CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. F. MANCINI van 4 februari 1986 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Bij een beroep dat op 29 september 1982 ter griffie van het Hof is ingekomen, klagen twee Franse bouwondernemingen, de SA Développement en de vennootschap Clemessy, erover, dat zij door de handelwijze van de Commissie de gunning van het contract voor de bouw van het gebouw waarin het Somalisch Farmaceutisch Instituut is gevestigd, aan zich hebben zien voorbijgaan. Zij wensen vergoeding voor de schade die zij daardoor hebben geleden. Bijgevolg verzoeken zij het Hof, de Commissie overeenkomstig de artikelen 178 en 215, tweede alinea, EEG-Verdrag te veroordelen om hen 1 202 754 FF te betalen.

De feiten. In het kader van de financiële samenwerking met de ACS-landen, waarin de eerste Overeenkomst van Lomé (van 28. 2. 1975, PB 1976, L 25, blz. 1) voorziet, verbond de EEG zich ertoe de bouw van voornoemd Instituut te financieren uit de geldmiddelen van het Europees Ontwikkelingsfonds (hierna: het Fonds). Op grond van die overeenkomst publiceerde de Somalische minister van Openbare Werken op 12 december 1979 een openbare aanbesteding, waarop werd ingeschreven door vijf ondernemingen: Montitalia, Dravo Costruttori, General Impiant, Astaie en, samen met Clemessy, de SA Développement, die toen SA Sopha Développement heette. Na een vrij ingewikkelde procedure die meer dan een jaar aansleepte, stelde de nationale ordonnateur — in het onderhavige geval de Somalische minister voor Planning — de gemachtigde van de Gemeenschap te Mogadiscio op 19 augustus 1981 officieel in kennis van het besluit dat het contract aan de firma Dravo werd gegund.

In het beroepschrift stellen de Franse ondernemingen, dat de Commissie tijdens de procedure op verschillende manieren druk heeft uitgeoefend op de Somalische autoriteiten om deze ertoe te brengen hun eerste besluit, namelijk het werk te gunnen aan Sopha Développement, te wijzigen ten gunste van Dravo.

Zij betogen met name: a) dat genoemde autoriteiten, nadat zij de aanbieding van Sopha op 28 juni 1980 formeel hadden toegelaten, op 15 maart 1981 besloten de aanbesteding te annuleren en private onderhandelingen te beginnen met de drie ondernemingen — Sopha, Dravo en Montitalia — die de beste aanbiedingen hadden gedaan; b) dat die maatregel werd getroffen na instructies van communautaire diensten en op grond van een technisch rapport van professor Lhoest, de Belgische expert, die van de nationale ordonnateur de opdracht had gekregen de aanbiedingen van de vijf ondernemingen te beoordelen; c) dat het contract op 14 mei 1981 opnieuw werd gegund aan Sopha en deze keer op basis van een aanbieding die aan de aanwijzingen van de expert voldeed; d) dat de gemachtigde van de EEG de bevoegde minister vijf dagen later schriftelijk verzocht de uitvoering van die maatregel te schorsen in afwachting van een tweede rapport van professor Lhoest. Zo werd het werk na drie maanden definitief gegund aan Dravo Costruttori.

* Vertaald uit het Italiaans.

2. Aan de hand van deze feiten stellen verzoeksters dat de Commissie aansprakelijk is, daar zij hen tweemaal van een reeds verworven succes heeft beroofd, en vorderen zij vergoeding van de kosten die hun in de loop van dit hele gebeuren in Europa en Somalië zijn opgekomen.

Bij een op 6 december 1982 ter griffie ingekomen memorie heeft de Commissie evenwel opgeworpen dat het beroep niet-ontvankelijk is en heeft zij het Hof overeenkomstig artikel 91, paragraaf 1, van het Reglement voor de procesvoering verzocht, op dit incident uitspraak te doen zonder daarbij op de zaak ten principale in te gaan. Het Hof zou immers niet bevoegd zijn daarvan kennis te nemen, gelet zowel op de regeling betreffende de rechtsbetrekkingen tussen Commissie, ACS-landen en de betrokken ondernemingen in de aanbestedingsprocedures, als op de regels betreffende de beslechting van de geschillen die zich ter zake kunnen voordoen. Verder wijst de Commissie erop, dat de vordering op grond van de artikelen 178 en 215 ondergeschikt is aan de in het interne recht voorziene rechtsmiddelen. Met andere woorden, Clemessy en de SA Développement hadden zich eerst tot de nationale rechter moeten wenden.

Na de repliek van verzoeksters heeft het Hof bij beschikking van 18 mei 1983 besloten, de exceptie samen met de vordering ten gronde te behandelen. De stelling van de Commissie is in elk geval ongegrond. Enkele maanden geleden heeft het Hof immers bij de behandeling van een in alle opzichten identiek incident met betrekking tot de uitvoering van door het Fonds gefinancierde projecten verklaard: „Het is... niet uitgesloten te achten, dat derden schade kunnen lijden door handelingen of gedragingen van de Commissie... Eenieder die stelt door zulke handelingen... te zijn geschaad, dient derhalve de mogelijkheid te hebben om beroep in te stellen indien hij de aansprakelijkheid [van de Gemeenschap] kan bewijzen..." Het Hof concludeerde toen, dat „de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen voor zover zij gericht is tegen de op de artikelen 178 en 215, tweede alinea, EEG-Verdrag gebaseerde vordering tot schadevergoeding" (arrest van 10 juli 1985, zaak 118/83, Muratori e. a./Commissie, Jurispr. 1985, blz. 2325). Die conclusie geldt dus ook voor het onderhavige geval.

3. *Ten gronde.* Volgens de Franse ondernemingen is de aansprakelijkheid van de Commissie subjectief en, subsidiair, objectief. Met betrekking tot het eerste aspect voeren zij vier middelen aan: de Commissie heeft

1) het discriminatieverbod geschonden, dat is neergelegd in artikel 215 van de tweede Overeenkomst (juister gezegd: artikel 56 van de eerste Overeenkomst) van Lomé, krachtens hetwelk de deelneming aan door het Fonds gefinancierde openbare inschrijvingen, overeenkomsten en contracten op gelijke voet openstaat voor alle natuurlijke en rechtspersonen van de Lid-Staten en de ACS-staten;

2) zij heeft zich zodanig gedragen, dat zij in hun gewettigde verwachtingen werden beschaamd;

3) zij heeft aanleiding gegeven tot verschillende onregelmatigheden, waardoor de op de gunning aan Dravo uitgelopen procedure ongeldig is;

4) zij heeft inbreuk gemaakt op artikel 25 (juister gezegd: 21) van Protocol nr. 2 bij de eerste Overeenkomst van Lomé, volgens hetwelk de economisch meest voordelige aanbieding moet worden gekozen.

Omdat de uiteenzetting gemakkelijker is, zal ik eerst het tweede en het derde middel behandelen. Daarin verwijten verzoeksters verweerster, dat zij hen niet behoorlijk heeft geïnformeerd over de modaliteiten van de procedure, dat zij de beslissingen betreffende de benoeming van de expert en de annulering van de inschrijvingsprocedure niet met redenen heeft omkleed, dat zij hen geen

inzage heeft willen geven van haar briefwisseling met de Somalische autoriteiten en dat zij hun heeft verzwegen, waarom professor Lhoest in zijn eerste rapport het tijdschema voor de rechtstreekse onderhandelingen heeft vastgesteld.

Wat moet van deze argumenten worden gedacht ? Volgens mij wordt daarmee helemaal niet aangetoond dat de Commissie zich onrechtmatig heeft gedragen, maar worden de wettigheid van de bij de gunning van het contract gevolgde procedure en de geldigheid van de desbetreffende maatregel betwist. Maar, indien dit zo is, dan is het Hof van Justitie zeker niet bevoegd om kennis te nemen van de zaak. In het arrest-Muratori heeft het Hof immers verklaard dat er ter zake „geen sprake kan zijn van een voor beroep vatbare handeling (van de Commissie) in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag" en de reden daarvan ligt voor de hand. De tussenkomsten van personeelsleden van de Gemeenschap in de inschrijvingsprocedures voor door het Fonds gefinancierde werken zijn enkel en alleen bedoeld, om na te gaan of aan de voorwaarden voor de uitbetaling van de bedragen is voldaan; met andere woorden, „schending van het beginsel, dat zulke (procedures) en contracten nationale (procedures) en contracten zijn in die zin dat alleen de ACS-staten voor uitwerking, onderhandeling en afsluiting verantwoordelijk zijn" is daarvan niet het doel; derhalve „gaan de... betrekkingen die... tussen de Commissie en de ACS-staten worden gevestigd, de inschrijvende ondernemingen... niet aan" (arrest van 10 juli 1984, zaak 126/83, STS/Commissie, Jurispr. 1984, blz. 2769).

Ook wat de niet-contractuele aansprakelijkheid betreft, is het in ieder geval duidelijk, dat de door verzoeksters geformuleerde grieven — het niet met redenen omkleden van bepaalde handelingen en de onmogelijkheid om bepaalde aspecten van de procedure te achterhalen — nog afgezien van het feit dat zij ongegrond zijn, niet aan de personeelsleden van de Gemeenschappen kunnen worden toegerekend. Uit de processtukken blijkt immers om te beginnen, dat professor Lhoest op 3 december 1980 is benoemd door de nationale ordonnateur, in casu de Somalische minister voor Planning, uit een lijst van experts die hem op zijn verzoek door de diensten van de Commissie was verstrekt. Hetzelfde geldt voor de beslissingen betreffende de annulering van de inschrijvingsprocedure en het beginnen van onderhandelingen met de drie vennootschappen die de beste aanbiedingen hadden gedaan; ook deze beslissingen werden, respectievelijk op grond van de artikelen 10 en 53 van de Algemene bepalingen voor door het Fonds gefinancierde overeenkomsten met de overheid (PB 1972, L 39, blz. 3), door dezelfde minister genomen en bij brief van 15 maart 1981 aan alle betrokken ondernemingen regelmatig ter kennis gebracht. Laatstgenoemden werden bovendien uitgenodigd om de in het rapport van de expert gestelde vragen te beantwoorden en uiterlijk op 30 april daaraanvolgende nieuwe aanbiedingen te doen.

De maatregelen die verzoeksters aan de Commissie verwijten, zijn dus genomen door de Somalische autoriteiten en bovendien ruimschoots met redenen omkleed, ofschoon in artikel 45, lid 4, van voornoemde Algemene bepalingen uitdrukkelijk wordt gezegd dat de overheid niet verplicht is haar beslissing om de inschrijvingsprocedure te annuleren met redenen te omkleden. Vervolgens stel ik vast dat verzoeksters de eis tot inzage van de briefwisseling tussen de Commissie en de instanties die de aanbesteding hebben uitgeschreven, op geen enkel voorschrift kunnen baseren. In elk geval is niet duidelijk, waar het oorzakelijk verband ligt tussen het verzuim dat verweerster op dit punt wordt aangewreven en het feit dat de twee ondernemingen de gunning van het contract aan zich hebben zien voorbijgaan.

Wat de ontoereikende informatie over de modaliteiten van de procedure betreft, herinner ik ten slotte eraan, dat het ingevolge artikel 30, lid 2, van Protocol nr. 2 niet aan de Commissie maar aan de nationale ordonnateur staat, de aanbestedingen uit te schrijven en de voorbereiding, de indiening en de bestudering van de projecten te regelen. De twee onderzochte middelen moeten derhalve worden verworpen.

4. Thans kom ik tot het eerste en het vierde middel. Zij berusten in wezen op het postulaat, dat de autoriteiten die met het gunnen van de aanbesteding waren belast, tweemaal — namelijk op 28 juni 1980 en op 14 mei 1981 — verklaard hebben dat zij het contract aan Sopha Développement gunden. Door systematisch kritiek uit te oefenen op de geschiktheid en de kwaliteit van de aanbieding van die onderneming, zonder overigens de gronden van die kritiek bekend te maken, heeft de Commissie die autoriteiten ertoe gebracht op hun stappen terug te komen; op die manier begunstigde zij de concurrerende onderneming, die inderdaad de aanbesteding uiteindelijk in de wacht heeft gesleept. Een dergelijke handelwijze is evenwel in strijd met artikel 56, lid 1, van de eerste Overeenkomst van Lomé, waarin het beginsel is neergelegd, dat de ondernemingen op gelijke voet deelnemen aan de aanbestedingen voor door het Fonds gefinancierde projecten. Bovendien wordt daardoor ook inbreuk gemaakt op artikel 21 van Protocol nr. 2 bij dezelfde overeenkomst, krachtens hetwelk de economisch meest voordelige aanbieding moet worden gekozen.

Dit argument gaat mijns inziens niet op wegens een onjuiste premisse, dat wil zeggen het is onjuist, dat Sopha Développement als winnares van de prijsvraag was erkend. Verzoeksters baseren hun tegenovergestelde stelling immers niet op het formele voorstel voor de gunning — dat volgens artikel 30, leden 2 en 3, van Protocol nr. 2 enkel door de nationale ordonnateur kan worden gedaan — maar op loutere *adviezen* van de Somalische technische commissie, een raadgevend orgaan bij het Ministerie van Openbare Werken aldaar. Meer nog: in geen van beide gevallen is aan Sopha de brief betekend, waarbij de overheid de door haar gekozen inschrijver in kennis stelt van haar keuze (artikel 45, lid 2, tweede alinea, van de Algemene bepalingen).

Wat vervolgens de Commissie betreft, verwijs ik naar de artikelen 18 en 21 van Protocol nr. 2; krachtens deze bepalingen en voor een goed beheer van de communautaire geldmiddelen, heeft de Commissie niet alleen het recht maar de *plicht*, ervoor te zorgen dat de nationale procedures uitmonden in de keuze van de economisch meest voordelige aanbieding, waarbij met name rekening moet worden gehouden „met de kwalificaties van de inschrijvers, de door hen geboden garanties, de aard en de uitvoeringsvoorwaarden van de werken of leveringen, alsmede de prijs, gebruikskosten en technische waarde ervan". Welnu, uit de processtukken blijkt, dat die verplichting correct is nagekomen; de bemoeienissen van de gemeenschapsambtenaren hebben helemaal niet de ene of de andere inschrijver begunstigd of benadeeld, maar hebben ertoe bijgedragen dat de talrijke onnauwkeurigheden en omissies uit de eerste aan de Somalische overheid voorgelegde projecten werden verwijderd en deze overheid aldus in staat werd gesteld, op basis van het eindrapport van de expert (dat hier niet kan worden getoetst) de beste aanbieding te kiezen.

Zoals gezegd, vorderen verzoeksters subsidiair dat het Hof de objectieve aansprakelijkheid van verweerster zou erkennen, en wel met een beroep op de bescherming van het eigendomsrecht, zoals die naar Duits recht is geregeld, en op de bescherming van

de burgers tegen wettige maar schadeveroorzakende overheidshandelingen, volgens de in de Franse rechtspraak ontwikkelde criteria. Op dit punt rijst de vraag, of die beginselen behoren tot het recht dat de Lid-Staten gemeen hebben; ik meen evenwel niet dat het de moeite loont deze vraag te onderzoeken. Om het argument van verzoeksters te weerleggen behoeft immers enkel te worden herhaald, dat geen enkele handeling van de Somalische overheid of van de Commissie Sopha Développement als begunstigde van het contract heeft aangewezen. Anderzijds tast het feit dat de Franse onderneming voor de deelneming aan de aanbesteding kosten heeft gemaakt die te haren laste blijven, haar eigendomsrecht niet aan, noch haar rechtspositie als burger. Het is immers duidelijk, dat de mogelijkheid om voor een aanbesteding in te schrijven geen zekerheid omtrent de gunning van het contract inhoudt.

Nu vaststaat dat de handelwijze van de Commissie niet onrechtmatig kan worden beschouwd, acht ik een onderzoek van de omvang van de gevorderde schadevergoeding overbodig. Het beroep is immers ongegrond.

5. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging het op 29 september 1982 door Développement SA en Clemessy ingestelde beroep ontvankelijk, maar ongegrond te verklaren. Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering, dienen verzoeksters in de kosten van het geding te worden verwezen.