i udbud er lige, påser, at der ikke sker forskelsbehandling, og sikrer, at det valgte tilbud er det økonomisk mest fordelagtige; han udfærdiger udbudsmaterialet og iværksætter udbud efter at have forelagt dem for den delegerede til godkendelse, modtager de afgivne tilbud, forestår gennemgangen af dem og afgør resultatet af denne gennemgang, som han fremsender til den delegerede med et forslag om tildeling af kontrakten, samt underskriver kontrakter.

2.5. I henhold til artikel 108, stk. 5, henhører det under Fællesskabets ansvarsområde at forberede og træffe finansieringsafgørelser. Ifølge artikel 121 udpeger Kommissionen den ledende anvisningsberettigede, som sikrer gennemførelsen af finansieringsafgørelserne, og som er ansvarlig for forvaltningen af fondens midler; han afholder, fastsætter og anviser udgifter, og drager i nært samarbejde med den nationale anvisningsberettigede omsorg for, at betingelserne for deltagelse i udbud er lige, påser, at der ikke sker forskelsbehandling, samt sikrer, at det valgte tilbud er det økonomisk mest fordelagtige. I den forbindelse godkender han udbudsmaterialet, inden udbudet iværksættes, han modtager resultatet af gennemgangen af tilbudene og godkender forslaget om tildeling af kontrakten. I henhold til artikel 123 udpeger Kommissionen en delegeret, som repræsenterer den i den enkelte AVS-stat. Den delegerede kan i visse tilfælde godkende udbudsmateriale og overvære åbningen af tilbudene; som anført i stk. 2, litra c), godkender han forslaget om tildeling af kontrakt, når følgende tre betingelser er opfyldt; det valgte tilbud er det laveste, det udgør det økonomisk mest fordelagtige tilbud og det overskrider ikke det beløb, der er afsat til den pågældende kontrakt.

2.6. Artikel 130 bestemmer, at der ved valget af det økonomisk mest fordelagtige tilbud i hvert enkelt tilfælde navnlig skal tages hensyn til de bydendes kvalifikationer og garantier, arbejdets eller leverancernes art samt betingelserne for udførelsen, prisen for tjenesteydelserne, driftsomkostningerne og den tekniske kvalitet.

2.7. Indtil den i artikel 131 nævnte afgørelse vedrørende de almindelige bestemmelser for tildeling og udførelse af bygge- og anlægskontrakter er truffet, henvises der i den fælles erklæring i konventionens bilag XII, for de AVS-staters vedkommende, der — som Etiopien — ikke var kontraherende parter i Yaoundé-konventionen, til de pågældende staters nationale lovgivninger eller faste praksis i forbindelse med internationale kontrakter.

2.8. Konventionens bilag XIII, der har overskriften »Fælleserklæring ad konventionens artikel 132«, bestemmer, at indtil Ministerrådet har truffet den i artiklen nævnte afgørelse om voldgift, afgøres alle tvister om tildeling og udførelse af kontrakter definitivt i henhold til Det internationale Handelskammers regler for forlig og voldgift.

2.9. Ifølge udbudsbetingelserne skulle tilbudsgiverne godtgøre at have den fornødne tekniske erfaring og sagkundskab med henblik på udførelsen af arbejdet (klausul IT-1, 4c), ligesom de skulle dokumentere deres aktuelle økonomiske forhold (klausul IT-1, 4d); de nævnte kvalifikationer skulle gennemgås af et af bygherren nedsat licitationsudvalg, som blandt andet kunne omfatte Kommissionens delegerede og den rådgivende ingeniør (klausul IT-1, 4, stk. 3).

2.10. Det var desuden fastsat, at bygherren ikke var forpligtet til at tildele kontrakten til den lavest bydende, men omhyggeligt skulle gennemgå samtlige oplysninger i tilbudet og dettes bilag. Den således valgte tilbudsgiver skulle underrettes om, at hans tilbud var accepteret, og anmodes om at sende en medarbejder til Addis Abeba, som havde fuldmagt til at underskrive kontrakten (klausul IT-11).

2.11. Den 5. november 1982, hvor fristen for indgivelse af tilbud udløb, havde EELPA modtaget tre tilbud, nemlig fra de tre sagsøgende italienske virksomheder, der havde dannet et konsortium (herefter benævnt »det italienske konsortium«), fra den nederlandske virksomhed Rush & Tompkins BV (herefter benævnt »R & T BV«), der er et datterselskab af den engelske koncern Rush & Tompkins Group PLC (herefter benævnt »R & T PLC«), samt fra det engelske firma Boskalis Westminster-Baresel. EELPA meddelte, at tilbudet fra R & T BV, som var modtaget pr. telex, måtte betragtes som rettidigt modtaget, idet der var tale om forsinkelse som følge af force majeure. Hverken Kommissionens delegerede eller den ledende anvisningsberettigede har anfægtet denne afgørelse, selv om det italienske konsortium formelt havde gjort gældende, at tilbud fremsendt pr. telex eller telegram i henhold til udbudsbetingelsernes klausul IT-5 ikke kunne tages i betragtning.

2.12. Da budene blev åbnet den 8. november 1982, var tilbudene (i millioner ECU) som følger:

— Rush & Tompkins BV: 24,3
— Det italienske konsortium: 26,7
— Boskalis Westminster-Baresel: 28,2.

2.13. Det rådgivende ingeniørfirma, den danske virksomhed Kampsax, udarbejdede en rapport, hvori det anbefalede at indlede forhandlinger med det italienske konsortium.

2.14. Det fremgår af det af den delegerede og en anden repræsentant for Kommissionen underskrevne referat af licitationsud-

valgets møde den 24. februar 1983, at udvalget på grundlag af ingeniørfirmaets rapport og et tidligere udkast hertil havde drøftet hver enkelt tilbudsgivers tekniske sagkundskab, økonomiske forhold, den foreslåede tidsplan for arbejdet og finansieringsforslaget. I referatet omtaler udvalget den mindre ændring til fordel for R & T BV, ingeniørfirmaet havde foretaget i sin rapport på grundlag af yderligere dokumenter, som den pågældende tilbudsgiver havde fremsendt efter at have indgivet det oprindelige udbudsmateriale. Udvalget besluttede enstemmigt, at R & T BV ikke opfyldte tre af de fire fastsatte betingelser, og anbefalede, at det italienske konsortium blev anmodet om at give møde med henblik på at indlede forhandlinger.

2.15. Kommissionens generaldirektorat for udvikling foretog en vurdering på grundlag af tilbudsdokumenterne, den endelige rapport fra Kampsax og henstillingen fra licitationsudvalget af 24. februar 1983, dokumenter, som den delegerede havde tilstillet den ledende anvisningsberettigede, og generaldirektoratets konklusion var, at det laveste tilbud, dvs. tilbudet fra R & T BV, var teknisk og økonomisk acceptabelt, og at det var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

2.16. Den 3. marts 1983 sendte EELPA et telex til det italienske konsortium med anmodning om, at det gav møde den 14. marts 1983 med henblik på at indlede forhandlinger og, eventuelt, underskrive kontrakten.

2.17. Efter at være ankommet til Addis Abeba fik konsortiets medarbejdere den 15. marts 1983 meddelelse om, at forhandlingerne ikke kunne finde sted, idet Kommissionen havde bestemt, at der skulle indledes forhandlinger med R & T BV.

2.18. Den 25. april 1983 sendte EELPA et telex til det italienske konsortium, hvori man forklarede, at de planlagte forhandlinger på grund af omstændigheder, EELPA ikke havde kendskab til, og som lå uden for deres kontrol, ikke kunne indledes; i kraft af en afgørelse, Kommissionen havde truffet alene, var man tvunget til at indlede forhandlinger med R & T BV, trods EELPA's alvorlige indvendinger og uenighed med hensyn til nævnte tilbudsgivers finansielle og tekniske egnethed. Man henviste til et telex fra Kampsax til EELPA, hvori det rådgivende ingeniørfirma gentog sit synspunkt om, at den lavest bydende tilbudsgiver, dvs. R & T BV, ikke var kvalificeret, og at koncernen R & T PLC ganske vist var kvalificeret, men ikke tilbudsgiver.

2.19. Allerede den 14. januar 1983 havde R & T PLC sendt Kampsax et telex om, at koncernen når som helst kunne give en betingelsesløs garanti for, at dets datterselskab ville gennemføre arbejdet. Siden sendte R & T PLC EELPA en formel garanti, dateret den 22. april 1983, som senere blev erstattet af en tilsvarende garanti, dateret den 21. juni 1983.

2.20. Ved telex af 19. april 1983 anmodede EELPA R & T BV om at komme til Addis Abeba for at forhandle kontrakten og om at fremlægge visse yderligere dokumenter vedrørende selskabets tekniske sagkundskab og økonomiske forhold.

2.21. I en supplerende rapport, som det rådgivende ingeniørfirma udarbejdede på anmodning af EELPA og på grundlag af de dokumenter, som R & T BV havde fremsendt den 5. maj, fastholdt ingeniørfirmaet, at selv om den nævnte tilbudsgiver var støttet af R & T PLC-koncernen, havde selskabet hverken de tekniske eller økonomiske kvalifikationer til at gennemføre projektet. EELPA tiltrådte denne konklusion og traf afgørelse om, at de planlagte forhandlinger ikke skulle finde sted.

2.22. Efter en yderligere gennemgang af dokumenterne og drøftelser med de etiopiske myndigheder og det rådgivende ingeniørfirma bestemte Kommissionen, at kontrakten skulle tildeles R & T BV.

2.23. I en rapport af 6. juni 1983 konkluderede det rådgivende ingeniørfirma Kampsax, at R & T BV, støttet af R & T PLC-koncernen, skulle tildeles kontrakten. EELPA accepterede forslaget, og den ledende anvisningsberettigede godkendte det den 10. juni 1983. Den 6. juli 1983 blev kontrakten indgået mellem EELPA og R & T BV, og den blev påtegnet af den nationale anvisningsberettigede og Kommissionens delegerede efter bemyndigelse af den ledende anvisningsberettigede.

2.24. EUF-udvalget godkendte finansieringsforslaget for projektet den 22. februar 1983, og Kommissionen traf den endelige finansieringsafgørelse den 7. marts 1983.

2.25. Det italienske konsortiums forestillinger over for Kommissionen med henblik på en fornyet gennemgang af sagen og for at få Kommissionen til at ændre standpunkt forblev resultatløse, idet konsortiet kun havde visse samtaler med embedsmænd fra det kompetente generaldirektorat, hvorfor det den 16. juni 1983 meddelte, at det ville anlægge sag.

3. De første to påstande

Efter min opfattelse må sagsøgernes første to påstande (1 og 2) afvises i henhold til Domstolens dom af 10. juli 1984 i sag 126/83 (STS Consorzio mod Kommissionen, Sml. 1984, s. 2769).

De forskelle mellem de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag og ovennævnte sag, som sagsøgerne påpegede i retsmødet, ændrer for mig at se ikke noget herved.

For det første gjorde sagsøgerne i retsmødet opmærksom på, at der var en forskel derved, at EELPA i sin egenskab af bygherre i udbudsbetingelserne havde anført, at gyldigheden af en eventuel kontrakt var betinget af, at Den europæiske Udviklingsfond skulle godkende dens finansiering. Da betingelsen var opstillet af bygherren, er det alene bygherren, der er ansvarlig for den. Den omstændighed, at bygherren opstiller en sådan betingelse, kan ikke ændre kompetencefordelingen mellem Fællesskabet og AVS-staterne, således som den er fastlagt efter ovennævnte dom, og heller ikke i sig selv være grundlag for, at Fællesskabet ifalder ansvar.

Dernæst har sagsøgerne med rette bemærket, at STS-sagen alene vedrørte artikel 123, stk. 3, litra b), i den anden Lomé-konvention, mens de i den foreliggende sag har påberåbt sig konventionens artikel 123, stk. 2, litra c). Sagsøgerne har for så vidt ret i deres betragtning, men kan ikke påberåbe sig den, idet præmisserne i STS-dommen klart vedrører artikel 123 som helhed. Jeg skal i den forbindelse særlig henvise til dommens præmisser 15 og 16. At bestemmelsen skal fortolkes vidt, følger også af en sammenligning mellem dommen og mit forslag til afgørelse i den sag.

Da det på baggrund af Domstolens dom i STS-sagen efter min opfattelse må være klart, at sagsøgernes første to påstande skal afvises, er det for mig at se ikke nødvendigt at behandle de anbringender, sagsøgerne har fremført til støtte for de nævnte påstande.

4. Den tredje påstand

4.1 *Formaliteten*

Kommissionen har også bestridt, at erstatningspåstanden kan tages under realitetspåkendelse, således som den nærmere er omtalt i stævningens afsnit 3 og 4. Da denne påstand i afsnit 3 står og falder med, at de første to påstande kan tages under realitetspåkendelse, skal også den påstand efter min opfattelse afvises. Sagsøgerne har her nedlagt påstand om erstatning for den skade, de har lidt som følge af de retsakter eller undladelser, som i de første to påstande påstås kendt retsstridige.

Sagsøgernes fjerde påstand er imidlertid uafhængig i forhold til de to første påstande og lyder som følger:

»4) Mere subsidiært ydes sagsøgerne fuld erstatning for den skade, de har lidt ved Kommissionens ulovlige handlinger, såfremt Domstolen skulle finde, at Kommissionen hverken har udstedt retsakter, truffet foranstaltninger eller udvist passivitet, som kan anfægtes i medfør af EØF-traktatens artikler 173 og 175.«

I præmis 20 i dommen i STS-sagen lod Domstolen udtrykkeligt det spørgsmål stå åbent, om et sådant erstatningssøgsmål i henhold til EØF-traktatens artikel 215, stk. 2, kunne tages under realitetspåkendelse.

Kommissionens argument om, at påstanden om erstatning i den foreliggende sag er en maskeret påstand om annullation, er efter min opfattelse rigtigt, for så vidt angår sagsøgernes tredje påstand.

På den anden side mener jeg, at sagsøgernes argument, hvorefter en afvisning af erstatningspåstanden fra realitetspåkendelse alene af den grund, at resultatet af den kunne svare til en annullationspåstand, ville være det samme som at se bort fra, at der her er tale om et selvstændigt retsmiddel, er korrekt med hensyn til den fjerde påstand. Det fremgår også af præmis 20 i STS-dommen og af andre af Domstolens domme vedrørende EØF-traktatens artikel 215, stk. 2, at et sådant erstatningssøgsmål kan have selvstændig karakter. Denne del af Kommissionens argumentation kan derfor ikke lægges til grund.

Kommissionens argument om, at sagen skal afvises i henhold til procesreglementets artikel 38, stk. 1 (utilstrækkelig angivelse af omfanget af den lidte skade), må efter min opfattelse også forkastes. I stævningen er tvistens genstand defineret klart nok med hensyn til erstatningskravet til, at betingelserne i nævnte bestemmelse er opfyldt. Karakteren af den skade, for hvilken sagsøgerne har nedlagt påstand om erstatning, er også beskrevet tilstrækkeligt klart i stævningen. I henhold til Domstolens faste praksis er det først på senere trin af sagen, at det nøjagtige omfang af den lidte skade skal fastlægges.

Efter min opfattelse bør påstand 4 derfor fremmes til realitetsbehandling. I den forbindelse må den forpligtelse, der i henhold til konventionens artikel 121, stk. 2, påhviler den ledende anvisningsberettigede, være af særlig betydning, idet denne skal »drage omsorg for, at betingelserne for deltagelse i udbud er lige, og påse, at der ikke sker forskelsbehandling, samt sikre, at det valgte tilbud er det økonomisk mest fordelagtige«. At der er tale om en selvstændig forpligtelse for den ledende anvisningsberettigede, understregede Domstolen i præmis 15 i STS-dommen, idet den fastslog, at den forpligtelse både gælder for den ledende anvisningsberettigede og for

Kommissionens delegerede. Forpligtelsernes karakter taget i betragtning er det for mig at se klart, at de også skal beskytte tilbudsgiverne.

4.2. *Realiteten*

a) *Sagsøgerne* har gjort gældende, at Kommissionens adfærd som helhed er retsstridig. Kommissionen har ikke overholdt udbudsbetingelserne og har tilsidesat principperne om ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling. Lige fra modtagelsen og åbningen af budene har den tilsidesat de principper om redelighed, billighed og upartiskhed, der gælder i kontraktsforhold. Den afviste det forslag om tildeling af kontrakten, som den delegerede havde godkendt, forhindrede, at den kontrakt, parterne var blevet enige om, blev underskrevet, og tvang EELPA til at indlede forhandlinger med R & T BV, og alligevel afviser den at give nogen former for oplysninger om sagens forløb. Den tiltog sig en kompetence, der er tillagt AVS-staten, idet den indledte forhandlinger direkte med R & T BV, gav nævnte selskab mulighed for at fremkomme med nyt materiale og at ændre sit tilbud og fik ingeniørfirmaet til at ændre sin rapport.

b) Heroverfor har Kommissionen med rette understreget, at den delegerede i henhold til artikel 123, stk. 2, litra c), for det første skal godkende den nationale anvisningsberettigedes forslag om tildeling af kontrakt inden for en måned, når følgende tre betingelser er opfyldt: det valgte tilbud er det laveste, det udgør det økonomisk mest fordelagtige tilbud og det overskrider ikke det beløb, der er afsat til den pågældende kontrakt.

Først og fremmest fremgår det af afsnit 2.14. i ovennævnte resumé af de faktiske omstændigheder og af bilag 3 til replikken, at der i den foreliggende sag ikke forelå noget forslag fra den nationale anvisningsberettigede, men at der kun var tale om et møde i licitationsudvalget, hvori man fremkom med en henstilling til bygherren; i mødet deltog både den nationale anvisningsberettigede og Kommissionens delegerede, som blandt andet underskrev møderefératet. Den omstændighed, at den delegerede underskriver et sådant referat af et møde i et udvalg, som skal rådgive bygherren, kan ikke betragtes som en godkendelse i henhold til artikel 123, stk. 2, litra c), da der åbenbart kun var tale om en henstilling til bygherren. Det er ikke oplyst, og er heller ikke blevet gjort gældende, at den delegerede på anden måde godkendte et forslag fra den nationale anvisningsberettigede om at tildele sagsøgerne kontrakten.

For det andet fremgår det af afsnit 2.12. i mit resumé af de faktiske omstændigheder, at budet fra det italienske konsortium ikke var det laveste. Selv om den nationale anvisningsberettigede senere fulgte licitationsudvalgets henstilling, står det fast, at den delegerede *ikke kunne* godkende et forslag på de vilkår. Sagsøgernes argument om, at den pågældende betingelse må fortolkes på den måde, at den betyder det laveste tilbud fra en teknisk og økonomisk kvalificeret virksomhed, er der ikke hjemmel for i artiklens ordlyd eller formål. Tværtimod mener jeg, at enhver afvigelse fra princippet om, at kontrakten skal tildeles den, der har afgivet det laveste tilbud, med en henvisning til, at den pågældende mangler de fornødne kvalifikationer, har så vidtrækkende betydning på baggrund af, at Fællesskabet har ansvaret for finansieringen, at den må betragtes som en ret, der alene er forbeholdt den ledende anvisningsberettigede. Han skal navnlig undersøge, om det »laveste tilbud« også er

det »økonomisk mest fordelagtige tilbud«, således som Kommissionen med rette har understreget med henvisning til konventionens artikel 130.

Ovennævnte argument, som sagsøgerne har fremført til støtte for, at Kommissionen handlede retsstridigt, må derfor efter min opfattelse forkastes.

En sådan afgørelse og den dermed forbundne henstilling til bygherren om i henhold til udbudsbetinglsernes afsnit IT-11 at indlede forhandlinger med sagsøgerne ændrer naturligvis ikke de ovenfor omtalte bestemmelser i konventionen vedrørende den ledende anvisningsberettigedes godkendelse af et forslag fra den nationale anvisningsberettigede på grundlag af en sådan henstilling.

c) De øvrige argumenter, som sagsøgerne har fremført til støtte for deres påstand om, at Kommissionen handlede retsstridigt, bygger på, at Kommissionen i henhold til udbudsbetingelserne, de almindelige bestemmelser for Den europæiske Udviklingsfond og, mere generelt, reglerne for tildelingen af internationale kontrakter ikke kunne give den, der havde afgivet det laveste bud, tilladelse til at supplere, ændre eller forbedre sit tilbud på et senere stadium, navnlig ikke ved at lade den koncern, virksomheden tilhørte, give yderligere garantier.

Som allerede nævnt ovenfor under afsnit 2.9. skulle tilbudsgiverne i henhold til udbudsbetinglserne godtgøre at have den fornødne tekniske erfaring, samt deres sagkundskab med henblik på udførelsen af arbejdet (klausul IT-1, 4 c)) og deres aktuelle økonomiske forhold (klausul IT-1, 4 d)); de pågældende oplysninger skulle gennemgås af et af bygherren nedsat licitationsudvalg, som blandt andet kunne omfatte Kommissionens delegerede og det rådgivende ingeniørfirma (klausul IT-1, 4, stk. 3). Som nævnt ovenfor under afsnit 2.14. var der i udvalget enighed om, at den virksomhed, der havde afgivet det laveste tilbud, ikke opfyldte tre af de fire angivne kriterier.

For så vidt angår de efterfølgende begivenheder står det for mig at se fast, at den ledende anvisningsberettigede ikke godkendte et sådant forslag til fordel for sagsøgerne. Efter min opfattelse er en sådan manglende godkendelse ikke i sig selv retsstridig, allerede fordi sagsøgerne ikke var de lavest bydende. Det fremgår ikke fuldt ud af sagen, på grundlag af hvilke kontakter den ledende anvisningsberettigede og den nationale anvisningsberettigede i sidste instans nåede frem til, at den lavest bydende faktisk havde de tekniske og økonomiske kvalifikationer, der krævedes i henhold til udbudsbetingelserne. Jeg mener imidlertid ikke, at dette spørgsmål har afgørende betydning. Ud fra de for Domstolen foreliggende oplysninger kan det fastslås, at bygherrens rådgivende ingeniørfirma — måske under pres fra den ledende anvisningsberettigede — i medfør af note 12 i de af den internationale sammenslutning af rådgivende ingeniører udarbejdede retningslinjer for bydende anmodede den lavest bydende om yderligere oplysninger med hensyn til dets bud. På grundlag blandt andet af bilag 1 og 2 til svarskriftet og en garantierklæring, som på Domstolens anmodning er blevet fremlagt under sagen, kan det også fastslås, at holdingselskabet for den koncern, som den lavest bydende tilhører, gav en garanti for den bydendes tekniske og økonomiske kvalifikationer. Endelig står det fast, at det

rådgivende ingeniørfirma for bygherren og efterfølgende bygherren selv samt den nationale anvisningsberettigede og den ledende anvisningsberettigede fandt, at den pågældende garanti var tilstrækkelig til, at den lavest bydende var kvalificeret til at udføre arbejdet. Afsnit 2.23 ovenfor indeholder et kort resumé af dette sidste stadium af sagen.

I retsmødet afviste sagsøgerne, at note 12 i retningslinjer for tilbudsgivere (sagsøgerne bestred ikke, at den kunne finde anvendelse i den foreliggende sag) kunne være hjemmel for den fulgte fremgangsmåde.

Den i denne forbindelse relevante del af note 12 er stk. 1, som har følgende ordlyd:

»Opmærksomheden henledes på, at bygherren eller det rådgivende ingeniørfirma på bygherrens vegne kan anmode en tilbudsgiver om at uddybe sit tilbud, men ingen tilbudsgiver kan ændre sin tilbudspris efter åbningen af budene. Yderligere oplysninger, som ikke medfører en ændring af tilbudsprisen, kan godkendes og ændres i kontrakten« [1].

I retsmødet gjorde sagsøgerne gældende, at den pågældende note ikke kan hjemle mulighed for at foretage ændringer i vilkårene i tilbudet. Navnlig kan den ikke hjemle mulighed for, at en person, der ikke er tilbudsgiver, giver en bindende garanti. Efter min opfattelse må en sådan fortolkning under alle omstændigheder afvises, såfremt tilbudsgiveren tilhører en koncern, og garantien gives af koncernens holdingselskab. Det er almindelig kendt, og fremgår af den retspraksis og de anerkendte juridiske forfatteres værker, som Kommissionen har omtalt på side 10 og 11 i svarskriftet, samt af bilag 1 og 2 til svarskriftet, at et holdingselskab især efter engelsk ret i det mindste *kan* afgive en garanti for, at dets datterselskaber overholder deres forpligtelser. Spørgsmålet om, hvorvidt det i nærværende sag ville være muligt at holde sig til holdingselskabet, enten efter gældende ret eller i medfør af en udtrykkelig garanti, må efter min opfattelse være omfattet af begrebet »yderligere oplysninger«. I retsmødet oplyste formanden for FIDIC's organisation, at det med hensyn til udbudsprocedurer ikke er normalt, at bygherren i udbudsbetingelserne kræver en sådan garanti fra moderselskabet for et 100% ejet datterselskab. I praksis fremsendes en sådan garanti derfor ikke automatisk samtidig med tilbudet. Under visse omstændigheder kræves den derfor normalt under forhandlingerne mellem bygherre og tilbudsgiver i henhold til den fremgangsmåde, der er fastsat i note 12 i FIDIC-reglerne. Garantien kan både vedrøre økonomiske og tekniske kvalifikationer. For så vidt mener jeg ikke, at den oplysning, som blev givet sent under sagen, kan tillægges afgørende betydning. Til gengæld mener jeg, at den kan ses som en bekræftelse på, hvad der skal udledes af ovennævnte del af note 12 i FIDIC-reglerne, set i sammenhæng med reglerne i international selskabsret. I den sagkyndige udtalelse, sagsøgerne har fremlagt i retsmødet som svar på den oplysning, kan jeg ikke finde nogen holdbare argumenter for det modsatte. Ud fra almindelige selskabsretlige principper er det efter min opfattelse navnlig ukorrekt, at moderselskabet for et 100% ejet datterselskab i afsnit 14 i udtalelsen behandles som en ny tilbudsgiver.

1 — Domstolens oversættelse O.a.

I andet led af stk. 1 i note 12 udtales det udtrykkeligt, at »yderligere oplysninger« kan føre til tilføjelser eller ændringer i kontrakten i forhold til vilkårene for tilbudet, så længe tilbudsprisen ikke ændres. I den foreliggende sag er det ikke bestridt, at den givne garanti ikke samtidig førte til ændringer i tilbudsprisen.

På grundlag af ovennævnte betragtninger må jeg konkludere, at Kommissionen ikke handlede retsstridigt, når den inden for rammerne af de beføjelser og forpligtelser, der i henhold til konventionens artikel 121, stk. 2, er tillagt den ledende anvisningsberettigede, i henhold til note 12 i FIDIC-reglerne anmodede om yderligere oplysninger vedrørende tilbudet fra den lavest bydende. Efter min opfattelse har den ledende anvisningsberettigede heller ikke handlet retsstridigt, når han den 10. juni 1983 på grundlag af de nævnte yderligere oplysninger godkender det forslag om at tildele kontrakten til den lavest bydende, som den nationale anvisningsberettigede var fremkommet med i begyndelsen af den pågældende måned.

Kommissionen må derfor frifindes for sagsøgernes påstand 4.

d) Herefter skal jeg kort berøre sagsøgernes påstand i henhold til procesreglementets artikel 91 om, at Kommissionen kendes pligtig at fremlægge en række ikke nærmere angivne dokumenter. Således som Domstolen fortolkede konventionens artikel 121, stk. 2, i STS-dommen (præmis 15), indeholder den en selvstændig forpligtelse for den ledende anvisningsberettigede til at drage omsorg for, at betingelserne for deltagelse i udbud er lige, påse, at der ikke sker forskelsbehandling, samt sikre, at det valgte tilbud er det økonomisk mest fordelagtige. Som allerede nævnt mener jeg, at de pågældende forpligtelser delvis skal beskytte tilbudsgivernes interesser.

I betragtning af den forpligtelse mener jeg, at uanset om en part nedlægger en sådan påstand, kan Domstolen i medfør af artikel 21 i statutten for Domstolen forlange, at Kommissionen i det mindste fremlægger sådanne interne dokumenter og skrivelser, der er stilet til den nationale anvisningsberettigede og tredjemand, som Domstolen måtte anse for nødvendige for at kunne tage stilling til, om den ledende anvisningsberettigede eller Kommissionen har handlet i strid med den nævnte forpligtelse. Henset til, hvorledes Domstolen har fortolket den, kan den berørte AVS-stat ikke modsætte sig, at der fremlægges dokumenter, hvoraf det fremgår, på hvilken måde den ledende anvisningsberettigede har opfyldt sine forpligtelser. Efter min opfattelse er det også af betydning, at Domstolen i dommen udtrykkeligt fastslog, at der består en sådan mulighed, eller at den i det mindste udtrykkeligt lader spørgsmålet stå åbent. Forudsat at de spørgsmål, om hvilke der kræves yderligere oplysninger, er tilstrækkeligt klare, mener jeg desuden, at det ofte vil være umuligt og derfor unødvendigt for sagsøgerne at angive flere detaljer i de pågældende dokumenter end der blev givet i nærværende sag. På grundlag af min gennemgang af de foreliggende oplysninger mener jeg imidlertid, at det i denne sag ikke er nødvendigt at kræve fremlagt yderligere oplysninger for at kunne foretage en vurdering af realiteten med hensyn til sagsøgernes påstande, idet dette vil være en krænkelse af det kontradiktoriske princip. Jeg skal derfor foreslå, at Kommissionen frifindes for den påstand, sagsøgerne i medfør af procesreglementets artikel 91, stk. 1, har nedlagt den 23. december 1983, og hvorefter Kommissionen kendes pligtig at fremlægge sådanne yderligere dokumenter.

5. Konklusion

Sammenfattende skal jeg derfor foreslå, at Domstolen afsiger følgende dom:

5.1. Sagsøgernes påstande 1, 2 og 3 afvises.

5.2. Sagsøgte frifindes for sagsøgernes påstand 4.

5.3. Sagsøgte frifindes for den af sagsøgerne den 23. december 1983 nedlagte påstand, som ved kendelse af 29. februar 1984 blev henskudt til den endelige dom, og hvorefter Kommissionen kendtes pligtig at fremlægge bestemte dokumenter.

5.4. Sagsøgerne betaler sagens omkostninger.