in het kader van de uitvoering van door het Europees Ontwikkelingsfonds gefinancierde projecten.

2. Gelet op de verantwoordelijkheden die de Commissie bij de artikelen 121 en 123 van de Tweede ACS-EEG-overeenkomst in het belang van de Gemeenschap zijn opgedragen ter verzekering van een economisch beheer van de gelden van het Europees Ontwikkelingsfonds, is de Commissie alvorens de gunning van een met gelden van dit fonds gefinancierde opdracht goed te keuren, verplicht na te gaan of de uitgekozen offerte de laagste en de economisch voordeligste is en of zij de voor de opdracht uitgetrokken kredieten niet te boven gaat.

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. VERLOREN VAN THEMAAT van 14 mei 1985

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Inleiding

Verzoeksters, hierna te noemen het Italiaans consortium, verzoeken Uw Hof in de onderhavige zaak:

1.1. vernietiging ex artikel 173 van het EEG-Verdrag van een besluit van de Commissie, waardoor zij verhinderd werden onderhandelingen met de Ethiopian Electric Light and Power Authority (EELPA) voort te zetten met betrekking tot de gunning van een aanbestedingscontract onder de Tweede Lomé-overeenkomst, in het bijzonder de artikelen 120-132 daarvan;

subsidiair

1.2. vaststelling ex artikel 175 van het EEG-Verdrag van het nalaten te handelen, indien zou blijken, dat de Commissie ter zake geen besluit heeft genomen;

meer subsidiair

1.3. veroordeling van de Commissie tot vergoeding ex artikelen 178 en 215 van het EEG-Verdrag van de schade en kosten, veroorzaakt door genoemd besluit of onrechtmatig gedrag.

Voor goed begrip van de aldus in het begin van het verzoekschrift weergegeven, maar in de conclusies daarvan in vijf punten nader uitgewerkte vorderingen, zal ik in het tweede deel van deze conclusie eerst het overzicht van de feiten en de relevante voorschriften overnemen uit het rapport ter terechtzitting.

Daarna zal ik in het derde deel van mijn conclusie de eerste twee vorderingen van verzoeksters onderzoeken.

In het vierde deel van mijn conclusie zal ik de schadevergoedingsvordering en in samenhang daarmede het incidentele verzoek van het Italiaans consortium om overlegging van documenten onderzoeken, waarna ik in het vijfde deel de conclusies uit mijn analyses zal trekken.

2. De feiten en de relevante voorschriften

2.1. De voorlopige militaire regering van Socialistisch Ethiopië heeft door tussenkomst van de Ethiopian Electric Light and Power Authority (EELPA) als „werkgever", een aanbesteding (nr. 1824) uitgeschreven betreffende de afleiding van het water van de rivier Amarti (PB 1982, S 132, blz. 3 en S 193, blz. 3).

2.2. De werkgever heeft het 5e Europees Ontwikkelingsfonds, ingesteld bij het Intern akkoord van 1979 betreffende de financiering en het beheer van de steun van de Gemeenschap (PB 1980, L 347, blz. 210), verzocht om dit project te financieren in het kader van de Tweede ACS-EEG overeenkomst, ondertekend te Lomé op 31 oktober 1979 en goedgekeurd bij verordening nr. 3225/80 van de Raad van 25 november 1980 (PB 1980, L 347, blz. 1). Het bericht van aanbesteding vermeldde dat bij afwijzing van dit verzoek geen contracten zouden worden gegund.

2.3. De respectieve verantwoordelijkheden van de ACS-staten en de Gemeenschap ten aanzien van het beheer van het financiële en technische samenwerkingsprogramma zijn vastgelegd in de Overeenkomst van Lomé.

2.4. Ingevolge de artikelen 108, lid 2, juncto 120, zijn de ACS-staten verantwoordelijk voor het uitvoeren van de projecten en actieprogramma's die zij te zamen met de Gemeenschap hebben vastgesteld en door de laatste worden gefinancierd. Uit dien hoofde zijn zij verantwoordelijk voor het voorbereiden van, onderhandelen over en afsluiten van de voor deze operaties vereiste contracten. Overeenkomstig artikel 122 wijst de regering van elke ACS-staat een nationale ordonnateur aan die in nauwe samenwerking met de hoofdordonnateur erop toeziet, dat bij de aanbesteding voor alle deelnemers gelijke voorwaarden gelden, dat discriminatie wordt vermeden en dat gunning plaats heeft aan de indiener van de economisch voordeligste offerte; hij stelt het aanbestedingsdossier op en neemt het initiatief tot aanbestedingen na goedkeuring van de gemachtigde van de Commissie; hij ontvangt de inschrijvingen, zit voor bij de opening hiervan, stelt het resultaat van die opening vast, brengt dit te zamen met een gunningsvoorstel ter kennis van de gemachtigde en ondertekent de contracten.

2.5. Artikel 108, lid 5, belast de Gemeenschap met de verantwoordelijkheid voor het voorbereiden en nemen van financieringsbesluiten. Volgens artikel 121 wijst de Commissie de hoofdordonnateur aan, die zorg draagt voor de uitvoering van de financieringsbesluiten en verantwoordelijk is voor het beheer van de kredieten van het Fonds; hij gaat betalingsverplichtingen aan, verricht betaalbaarstellingen, verstrekt betalingsopdrachten en ziet in nauwe samenwerking met de nationale ordonnateur erop toe, dat voor alle deelnemers aan aanbestedingen gelijke voorwaarden gelden, dat discriminatie wordt vermeden en dat gunning plaatsheeft aan de indiener van de economisch voordeligste offerte; hij moet zijn goedkeuring verlenen aan het te publiceren aanbestedingsdossier, wordt in kennis gesteld van het resultaat van de opening der inschrijvingen en moet zijn goedkeuring geven aan het gunningsvoorstel. Ingevolge artikel 123 stelt de Commissie in iedere ACS-staat een gemachtigde als haar vertegenwoordiger aan. Hij kan in bepaalde gevallen goedkeuring verlenen aan aanbestedingsdossiers en hij woont de opening van de inschrijvingen bij; volgens lid 2, sub c, verleent hij zijn goedkeuring aan gunningsvoorstellen wanneer aan de volgende drie voorwaarden is voldaan: de gunning heeft betrekking op de laagste inschrijving, zij heeft betrekking op de economisch voordeligste offerte en zij gaat het voor de opdracht uitgetrokken krediet niet te boven.

2.6. Artikel 130 bepaalt dat de criteria voor de keuze van de economisch voordeligste offerte steeds zijn gebaseerd op de kwalificaties welke de inschrijvers bezitten en de garanties die zij kunnen bieden, de aard en de uitvoeringsvoorwaarden van de werken of leveranties, de prijs, de gebruikskosten en de technische waarde van deze werken en leveranties.

2.7. In afwachting van de in artikel 131 bedoelde vaststelling van de algemene voorwaarden welke gelden voor de gunning en uitvoering van contracten voor de uitvoering van werken en voor leveranties, verwijst een als bijlage XII bij de Overeenkomst gevoegde gemeenschappelijke verklaring voor wat de ACS-staten betreft die, zoals Ethiopië, geen partij waren bij de Overeenkomst van Jaounde, naar de nationale wetgeving van de betrokken staten of hun geldende praktijken met betrekking tot internationale contracten.

2.8. Bijlage XIII bij de overeenkomst, getiteld „Gemeenschappelijke verklaring ad artikel 132 van de Overeenkomst" bepaalt dat in afwachting van de door de Raad van Ministers krachtens dit artikel vast te stellen arbitrageprocedure, geschillen ter zake van de gunning of uitvoering van een contract definitief worden geregeld conform het verzoenings- en arbitragereglement van de Internationale Kamer van Koophandel.

2.9. Volgens de aanbestedingsvoorwaarden moest de inschrijver aantonen, te beschikken over de nodige technische ervaring en bekwaamheid voor het uitvoeren van het werk (artikel IT-1, 4 c), en inzicht geven in zijn financiële positie van het moment (artikel IT-1, 4 d); deze factoren zouden worden onderzocht door een door de opdrachtgever ingesteld aanbestedingscomité, waarin de gemachtigde van de Commissie en de raadgevend ingenieur zitting konden hebben (artikel IT-1, 4, derde alinea).

2.10. Verder was bepaald dat de opdrachtgever zich niet verplichtte het contract aan de laagste inschrijver te gunnen, maar alle in de offerte en in de bijlagen verstrekte gegevens zorgvuldig in zijn oordeel zou betrekken. De gekozen inschrijver zou op de hoogte worden gesteld van de aanvaarding van zijn inschrijving en worden uitgenodigd een vertegenwoordiger naar Addis Abeba te sturen met volmacht om het contract te tekenen (artikel IT-11).

2.11. Op 5 november 1982, de uiterste inschrijvingsdatum, had de EELPA drie inschrijvingen ontvangen van respectievelijk drie Italiaanse ondernemingen, die een consortium hadden gevormd (hierna: het Italiaanse consortium), de vennootschap naar Nederlands recht Rush & Tompkins BV (hierna: R & T BV), een dochteronderneming van de vennootschap naar Engels recht Rush & Tompkins Group PLC (hierna: R & T PLC) en de vennootschap naar Engels recht Boskalis Westminster-Baresel. De EELPA aanvaardde de door R & T BV bij telexbericht ingediende offerte als regelmatige inschrijving op grond dat de doorzending van de inschrijvingsdocumenten door overmacht was vertraagd. Dit besluit is door de gemachtigde van de Commissie noch de hoofdordonnateur betwist, niettegenstaande de formele bezwaren van het Italiaanse consortium, ontleend aan artikel IT-5 van de aanbestedingsvoorwaarden, volgens hetwelk per telex of telegram ingediende inschrijvingen niet in aanmerking worden genomen.

2.12. Bij de opening van de inschrijvingen op 8 november 1982 werden de volgende offertes (in miljoenen Ecu) vastgesteld:

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

2.13. De raadgevend ingenieurs, de Deense firma Kampsax, belast met de beoordeling van de offertes, adviseerden in hun rapport om in onderhandeling te treden met het Italiaanse consortium.

2.14. In zijn vergadering van 24 februari 1983 heeft het aanbestedingscomité blijkens de notulen — ondertekend door de gemachtigde en een andere vertegenwoordiger van

de Commissie — de technische bekwaamheid, de financiële positie, het voorgestelde werkschema en het financiële voorstel van elke inschrijver besproken op basis van het rapport van de ingenieur en een eerder ontwerp daarvan. Het comité wees in de notulen op de lichte wijziging welke de ingenieur in zijn conclusies in zijn rapport ten gunste van R & T BV had aangebracht op grond van aanvullende stukken die na de inschrijvingsdocumenten waren overgelegd. Het comité stelde unaniem vast dat R & T BV niet voldeed aan drie van de vier gestelde voorwaarden, en adviseerde om het Italiaanse consortium voor besprekingen uit te nodigen.

2.15. Het Directoraat-generaal ontwikkeling stelde een beoordeling op op basis van de aanbestedingsdocumenten, het eindrapport van Kampsax en de aanbeveling van het aanbestedingscomité van 24 februari 1983, welke stukken de gemachtigde had doorgezonden naar de hoofdordonnateur, en kwam tot de conclusie dat de laagste inschrijving, die van R & T BV, uit technisch en financieel oogpunt aanvaardbaar en economisch gezien de voordeligste was.

2.16. Op 3 maart 1983 zond de EELPA het Italiaanse consortium een telexbericht waarbij het werd uitgenodigd om een gevolmachtigde te sturen ten einde op 14 maart 1983 besprekingen te beginnen en mogelijkerwijs het contract te tekenen.

2.17. Te Addis Abeba aangekomen, werd de vertegenwoordigers van het Italiaanse consortium op 15 maart 1983 medegedeeld, dat de besprekingen geen doorgang konden vinden omdat de Commissie had bevolen, onderhandelingen te openen het R & T BV.

2.18. Op 25 april 1983 zond de EELPA het Italiaanse consortium een telexbericht waarin zij verklaarde, dat zij om redenen die aan haar waarneming en invloedssfeer waren onttrokken, niet in staat was om de geplande besprekingen te beginnen; zij was gedwongen besprekingen te beginnen met R & T BV, strikt overeenkomstig een door de Commissie alleen genomen besluit, in weerwil van haar ernstige bezwaren en verzet in verband met de financiële en technische ongeschiktheid van deze inschrijver. Er werd in verwezen naar een telexbericht van Kampsax aan de EELPA, waarin de raadgevend ingenieurs herinnerden aan hun standpunt dat de laagste inschrijver, R & T BV niet voldeed aan de voorwaarden van geschiktheid en dat de R & T PLC-groep weliswaar geschikt werd geacht maar niet had ingeschreven.

2.19. Op 14 januari 1983 reeds had de R & T PLC-groep Kampsax per telex medegedeeld dat de groep zich, voor zover nodig, onvoorwaardelijk garant stelde voor de voltooiing van het werk door haar dochtermaatschappij. Nadien zond R & T PLC aan EELPA een formele borgstelling, gedateerd 22 april 1983, die later werd vervangen door een soortgelijke borgstelling, gedateerd 21 juni 1983.

2.20. Bij telexbericht van 19 april 1983 nodigde de EELPA R & T BV uit voor besprekingen over het contract naar Addis Abeba te komen en aanvullende schriftelijke gegevens over haar technische bekwaamheid en financiële positie over te leggen.

2.21. In een op verzoek van de EELPA opgesteld aanvullend beoordelingsrapport gebaseerd op de op 5 mei door R & T BV overgelegde stukken, handhaafden de raadgevend ingenieurs hun conclusie dat deze inschrijver, ofschoon gesteund door de R & T PLC-groep, technisch noch financieel geschikt was om het project uit te voeren. De EELPA nam deze conclusie over en besloot dat de geplande besprekingen geen doorgang konden vinden.

2.22. Na een hernieuwd onderzoek van de stukken en overleg met de Ethiopische autoriteiten en de raadgevend ingenieurs was de Commissie nochtans van oordeel, dat het contract aan R & T BV moest worden gegund.

2.23. In een memorandum van 6 juni 1983 stelden de raadgevend ingenieurs, Kampsax, voor om het contract te gunnen aan R & T BV, ondersteund door de groep R & T PLC. De EELPA nam dit voorstel over; de hoofdordonnateur gaf zijn goedkeuring aan het voorstel op 10 juni 1983. Op 6 juli 1983 werd het contract tussen de EELPA en R & T BV gesloten en geviseerd door de nationale ordonnateur en de gemachtigde van de Commissie, namens de hoofdordonnateur.

2.24. Het voorstel tot financiering van het project werd op 22 februari 1983 door het Comité van het Europees Ontwikkelingsfonds goedgekeurd; het definitieve financieringsbesluit werd door de Commissie genomen op 7 maart 1983.

2.25. Toen de pogingen van het Italiaanse consortium om de Commissie ertoe te bewegen de zaak in heroverweging te nemen en haar standpunt te herzien, niets opleverden evenmin als gesprekken op 12 april en 13 juni 1983 met ambtenaren van het bevoegde directoraat-generaal, verklaarde het consortium op 16 juni 1983 voornemens te zijn een gerechtelijke procedure te beginnen.

3. De eerste twee vorderingen

De eerste twee geciteerde vorderingen van verzoeksters (conclusies 1 en 2) zullen naar mijn oordeel niet ontvankelijk moeten worden verklaard op grond van de in Uw arrest van 10 juli 1984 in de zaak 126/83 (STS Consorzio tegen Commissie, Jurispr. 1984, blz. 2769) vervatte rechtsoverwegingen.

Daaraan kunnen niet afdoen de verschillen, die verzoeksters ter zitting naar voren hebben gebracht tussen de feiten in de onderhavige zaak en die, welke aan het genoemde arrest ten grondslag lagen.

In de eerste plaats hebben verzoeksters ter zitting als verschil naar voren gebracht het feit, dat de EELPA als werkgever in zijn aanbestedingsvoorwaarden als voorwaarde voor de geldigheid van een af te sluiten contract de goedkeuring van de financiering daarvan door het Europees Ontwikkelingsfonds heeft gestipuleerd. Daar deze voorwaarde door de werkgever werd vastgesteld, is alleen deze werkgever daarvoor aansprakelijk. Een dergelijke door de werkgever gestelde voorwaarde kan geen wijziging brengen in de bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de ACS-staten als in Uw genoemde arrest omschreven, noch als zodanig enige aansprakelijkheid van de Gemeenschap doen ontstaan.

In de tweede plaats wijzen verzoeksters er terecht op, dat in de STS-zaak uitsluitend toepassing van artikel 123, lid 3, sub b), van de Tweede Lomé-Overeenkomst aan de orde was gesteld, terwijl zij zich in casu beroepen op artikel 123, tweede lid, sub c), van de Overeenkomst. Deze op zich zelf juiste vaststelling kan verzoeksters echter niet baten, daar de rechtsoverwegingen in Uw STS-arrest duidelijk op artikel 123 in zijn geheel betrekking hebben. Ik verwijs daarvoor met name naar rechtsoverwegingen 15 en 16 van het arrest. Dat een dergelijke ruime strekking bedoeld is blijkt ook uit vergelijking van het arrest met mijn daaraan voorafgaande conclusie.

Daar ik het in het licht van Uw arrest in de STS-zaak evident acht, dat de twee eerste vorderingen van verzoeksters niet ontvankelijk zijn, acht ik het niet noodzakelijk, ook nog op haar middelen ten gronde ter zake van deze vorderingen in te gaan.

4. De derde vordering

4.1. *De ontvankelijkheid*

De Commissie betwist ook de ontvankelijkheid van het beroep tot schadevergoeding, dat nader gespecificeerd werd in conclusies 3) en 4) van het verzoekschrift. Daar de in conclusie 3) gevorderde schadevergoeding staat en valt met de ontvankelijkheid van de eerste twee vorderingen, moet deze vordering naar mijn oordeel inderdaad niet ontvankelijk worden verklaard. In deze conclusie wordt immers vergoeding van de schade gevorderd, veroorzaakt door de handelingen of het nalaten van handelingen, waarvan in de eerste twee vorderingen vaststelling van de onrechtmatigheid is gevorderd.

De vierde conclusie staat daarentegen los van de eerste twee vorderingen en luidt als volgt:

„4) As a further subordinate hypothesis, to award the Applicants monetary compensation and full indemnification for the damage caused to the Applicants by the Commission's illegal conduct, should it be found by this Honourable Court that there exists no act, acts, measures, failure or failures by the Commission, subject to review under Articles 173 and 175."

In rechtsoverweging 20 van Uw arrest in de STS-zaak heeft U de vraag naar de ontvankelijkheid van een dergelijke, op artikel 215, tweede alinea, van het EEG-Verdrag gebaseerde schadevergoedingsactie uitdrukkelijk opengelaten.

Het betoog van de Commissie, dat het beroep tot schadevergoeding in casu een verkapt beroep tot nietigverklaring zou zijn, acht ik als uiteengezet ten aanzien van de derde conclusie van verzoeksters gerechtvaardigd.

Het betoog van verzoeksters, dat niet-ontvankelijkverklaring van het beroep tot schadevergoeding op de enkele grond dat het tot een met een beroep tot nietigverklaring vergelijkbaar resultaat zou kunnen leiden, het zelfstandige karakter van deze rechtsgang zou miskennen, acht ik daarentegen juist met betrekking tot de vierde conclusie van verzoeksters. Dit mogelijk zelfstandige karakter van een schadevergoedingsactie wordt ook door rechtsoverweging 20 van Uw STS-arrest bevestigd en volgt trouwens ook uit Uw verdere rechtspraak met betrekking tot artikel 215, tweede alinea, van het EEG-Verdrag. Dit deel van het betoog van de Commissie moet derhalve worden verworpen.

Het door de Commissie aan artikel 38, paragraaf 1, van het Reglement voor de procesvoering ontleende argument voor niet-ontvankelijkheid (onvoldoende precisering van de omvang van de geleden schade) moet naar mijn oordeel eveneens worden verworpen. Het onderwerp van het geschil is in het verzoekschrift ook ten aanzien van de hier aan de orde zijnde vordering tot schadevergoeding voldoende omschreven om aan het in genoemd voorschrift gestelde te voldoen. De aard van de schade, waarvan vergoeding wordt gevorderd, is in het verzoekschrift eveneens voldoende omschreven. De juiste omvang van de geleden schade behoeft ingevolge Uw vaste rechtspraak eerst in een later stadium van de procedure te worden vastgesteld.

Conclusie 4) van het verzoekschrift dient derhalve naar mijn oordeel ontvankelijk te worden geacht. Met name acht ik in dit verband de in artikel 121, lid 2, van de Overeenkomst neergelegde verplichting van de hoofdordonnateur van belang „er op toe te zien dat voor alle deelnemers aan aanbestedingen gelijke voorwaarden gelden, dat discriminatie wordt vermeden en dat gunning plaats heeft aan de indiener van de economisch voordeligste offerte". Dat het hier ook om een zelfstandige verplichting van de hoofdordonnateur gaat, wordt onderstreept in rechtsoverweging 15 van Uw STS-arrest, waarin er op wordt gewezen, dat deze verplichting zowel voor de hoofdordonnateur als voor de gemachtigde geldt. Gegeven de inhoud van de verplichtingen acht ik het

voorts duidelijk, dat deze mede strekken ter bescherming van de inschrijvers.

4.2. *Beoordeling ten gronde*

a) *Verzoeksters* zijn van mening dat het gedrag van de Commissie, in zijn geheel beschouwd, onwettig is. De Commissie heeft zich niet gehouden aan de aanbestedingsvoorwaarden en de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie geschonden. Vanaf de ontvangst en de opening van de inschrijvingen heeft zij de in contractuele verhoudingen geldende beginselen van goede trouw, billijkheid en onpartijdigheid miskend. Zo heeft zij het door de gemachtigde goedgekeurde gunningsvoorstel van de hand gewezen, de ondertekening van de door de enkele wilsovereenstemming tussen partijen totstandgekomen overeenkomst belet en de EELPA gedwongen onderhandelingen te beginnen met R & T BV, terwijl zij geen enkele informatie over de procedure wenst te verstrekken. Zij heeft zich de aan de ACS-staat toekomende bevoegdheden toegeëigend door rechtstreeks met R & T BV in onderhandeling te treden en deze vennootschap in de gelegenheid te stellen nieuwe stukken over te leggen en haar offerte te wijzigen, en de ingenieurs ertoe over te halen hun rapport te wijzigen.

b) Ten aanzien van dit betoog heeft de Commissie er om te beginnen terecht aan herinnerd, dat ingevolge artikel 123, lid 2, sub c), de gemachtigde binnen een maand zijn goedkeuring aan gunningsvoorstellen van de nationale ordonnateur verleent, wanneer aan drie voorwaarden is voldaan: de gunning heeft betrekking op de laagste inschrijving, zij heeft betrekking op de economisch voordeligste offerte en zij gaat niet het voor de opdracht uitgetrokken krediet te boven.

Uit punt 2.14 van het hiervoor gegeven overzicht van de feiten en uit bijlage 3 van de repliek blijkt allereerst, dat in casu geen sprake was van een voorstel van de nationale ordonnateur, maar van een vergadering van het aanbestedingscomité, waarbij de nationale ordonnateur en de gemachtigde aanwezig waren, waarin een aanbeveling werd gedaan aan de werkgever en waarvan de notulen onder meer door de gemachtigde van de Commissie zijn ondertekend. Aan de ondertekening van notulen van een dergelijke vergadering met adviserende bevoegdheid ten behoeve van de werkgever door de gemachtigde kan reeds daarom niet de betekenis van goedkeuring als bedoeld in artikel 123, lid 2, sub c), worden toegekend, nu vaststaat, dat het hier slechts ging om een advies aan de werkgever. Niet gebleken of zelfs maar gesteld is, dat de gemachtigde op een andere wijze dan hier bedoeld zijn goedkeuring aan een voorstel van de nationale ordonnateur tot gunning aan verzoeksters zou hebben gegeven.

In de tweede plaats staat blijkens punt 2.12 van mijn overzicht van de feiten vast, dat de inschrijving van het Italiaans consortium niet de laagste inschrijving was. Ook al heeft de nationale ordonnateur het advies van het aanbestedingscomité later overgenomen, dan staat dus vast, dat de gemachtigde een dienovereenkomstig gedaan voorstel ook niet *kon* goedkeuren. Het betoog van verzoeksters, dat de betrokken eis zou moeten worden uitgelegd als de laagste inschrijving van een technisch en financieel gekwalificeerde onderneming vindt geen steun in de tekst of de strekking van genoemd artikel. Afwijking van het beginsel van gunning aan de laagste inschrijver op grond van diens gestelde kwalificatiegebreken lijkt mij in het kader van de financiële verantwoordelijkheid van de Gemeenschap integendeel van zo ingrijpende betekenis, dat zij tot de aan de hoofdordonnateur voorbehouden goedkeuringsbevoegdheden dient te worden gerekend. Met name zal deze dan moeten onderzoeken, of de „laagste inschrijving"

ook de „economisch voordeligste offerte" is, zoals de Commissie terecht heeft gesteld, onder verwijzing naar artikel 130 van de Overeenkomst.

Dit argument van verzoekster voor onrechtmatigheid van de handelwijze van de Commissie moet dus naar mijn oordeel worden verworpen.

c) De voor onrechtmatigheid van de handelwijze van de Commissie aangevoerde argumenten van verzoeksters zijn voor het overige gebaseerd op de stelling, dat de Commissie op grond van de aanbestedingsvoorwaarden, de algemene voorwaarden van het EOF en, meer in het algemeen, de bepalingen voor de aanbesteding van internationale contracten, niet het recht had, de laagste inschrijver in de gelegenheid te stellen zijn offerte achteraf aan te vullen, te wijzigen of te verbeteren, met name door aanvullende garanties van de groep waartoe de laagste inschrijver behoorde.

Zoals in punt 2.9 van deze conclusie reeds is vermeld, moest iedere inschrijver volgens de aanbestedingsvoorwaarden aantonen, te beschikken over de nodige technische ervaring en bekwaamheid voor het uitvoeren van het werk (artikel IT-1, 4 c) en inzicht geven in zijn financiële positie van het moment (artikel IT-1, 4 d); deze factoren zouden worden onderzocht door een door de opdrachtgever ingesteld aanbestedingscomité, waarin de gemachtigde van de Commissie en de raadgevend ingenieurs zitting konden hebben (artikel IT-1, 4, derde alinea). Zoals in punt 2.14 van deze conclusie reeds vermeld, stelde dit comité unaniem vast, dat de laagste inschrijver aan drie van de vier gestelde voorwaarden niet voldeed.

Een dergelijke vaststelling en de daaraan in casu op grond van punt IT-11 van de aanbestedingsvoorwaarden verbonden aanbeveling aan de werkgever om met verzoeksters onderhandelingen aan te gaan, laat echter uiteraard onverlet de eerder vermelde voorschriften van de Overeenkomst met betrekking tot de goedkeuring van een daarop gebaseerd voorstel van de nationale ordonnateur aan de hoofdordonnateur.

Wat de verdere gang van zaken betreft staat naar mijn oordeel vast, dat de hoofdordonnateur geen zodanig voorstel ten gunste van verzoeksters heeft goedgekeurd. Dit niet overgaan tot goedkeuring kan als zodanig reeds daarom naar mijn oordeel niet onrechtmatig worden geacht, omdat verzoeksters niet de laagste inschrijvers waren. De vraag, via welke contacten de hoofdordonnateur en de nationale ordonnateur uiteindelijk tot de conclusie zijn gekomen, dat de laagste inschrijver wel degelijk aan de aanbestedingsvoorwaarden ten aanzien van technische en financiële kwalificaties voldeed, valt niet volledig uit het dossier af te leiden. Deze vraag lijkt mij echter niet van beslissend belang. Op grond van de gegevens in het dossier staat vast, dat de raadgevend ingenieur van de werkgever, al dan niet onder meer of minder sterke druk van de hoofdordonnateur, aan de laagste inschrijver op grond van noot 12 van de „Instructions to tenderers" van de „International Federation of Consulting Engineers" nadere toelichtingen op zijn inschrijving heeft gevraagd. Voorts staat vast, onder meer op grond van bijlagen 1 en 2 van het verweerschrift en een tijdens de procedure op verzoek van het Hof overgelegde garantieverklaring, dat de holding company van de groep waartoe de laagste inschrijver behoort, zich op grond van de door de raadgevend ingenieurs gevraagde nadere toelichtingen garant heeft gesteld voor de technische en financiële kwalificaties van in-

schrijver. Ten slotte staat vast, dat deze garantie zowel door de raadgevend ingenieurs van de werkgever en vervolgens de werkgever zelf, als door de nationale ordonnateur en de hoofdordonnateur voldoende werd geacht om de laagste inschrijver gekwalificeerd te achten voor de uitvoering van het werk. Een korte samenvatting van het laatste stadium van deze gang van zaken is in punt 2.23 van deze conclusie opgenomen.

Ter zitting hebben verzoeksters met name bestreden, dat noot 12 van de genoemde „Instructions to tenderers" (waarvan zij de toepasselijkheid in casu als zodanig niet bestreden) een grondslag zou kunnen vormen voor de aldus samengevatte procedure die in casu werd gevolgd.

De beslissende eerste alinea van genoemde noot 12 luidt als volgt:

„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."

Verzoeksters betoogden ter zitting, dat deze tekst geen basis kan vormen voor wijzigingen in de clausules van de offerte. In het bijzonder zou de tekst geen toevoeging mogelijk maken van een bindende garantie door een niet-inschrijver. Deze uitlegging dient naar mijn oordeel in ieder geval verworpen te worden, wanneer de inschrijver behoort tot een concern en wanneer de garantie afkomstig is van de holding company van dit concern. Het is algemeen bekend en geldt blijkens de door de Commissie op de blz. 10 en 11 van haar verweerschrift geciteerde gezaghebbende literatuur en rechtspraak en blijkens bijlagen 1 en 2 van haar verweerschrift in het bijzonder ook voor een holding company onder Engels recht, dat deze zich tenminste garant *kan* stellen voor de naleving van verplichtingen van haar dochterondernemingen. Het nagaan van de vraag, of in casu hetzij van rechtswege, hetzij krachtens een uitdrukkelijke garantiestelling een dergelijke mogelijkheid van terugvallen op de holding company mogelijk was valt naar mijn oordeel stellig onder het begrip „clarification". Blijkens een verklaring van de voorzitter van de FIDIC-organisatie voor aanbestedingsprocedures ter zitting is het geen normale praktijk, dat de werkgever reeds in de aanbestedingsvoorwaarden een mogelijke garantie van de moedermaatschappij van een 100% dochteronderneming vraagt. Een dergelijke garantie wordt derhalve in de praktijk ook niet automatisch bij de inschrijving overgelegd. Normaal wordt deze onder omstandigheden wel tijdens de onderhandelingen tussen werkgever en inschrijver alsnog gevraagd in het kader van de in noot 12 van de FIDIC-regels bedoelde procedure. De garantie kan zowel op de financiële als op de technische kwalificaties betrekking hebben. Aan deze in een laat stadium van de procedure afgelegde verklaring zou ik op zich zelf geen beslissende betekenis willen toekennen. Wel zie ik daarin een bevestiging van hetgeen uit het geciteerde tekstgedeelte van noot 12 van de FIDIC-regels zelf in verbinding met internationaal concernrecht moet worden afgeleid. In de door verzoeksters ter zitting overgelegde tegenexpertise heb ik ten aanzien van dit specifieke punt ook geen steekhoudende tegenargumenten kunnen vinden. Op grond van algemene beginselen van concernrecht als hier aan de orde acht ik het met name onjuist, dat in paragraaf 14 van deze tegenexpertise de moedermaatschappij van de 100% dochteronderneming als een nieuwe inschrijver wordt beschouwd.

Uit de tweede zin van de eerste alinea van noot 12 volgt ook met zoveel woorden, dat „clarifications" wel degelijk tot aanvullingen of wijzigingen van het contract in vergelijking tot de clausules van de offerte kunnen leiden, mits zij geen betrekking hebben op de inschrijvingsprijs. De verstrekte garantie is echter in casu onbestreden niet gepaard gegaan met een dergelijke wijziging van de inschrijvingsprijs.

Op grond van deze bevindingen concludeer ik, dat de Commissie niet onrechtmatig heeft gehandeld door in het kader van de in artikel 121, lid 2, van de Overeenkomst aan de hoofdordonnateur toekomende bevoegdheden en verplichtingen aan te dringen op nadere toelichting op de offerte van de laagste inschrijver conform noot 12 van de FIDIC-regels. Evenmin heeft zij onrechtmatig gehandeld door dat de hoofdordonnateur op grond van de aangegeven resultaten van deze nadere toelichtingen het op grond van deze resultaten begin juni 1983 gedane gunningsvoorstel van de nationale ordonnateur ten gunste van de laagste inschrijver op 10 juni 1983 heeft goedgekeurd.

Conclusie 4) in het verzoekschrift van verzoeksters dient derhalve naar mijn oordeel als ongegrond te worden verworpen.

d) Ten aanzien van het op grond van artikel 91 van het Reglement voor de procesvoering door verzoeksters ingediende verzoek de Commissie te gelasten een aantal, niet nauwkeurig gespecificeerde documenten over te leggen kan ik op grond van mijn eerdere bevindingen kort zijn. Uit artikel 121, lid 2, van de Overeenkomst, zoals uitgelegd in Uw STS-arrest (rechtsoverweging 15) volgt een zelfstandige verplichting ook van de hoofdordonnateur om er op toe te zien dat voor alle deelnemers aan aanbestedingen gelijke voorwaarden gelden, dat discriminatie wordt vermeden en dat gunning plaats heeft aan de indiener van de economisch voordeligste offerte. Deze verplichtingen beogen naar mijn oordeel, als eerder opgemerkt, mede de belangen van de inschrijvers te beschermen.

Op grond van deze verplichting acht ik het dan ook in beginsel mogelijk voor Uw Hof de Commissie op grond van artikel 21 van zijn Statuut en al dan niet na een daartoe door een partij gedaan verzoek tenminste te gelasten interne documenten, alsmede brieven aan de nationale ordonnateur en aan derden over te leggen, die door Uw Hof noodzakelijk worden geacht om na te gaan of de hoofdordonnateur, dan wel de Commissie, in strijd met deze verplichting heeft gehandeld. Gelet op de door Uw Hof aan deze verplichting gegeven uitlegging zal de betrokken ACS-Staat zich naar mijn oordeel ook niet kunnen verzetten tegen overlegging van dergelijke documenten, waaruit blijkt op welke wijze de hoofdordonnateur aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Ik zou het ook van belang achten, dat Uw Hof deze mogelijkheid in Uw arrest uitdrukkelijk zou erkennen of tenminste uitdrukkelijk zou openlaten. Mits de onderwerpen, waarop de betrokken gegevens betrekking moeten hebben voldoende zijn gespecificeerd acht ik voorts een veel nauwkeuriger specificatie door verzoeksters van de betrokken documenten dan in casu gegeven veelal onmogelijk en derhalve ook niet noodzakelijk. In casu acht ik blijkens mijn analyses van de bekende gegevens overlegging van dergelijke aanvullende gegevens echter niet noodzakelijk, om zonder aantasting van het beginsel van contradictoire behandeling tot een beoordeling van de gegrondheid van de onderhavige conclusie van verzoeksters te komen. Ik stel U derhalve voor het op 23 december 1983 krachtens artikel 91, paragraaf 1, van het Reglement voor de procesvoering ingediend incidenteel verzoek om de Commissie te gelasten dergelijke aanvullende gegevens over te leggen, af te wijzen.

5. Conclusie

Concluderend stel ik U derhalve voor:

5.1. de conclusies 1, 2 en 3 van verzoeksters niet ontvankelijk te verklaren;

5.2. conclusie 4 van verzoeksters als ongegrond te verwerpen;

5.3. het door verzoeksters op 23 december 1983 aan Uw Hof voorgelegde en bij beschikking van 29 februari 1984 met de hoofdzaak gevoegde verzoek, de Commissie te gelasten bepaalde documenten over te leggen, af te wijzen;

5.4. verzoeksters in de kosten van het geding te verwijzen.