FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT S. ROZÈS FREMSAT DEN 29. OKTOBER 1981 [1]

Høje Domstol.

I — Det tyske firma H. P. Gauff, der er specialister inden for transportvæsen og hydrauliske anlæg, har siden 1965 drevet virksomhed i de afrikanske stater, der er associeret med Det europæiske økonomiske Fællesskab. Firmaet har især deltaget i gennemførelsen af forskellige projekter finansieret af Den europæiske Udviklingsfond, der blev oprettet ved de to Yaoundé-konventioner af 1964 og 1969.

Siden omkring 1973 har firmaet været udelukket fra at deltage i licitationer eller fælles overenskomster om offentlige tjenestydelser i henhold til disse konventioner og, siden 1975, i medfør af de to Lomé-konventioner AVS-EØF af 1975 og 1979.

Firmaets direktør, Helmut P. Gauff, anmodede i skrivelse af 13. januar 1976 generaldirektøren for Generaldirektoratet for udvikling og samarbejde under Kommissionen for De europæiske Fællesskaber om at blive optaget på »listen over godkendte leverandører« for at kunne deltage i en licitation i Zaïre.

Ved skrivelse af 9. februar 1976 afslog generaldirektøren anmodningen og tilføjede, at det efter hans opfattelse ikke var nødvendigt at give Helmut Gauff en nærmere begrundelse herfor.

Firma Gauff fremsatte en ny anmodning den 3. december 1976, men fik til svar, også denne gang fra generaldirektøren, at fremgangsmåden i forbindelse med udvælgelsen af rådgivningskontorer til arbejde med projekter under Den europæiske Udviklingsfond inden for rammerne af Lomé-konventionen af 1975 var ændret i forhold til den fremgangsmåde, der tidligere anvendtes inden for rammerne af Yaoundé-konventionen af 1969.

I erkendelse af, at denne udelukkelse blev opretholdt, anmodede firma Gauff gennem sin advokat ved skrivelse af 21. april 1980, generaldirektøren for Generaldirektoratet for udvikling om at meddele, hvorvidt firmaet atter kunne gives adgang til at deltage i gennemførelsen af projekter finansieret af Den europæiske Udviklingsfond.

Generaldirektøren for Kommissionens juridiske tjeneste svarede, at det ikke var muligt at give firmaet nogen sikkerhed herfor.

Begrundelserne for afslaget over for firma Gauff har ikke været de samme. Efter det ikke særligt klare svar af 9. februar 1976 blev firmaets anmodning oversendt til den »kompetente tjenestegren for disse anliggender« (svar af 22. 12. 1976) og endelig anførtes det, at »udvælgelsen af ansøgere vil ske i hvert enkelt tilfælde og ud fra alle foreliggende omstændigheder« (svar af 20. 6. 1980).

I virkeligheden lå én og samme omstændighed til grund for afslagene over for firma Gauff: generaldirektøren for udvikling noterede i en erindringsseddel af 22. december 1977, at han efter

1 — Oversat fra fransk.

anmodning den 12. december 1977 havde haft et møde med to repræsentanter for firmaet, hvor han forklarede dem, at »alle afgørelser vedrørende fælles overenskomster blev truffet fra sag til sag, på grundlag af bestemte kriterier fastlagt i finansforordningen og med bindende virkning for Kommissionen«. Men generaldirektøren lod også tydeligt de to repræsentanter forstå, at »så længe den ansvarlige ledelse for firmaet Gauff blev varetaget af de samme personer som på det tidspunkt, hvor firmaet havde bestukket en tjenestemand ved Kommissionen«, ville firmaet være udelukket fra at deltage i fælles overenskomster om offentlige tjenesteydelser finansieret af Den europæiske Udviklingsfond.

Firma Gauff var udmærket bekendt med denne begrundelse, eftersom firmaets advokat i sin ovennævnte skrivelse af 21. april 1980 til generaldirektøren — inden han behandlede spørgsmålet om afgørelsens retmæssighed — anførte: »Udelukkelsen af min klient hænger tilsyneladende sammen med en hændelse, der fandt sted i 1968, og hvor en tidligere medarbejder ved Kommissionen var involveret. Det ser ud til, at denne medarbejder forlod Kommissionen i 1975 som følge af en disciplinærsag. Han blev beskyldt for — som tjenestemand ved Kommissionen — i 1968 at have accepteret at overgive provisioner og beløb til højtstående afrikanske personligheder på Gauff's vegne«.

Det er på grundlag af disse faktiske omstændigheder, at firma Gauff, ved stævning, registreret den 25. august 1980, har nedlagt følgende påstand:

— Annullation af Kommissionens afgørelse om, at firmaet ikke kan gives adgang (éligible) til at deltage i licitationer eller fælles overenskomster om offentlige tjenesteydelser, der finansieres af EUF.

— Subsidiært: Kommissionen tilpligtes at meddele firmaet, om dette kan gives adgang i overensstemmelse med den principale påstand.

— Kommissionen tilpligtes at betale firmaet 1 DM i erstatning.

II — Flere spørgsmål rejser sig: først og fremmest, om skrivelsen til firma Gauff af 20. juni 1980 fra generaldirektøren for den juridiske tjeneste formelt set var en retsakt udstedt af den kompetente myndighed? Det er tvivlsomt. Jeg skal desuden bemærke, at firma Gauff ikke har nedlagt påstand om annullation af en afvisning af et tilbud, som firmaet har afgivet som følge af en bunden licitation, således som det var tilfældet i januar 1976.

Selv om svaret af 20. juni 1980 kun, om end med nye argumenter, bekræfter en faktisk situation, står det dog ikke desto mindre fast, at firma Gauff blev udelukket, generelt og permanent, og generaldirektøren anførte i sin erindringsseddel af 22. december 1977, at den ændrede juridiske opbygning af firmet (det blev i 1970 omdannet fra et personligt selskab til et kommanditselskab) ikke har medført nogen ændringer med hensyn til udøvelsen af den faktiske ledelse. Der er her tale om en stillingtagen, der klart kan tilskrives Kommissionen, og Kommissionen har i øvrigt taget ansvaret herfor i sine skrivelser.

Denne situation indeholder et klagepunkt over for firma Gauff, hver gang der åbnes en procedure angående fælles overenskomst eller licitationer, som firmaet med fordel ville kunne deltage i, hvis ikke der var blevet gjort indsigelse herimod. Firma Gauff har derfor interesse i en afklaring af sin retsstilling (dom af 17. 3. 1971 i sag 47/70, Kschwendt, Sml. 1971, s. 39).

III — Bundne licitationer og fælles overenskomster er de normale fremgangsmåder vedrørende aftaler om de tjenesteydelser (undersøgelser, teknisk bistand, tilsyn med arbejdets udførelse), som firmaet især beskæftiger sig med; disse fremgangsmåder er faktisk mere velegnede for så specielle ydelser som tjenesteydelser.

Bundne licitationer er kun åbne for de kandidater, som den »ordregivende myndighed« beslutter sig for at adspørge, eventuelt efter en procedure med forudgående udvælgelse, en fremgangsmåde, der vedtages især ud fra den særlige beskaffenhed eller omfanget af de ydelser, der skal udføres. Den begrænsede liste udarbejdes i snævert samarbejde mellem Kommissionen og den pågældende AVS-stat. Selv om det i sidste instans tilkommer den AVS-stat, der modtager hjælpen, at vælge det firma, den ønsker at slutte kontrakt med, ud af den »begrænsede liste«, er det en nødvendig betingelse for at få den pågældende kontrakt, at firmaet er optaget på denne liste, og tildelingen af kontrakten skal godkendes af den centrale anvisningsberettigede for EUF: det har altid været generaldirektøren for Generaldirektoratet for udvikling.

Kontrakten betegnes som en »fælles overenskomst«, såfremt den »ordregivende myndighed« frit kan optage de forhandlinger, den finder hensigtsmæssige, og tildeler kontrakten til den entreprenør eller leverandør, som den har valgt. I dette tilfælde udarbejdes listen over forud udvalgte kandidater af Kommissionen alene.

Denne fremgangsmåde giver pr. definition Kommissionen en større skønsmargen, end når det drejer sig om en åben licitation, som omfatter en offentlig indkaldelse af tilbud. Domstolen skal respektere den skønsmargen, der er nødvendig for den »ordregivende myndighed« til beskyttelse af almenvellet. Men Domstolen er kompetent til at kontrollere et skøn udøvet af Kommissionens tjenestegrene med henblik på at fastslå, om der eventuelt foreligger en åbenbar og alvorlig vildfarelse eller magtfordrejning (dom af 23. 11. 1978 i sag 56/77, Agence Européenne d'Intérims, Sml., s. 2234, præmis 20).

Det er derfor inden for disse grænser, jeg skal undersøge, hvorvidt firma Gauff's anbringender og argumenter er begrundede.

1) Uklarheden og den henholdende karakter af afvisningen over for firma Gauff er ikke i sig selv et grundlag for at kræve annullation, eftersom Kommissionen klart har redegjort for begrundelsen for denne afvisning.

2) Hverken gennemførelsesbestemmelserne i artiklerne 22 og 26 i protokol nr. 2 til den første Lomé-konvention af 1975

eller de almindelige betingelser for tildelingen og udførelsen af offentlige kontrakter, som finansieres af den fond, der blev oprettet i medfør af den anden Lomé-konvention af 1979 (artikel 131), er endnu blevet vedtaget. Tildelingen af kontrakter om teknisk samarbejde, der er afsluttet efter den 1. marts 1980, er derfor strengt taget fortsat underlagt artiklerne 24-27 i protokol nr. 2 til den første af disse konventioner. Selv om Kommissionens skønsmargen er videre, når det drejer sig om kontrakter indgået på grundlag af en bunden licitation, og i endnu højere grad, når det drejer sig om kontrakter indgået efter fælles overenskomst, må det imidlertid erkendes, således som firma Gauff har gjort gældende, at udelukkelsesreglerne i artikel 22, stk. 2, i de almindelige udbudsbetingelser vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter samt indkøbsaftaler finansieret i medfør af den anden Yaoundé-konvention, samt i artikel 17 i udkastet til de almindelige udbudsbetingelser vedrørende offentlige aftaler om tjenesteydelser finansieret i medfør af den første Lomé-konvention, må finde analog anvendelse.

Firma Gauff hævder videre, at den eneste udelukkelsesgrund, der mest ligner dette tilfælde, nemlig den, der er angivet i artikel 22, stk. 2, litra d), i de almindelige bestemmelser og betingelser for tildelingen og udførelsen af offentlige kontrakter, som finansieres af EUF (gjort anvendlige ved Rådets forordning nr. 282/72 af 31. januar 1972), ikke kan finde anvendelse over for firmaet, idet det ikke har været udsat for en *endelig retslig* domfældelse for en forseelse, der vedrører dets faglige hæderlighed«.

Artikel 17 i udkastet til de almindelige udbudsbetingelser vedrørende offentlige kontrakter om ydelser, der finansieres i medfør af den første Lomé-konvention, gentager i det væsentlige ordlyden af den nævnte artikel 22, men med tilføjelse af det tilfælde, hvor personer ex officio er blevet omfattet af en afgørelse om midlertidig eller vedvarende udelukkelse som sanktion på grund af manglende udførelse af en kontrakt om rådgivning eller om teknisk bistand.

Analogien kan ikke række længere: eftersom firmaet ikke — efter en kontradiktorisk procedure — er blevet ramt af en endelig retslig domfældelse, kan firmaet ikke fuldstændigt udelukkes fra deltagelse.

Kommissionen har heroverfor anført, at den manglende domfældelse af firma Gauff kan forklares på den måde, at der på fællesskabsrettens nuværende trin ikke var og fortsat ikke er mulighed for — i relation til Kommissionens egne tjenestemænd — at støtte sig på de strafferetlige bestemmelser, hvorefter de offentlige myndigheder i Forbundsrepublikken Tyskland kan retsforfølge aktiv korruption hos deres tjenestemænd. Kommissionen har udarbejdet et traktatudkast herom, der blev offentliggjort i De Europæiske Fællesskabers Tidende den 22. september 1976, men forslaget er endnu ikke blevet gennemført.

Det er ubestridt, at Kommissionen i marts 1973 modtog meddelelse fra de tyske skattemyndigheder om, at man ved en revision i firma Gauff havde konstateret, at firmaet i 1967 og 1968 havde udbetalt et beløb på 88 000 DM til en tjenestemand i Generaldirektoratet for udvikling, der var kompetent med

hensyn til forberedelsen, udførelsen og den tekniske kontrol med projekter, der finansieres af EUF. I forbindelse med denne revision erklærede firma Gauff, at en del af beløbet (50 000 DM) var blevet betalt med en almindelig check, og at en anden del var blevet overført til en konto tilhørende den pågældende tjenestemands hustru.

På foranledning af denne oplysning rejste Kommissionen i marts 1975 disciplinærsag mod den pågældende tjenestemand; sagen medførte, at tjenestemanden blev afskediget. Kommissionen opfordrede firma Gauff til at vidne under sagen, men firmaet foretrak ikke at give møde.

Ved Domstolen har firma Gauff forklaret, at den pågældende tjenestemand var en af Helmut P. Gauff's personlige venner og landsmand, og at det var som sådan, og ikke som ansvarlig for tildelingen af kontrakter, der finansieres af Fællesskabernes midler, at firmaet havde kontaktet ham. Den »provision«, som han fik udbetalt, havde kun »passeret« hans hænder, og de tyske skattemyndigheder har i øvrigt godkendt, at udbetalingen af sådanne »provisioner« fradrages i skatten.

Hvilken værdi disse forklaringer end må tillægges, er det min opfattelse, at Kommissionen — under hensyntagen til sit eget ansvar — ikke kan tillade, at sådanne beløb passerer gennem hænderne på en af dens tjenestemænd, som netop beskæftiger sig med kontrakter, selv ikke når det drejer sig om en ven og en landsmand til den faktiske leder af den ansøgende juridiske person, som han yder en tjeneste. Fremgangsmåden var sikkert hverken sædvanlig eller ufarlig, eftersom de tyske skattemyndigheder har underrettet Kommissionen gennem Forbundsrepublikken Tysklands faste repræsentation. Firma Gauff's undladelse af at give møde som vidne under disciplinærsagen mod tjenestemanden er forståelig, men firmaet kan ikke efterfølgende beklage sig over ikke at være blevet hørt. Efter min opfattelse har Kommissionen på lovlig vis kunnet nægte firma Gauff at deltage i licitationerne.

3) Jeg skal desuden bemærke, at denne udelukkelsesgrund formelt er fastholdt i Rådets direktiv af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, og i Rådets direktiv af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb. Artikel 23 i det førstnævnte direktiv og artikel 20 i det andet bestemmer:

»1) Fra deltagelse i tilbudsgivning kan enhver leverandør udelukkes,

. . .

d) som i faglige anliggender har begået en alvorlig fejl, som den ordregivende myndighed påviseligt har konstateret;

. . .«.

Retsforskrifterne i medlemsstaterne vedrørende tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter eller indkøbsaftaler må ligeledes gælde for kontrakter om tjenesteydelser indgået efter fælles overenskomst eller efter indhentning af tilbud, når disse finansieres af Den europæiske Udviklingsfond. Jeg skal be-

mærke, at der ikke er fastsat tidsfrist for en sådan udelukkelsesgrund.

4) Under disse omstændigheder er den benyttede fremgangsmåde over for firma Gauff ikke diskriminerende i forhold til de øvrige tilbudsgivere, ligesom der heller ikke foreligger magtfordrejning.

IV — Spørgsmålet om erstatningskravet fra firma Gauff hænger sammen med, hvorvidt firmaets udelukkelse var berettiget.

Jeg har nævnt, at udelukkelsen efter min opfattelse var berettiget. Den adfærd, som visse tjenestemænd ved Kommissionen har udvist, og som er årsag til den skade (krænkelse af firmaets faglige omdømme, fortabelse af muligheder), som firmaet kræver en rent symbolsk erstatning for, afvises af Kommissionen. Skadens vished og årsagssammenhængen mellem skaden og adfærden er for mig at se under alle omstændigheder ikke godtgjort.

Jeg skal herefter foreslå, at Kommissionen frifindes, og at firma Gauff tilpligtes at betale sagens omkostninger.