FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. FEDERICO MANCINI

fremsat den 4. februar 1986 *

Høje Domstol.

1. Ved stævning indgivet til Domstolens justitskontor den 29. september 1982 har to franske byggevirksomheder, Développement SA og Clemessy, anlagt sag med påstand om erstatning med den begrundelse, at Kommissionen for De europæiske Fællesskaber har handlet på en sådan måde, at de ikke har fået byggeriet af det somaliske farmaceutiske institut i licitation. De har i medfør af EØF-traktatens artikler 178 og 215, stk. 2, påstået Kommissionen dømt til at betale en erstatning på 1 202 754 FF.

De faktiske omstændigheder. De europæiske Fællesskaber påtog sig inden for rammerne af det ved den første Lomékonvention fastlagte finansielle samarbejde med AVS-landene (konvention af 28. februar 1975, EFT L 25 af 30.1.1976, s. 1) at finansiere et projekt med henblik på opførelsen af nævnte institut ved hjælp af midler fra Den europæiske Udviklingsfond (i det følgende benævnt Fonden). På grundlag af aftalen herom udbød den somaliske minister for offentlige arbejder den 12. december projektet i licitation, og fem virksomheder afgav tilbud nemlig Montitalia, Dravo Costruttori, General Impiant, Astaie og sammen med Clemessy, Développement SA, der dengang hed Sopha Développement. Efter en temmelig indviklet procedure, der varede over et år, meddelte den nationale anvisningsberettigede, det vil i det foreliggende tilfælde sige den somaliske planlægningsminister, officielt Fællesskabets repræsentant i Mogadiscio, at man havde besluttet at acceptere selskabet Dravos tilbud.

De franske virksomheder har i stævningen gjort gældende, at Kommissionen under nævnte procedure på forskellig måde øvede pres på de somaliske myndigheder for at få dem til at revidere deres oprindelige beslutning om at tildele Sopha Développement arbejdet for i stedet at acceptere virksomheden Dravos tilbud.

De har navnlig gjort gældende, a) at de nævnte myndigheder den 15. marts 1981 efter formelig accept den 28. juni 1980 af Sophas tilbud besluttede at annullere licitationen og at indlede private forhandlinger med de tre virksomheder Sopha, Dravo og Montitalia, der havde afgivet de bedste tilbud; at b) dette skridt blev taget efter modtagelsen af instrukser fra fællesskabsadministrationen og under tilsidesættelse af en teknisk rapport, der var blevet forelagt af professor Lhoest, den belgiske ekspert, som den nationale anvisningsberettigede havde bedt om en vurdering af de fem virksomheders tilbud; c) at Sophas tilbud den 14. maj 1981 blev antaget én gang til efter at være blevet tilpasset den sagkyndiges angivelser; d) at EØF-repræsentanten fem dage senere skriftligt anmodede den kompetente minister om at suspendere vedtagelsen herom, indtil professor Lhoest havde forelagt en ny rapport. Således gik det til, at arbejdet efter tre måneders forløb endeligt blev overdraget Dravo.

* Oversat fra italiensk.

2. Sagsøgerne har på baggrund af disse omstændigheder gjort gældende, at der foreligger ansvar for Kommissionen, der to gange har frataget dem en opgave, der var tildelt dem, og de har nedlagt påstand om erstatning for de omkostninger, de har afholdt under hele begivenhedsforløbet i Europa og i Somalia.

Ved svarskrift indgivet til Domstolens justitskontor den 6. december 1982 har den sagsøgte institution nedlagt påstand om afvisning af sagen samt om en afgørelse vedrørende sagens formalitet før realitetsbehandlingen, jfr. procesreglementets artikel 91, stk. 1. Domstolen har nemlig ikke kompetence til at behandle sagens realitet, hverken efter de regler, der inden for rammerne af licitationsproceduren gælder for forholdet mellem Kommission, AVS-landene og de tilbudsgivende virksomheder eller efter procedureregler, der gælder for afgørelse af tvivlspørgsmål, der kan opstå på området. Sagsøgte har endvidere gjort gældende, at søgsmål i henhold til artiklerne 178 og 215 er subsidiære i forhold til søgsmål i henhold til national ret. Clemessy og Développement SA skulle med andre ord først have anlagt sag ved national ret.

Domstolen har efter modtagelsen af sagsøgernes replik ved kendelse af 18. maj 1983 besluttet at behandle sagens formalitet og realitet under ét. Kommissionens synspunkt er i det hele grundløst. Domstolen har nemlig ved behandlingen for nogle måneder siden af en fuldstændig identisk afvisningspåstand fastslået, at det i forbindelse med udførelsen af projekter, der finansieres af Fonden »ikke kan udelukkes, at Kommissionens... handlinger eller adfærd (i forbindelse med udførelsen af projekter, der finansieres af EUF) har påført tredjemand et tab«, og at »enhver som hævder at have lidt et tab som følge af en sådan handling ..., skal følgelig have mulighed for at anlægge sag, dog således, at han skal bevise, at der foreligger det fornødne ansvar ... [for fællesskabet]«. Og Domstolen fastslog, at »Kommissionens afvisningspåstand kan ... ikke tages til følge i det omfang den vedrører erstatningssøgsmålet i medfør af traktatens artikler 178 og 215, stk. 2« (dom af 10. juli 1985, 118/83, Muratori m. fl. mod Kommissionen, Sml. 1985, s. 2325). Resultatet må således blive det samme i den foreliggende sag.

3. Jeg går herefter over til realiteten. De franske virksomheder har gjort gældende, at der foreligger subjektivt- og subsidiært objektivt-ansvar for Kommissionen. De har i førstnævnte henseende fremført fire argumenter. Kommissionen har

1) overtrådt forbudet mod forskelsbehandling ifølge artikel 215 i den anden Lomé-konvention (*recte*: artikel 56 i den første Lomé-konvention), hvorefter licitationsprocedurer og andre fremgangsmåder for tildeling af kontrakter er åbnet på lige vilkår for alle fysiske og juridiske personer i medlemsstaterne og i AVS-staterne;

2) handlet på en måde, der er udtryk for en tilsidesættelse af deres berettigede forventninger;

3) gjort sig skyldig i en række uregelmæssigheder, der udgør mangler ved den procedure, hvorefter Dravos tilbud blev antaget;

4) overtrådt artikel 25 (*recte*: 21) i protokol nr. 2 til den første Lomé-konvention, hvorefter det valgte tilbud skal være det økonomisk mest fordelagtige.

Det er mest praktisk ved gennemgangen først og fremmest at se på det andet og det tredje argument. Sagsøgerne gør dermed gældende, at sagsøgte har undladt at oplyse dem ordentligt om detaljerne ved procedurens gennemførelse, har undladt at begrunde beslutningerne om udpegning af en sagkyndig og annullation af licitationen, har nægtet at give dem afgang til dens

korrespondance med de somaliske myndigheder og undladt at meddele dem grundene til, at professor Lhoest i sin første rapport fastlagde tidsplanen for de direkte forhandlinger.

Hvad skal man sige til denne argumentation? Den udgør efter min mening slet ikke noget bevis for, at der foreligger en retsstridig adfærd fra Kommissionens side, men sætter tværtimod spørgsmålstegn ved lovligheden af den fulgte licitationsprocedure og gyldigheden af den dermed sammenhængende vedtagelse. Såfremt det forholder sig således, er denne domstol imidlertid ikke kompetent til at afgøre sagen. For i Muratori-dommen hedder det, »at der ... [ikke] i den foreliggende sag findes retsakter (udstedt af Kommissionen), der kan gøres til genstand for søgsmål i henhold til traktatens artikel 173«, og grunden hertil er indlysende. Fællesskabets repræsentanters opgaver under proceduren for udbud i licitation af arbejder, der finansieres af Fonden, tager kun sigte på at fastslå, at forudsætningerne for udbetalingen af beløb er opfyldt. Ved udførelsen af disse opgaver kan der med andre ord ikke ske »et brud på grundsætningen om, at de pågældende kontrakter er et nationalt anliggende for AVS-staterne, der som de eneste har ansvaret for at udarbejde, forhandle og indgå dem.« »... hvad angår de virksomheder, der afgiver tilbud, ... står disse uden for de særlige forbindelser, der på området består mellem Kommissionen og AVS-staterne« (Domstolens dom af 10. juli 1984, 126/83, STS mod Kommissionen, Sml. 1984, s. 2769).

Også når man bliver inden for området for erstatning uden for kontrakt er det i alt fald klart, at de af sagsøgerne fremførte klagepunkter — ufuldstændig begrundelse af en række retsakter og manglende adgang til at blive gjort bekendt med en række detaljer under proceduren — ikke kan tilregnes Fællesskabets repræsentanter, hvilket må være mere afgørende end spørgsmålet om, hvorvidt disse klagepunkter er grundløse. Af sagens akter fremgår først og fremmest, at det jo var den nationale anvisningsberettigede, dvs. den somaliske planlægningsminister, der på grundlag af en liste over sagkyndige, som Kommissionens tjenestegrene efter anmodning havde udleveret til ham, den 3. december 1980 udpegede professor Lhoest. Og det samme gælder beslutningerne om at annullere licitationen og indlede forhandlinger med de tre selskaber, der havde afgivet de bedste tilbud, for også disse beslutninger blev — i medfør af henholdsvis artiklerne 10 og 53 i de almindelige licitationsbetingelser for offentlige arbejder, der finansieres af Fonden (EFT L 39 af 14.2.1972, s. 3) truffet af ham ved skrivelse af 15. marts 1981, der forskriftsmæssigt blev tilstillet alle de interesserede virksomheder. Disse blev desuden opfordret til at besvare de spørgsmål, der var stillet i den sagkyndiges rapport samt til at fremsætte nye tilbud senest den 30. april s.å.

De foranstaltninger, som sagsøgerne kritiserer Kommissionen for, er således udelukkende truffet af de somaliske myndigheder og er tilmed udførligt begrundet, selv om det i artikel 45, stk. 4, i nævnte licitationsbetingelser udtrykkeligt er bestemt, at forvaltningen ikke er forpligtet til at redegøre for den vedtagelse, ved hvilken en licitation annulleres. For så vidt angår kravet om at blive gjort bekendt med korrespondancen og de tilbudsgivne virksomheder, må jeg fastslå, at sagsøgerne selv ikke har kunnet henvise til nogen regel, der støtter det. Det er i alt fald umuligt at se, hvilken årsagssammenhæng, der består mellem den undladelse, der på dette punkt lægges sagsøgte til last, og undladelsen af til skade for de to virksomheder at udbyde arbejdet i licitation.

Endelig skal jeg vedrørende de utilstrækkelige oplysninger om den nærmere gennemførelse af proceduren erindre om, at det ifølge artikel 30, stk. 2, i de almindelige betingelser er den nationale anvisningsberettigedes og ikke Kommissionens opgave at bekendtgøre licitationsudbudet og give regler for forberedelsen, fremlæggelsen og undersøgelsen af projekterne. De to her behandlede argumenter skal derfor forkastes.

4. Jeg er nu kommet til det første og det fjerde argument. Disse grunder sig først og fremmest på den forudsætning, at de tilbudsgivende myndigheder ved to lejligheder — nemlig den 28. juni 1980 og den 14. maj 1981 — erklærede Sopha Développement's tilbud for accepteret. Kommissionen skulle ved en systematisk kritik, der i øvrigt ikke blev offentligt begrundet, af denne virksomheds tilbuds egnethed og kvalitet have fået de nævnte myndigheder til at ombestemme sig. På denne måde skulle den have begunstiget det konkurrerende selskab, der faktisk til sidst fik tilslag på arbejdet. En sådan adfærd strider imidlertid mod artikel 56, stk. 1, i første Lomékonvention, der fastslår princippet om lige vilkår for de virksomheder, der afgiver tilbud ved udbydelse i licitation af projekter, der finansieres af Fonden. Desuden er bestemmelsen i artikel 21 i protokol nr. 2 til samme konvention, hvorefter det valgte tilbud skal være det økonomisk mest fordelagtige, overtrådt.

Dette argument hviler efter min mening på falske forudsætninger, for det er urigtigt, at Sopha Développement fik tildelt det udbudte arbejde. Sandt at sige er det ikke den formelle indhentning af tilbud, der i medfør af artikel 30, stk. 2 og stk. 3 i protokol nr. 2, forestås af den nationale anvisningsberettigede, der danner grundlag for sagsøgernes påstand om det modsatte, men blot *udtalelser* afgivet af det somaliske tekniske udvalg, der er et organ, der rådgiver det somaliske ministerium for offentlige arbejder. Hvad mere er, har Sopha ved ingen af de to lejligheder fået meddelelse om det brev, i hvilket forvaltningen meddeler det konkurrerende firma, den har valgt, at dets tilbud accepteres (licitationsbetingelserne artikel 45, stk. 2, første punktum).

For så vidt angår Kommissionen, skal jeg henvise til artiklerne 18 og 21 i protokol nr. 2, hvorefter den af hensyn til en god forvaltning af fællesskabsmidlerne har ikke blot ret men også *pligt* til at sikre, at de nationale procedurer gennemføres på en sådan måde, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud vælges, idet »der især tages hensyn til tilbudsgivernes kvalifikationer og de garantier, de tilbyder ..., til formen og betingelserne for arbejdets udførelse eller for leverancerne, prisen for tjenesteydelserne, driftsomkostningerne og den tekniske værdi deraf«. Efter det i sagen oplyste har Kommissionen imidlertid loyalt opfyldt denne pligt. Fællesskabets tjenestemænd har absolut ikke handlet til fordel eller til skade for nogen af de virksomheder, der konkurrerede om tilbudet, men har tværtimod bidraget til at fjerne de mange unøjagtigheder og lakuner i de første projekter, der blev forelagt de somaliske myndigheder, og har herved gjort det muligt for disse at vælge det tilbud, der efter den sagkyndiges endelige (og nu uomgørlige) rapport var det bedste.

Sagsøgerne har som nævnt subsidiært gjort gældende, at der er tale om objektivt ansvar for Kommissionen, og har herved henvist til beskyttelsen af ejendomsretten, således som denne er udformet i tysk ret, samt til de

retsundergivnes beskyttelse mod retmæssige men skadevoldende handlinger fra offentlige myndigheders side på grundlag af kriterier, der er udviklet i fransk retspraksis. Her må det spørges, om de nævnte principper er en del af den retstradition, der er fælles for medlemsstaterne, men jeg mener ikke at det er umagen værd. For sagsøgernes argumentation kan afvises alene med den begrundelse, at Sopha Développement ikke ved nogen akt vedtaget af de somaliske myndigheder eller af Kommissionen fik tildelt kontrakten ifølge licitationsudbudet. På den anden side bliver der ikke tale om en krænkelse af den franske virksomheds ejendomsret eller af dens retsstilling som retsundergiven, fordi den for at deltage i licitationen har måttet afholde udgifter, som den selv skal betale. Det er jo klart, at adgangen til at afgive tilbud ved licitation ikke giver vished for at få tildelt kontrakten.

Da Kommissionens adfærd ikke kan anses for retsstridig, finder jeg det unødvendigt at tage stilling til spørgsmålet om den skade, der ifølge påstanden skal ydes erstatning for. Der savnes i det hele grundlag for sagsøgernes påstande.

5. På grundlag af det anførte foreslår jeg Domstolen, at den den 29. september 1982 af virksomhederne Développement SA og Clemessy anlagte sag antages til realitetsbehandling og at frifinde sagsøgte for sagsøgerens påstande. I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det sagsøgerne at afholde sagens omkostninger.