FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS

fremsat den 17. februar 2000 *

1. Dette er en appel af Retten i Første Instans' dom [1], hvorved Kommissionen blev frifundet i en erstatningssag anlagt af TEAM Srl, et italiensk rådgivende ingeniørfirma. Tabet hævdes at være lidt som følge af, at Kommissionen først traf beslutning om at annullere en udbudsprocedure for en undersøgelse af muligheden for at gennemføre moderniseringen af et jernbaneknudepunkt i Warszawa, og dernæst som følge af, at der efterfølgende blev indført begrænsninger i opfordringen til at afgive bud vedrørende endnu en sådan undersøgelse af gennemførligheden.

Sagens baggrund og retsforhandlingerne for Retten

2. Phare-programmet, der har hjemmel i Rådets forordning (EØF) nr. 3906/89 af 18. december 1989 om økonomisk bistand til Republikken Ungarn og Folkerepublikken Polen [2] og senere er udvidet til at omfatte andre lande i Central- og Østeuropa, er den ramme, inden for hvilken Det Europæiske Fællesskab yder økonomisk bistand for at gennemføre foranstaltninger, der skal støtte den økonomiske og sociale reformproces, som foregår i disse lande.

3. Artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 3906/89 bestemmer:

»Foranstaltningerne, der skal finansieres på grundlag af denne forordning, udvælges bl.a. under hensyn til modtagerlandenes præferencer og ønsker.«

4. Artikel 23 i General Regulations for Tenders and the Award of Service Contracts financed from PHARE/TACIS Funds (almindelige bestemmelser for udbud og tildeling af kontrakter om tjenesteydelser, der finansieres af midler fra Phare/Tacis) i den version, der var gældende på det

* Originalsprog: engelsk.

1 — Dom af 29.10.1998, sag T-13/96, TEAM mod Kommissionen, Sml. II, s. 4073.

2 — EFT L 375, s. 11; som ændret ved Rådets forordning (EØF) nr. 2698/90 af 17.9.1990 (EFT L 257, s. 1), nr. 3800/91 af 23.12.1991 (EFT L 357, s. 10), nr. 2334/92 af 7.8.1992 (EFT L 227, s. 1), nr. 1764/93 af 30.6.1993 (EFT L 162, s. 1) og nr. 1366/95 af 12.6.1995 (EFT L 133, s. 1).

relevante tidspunkt i denne sag[3], bestemmer:

»Annullation af udbudsproceduren

1. Før kontrakten tildeles, kan den ordregivende myndighed, uden derved at pådrage sig noget ansvar over for de bydende, og uanset på hvilket stadium proceduren for indgåelsen af kontrakten befinder sig på, enten beslutte at afslutte eller annullere udbudsproceduren i henhold til stk. 2 eller bestemme, at proceduren indledes på ny, om nødvendigt på et andet grundlag.

2. En udbudsprocedure kan navnlig afsluttes eller annulleres i følgende tilfælde:

...

d) hvis exceptionelle omstændigheder umuliggør en normal gennemførelse af udbudsproceduren eller en normal opfyldelse af kontrakten

...

3. Såfremt en udbudsprocedure annulleres, underrettes de bydende, som stadig er bundet af deres bud, herom af den ordregivende myndighed. De har ikke krav på nogen kompensation.«

5. Den 13. juni 1995 offentliggjorde Kommissionen et begrænset udbud vedrørende gennemførelse af en undersøgelse af muligheden for at gennemføre moderniseringen af et jernbaneknudepunkt i Warszawa på linje E-20 (herefter »juni-udbuddet«), der skulle finansieres inden for rammerne af Phare-projekt PL 9406 (Transport Infrastruktur-programmet for 1994). Dette udbud blev bl.a. sendt til TEAM og Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego (Kolprojekt) (herefter »Kolprojekt«), et polsk offentligt selskab, der driver rådgivende ingeniørvirksomhed inden for jernbanesektoren. Efter at have stiftet et konsortium med henblik på at deltage i udbuddet i fællesskab med Kolprojekt som den ledende bydende afgav de to virksomheder deres bud.

6. Ved telefax af 16. november 1995 underrettede Kommissionen de bydende om, at udbuddet var blevet annulleret, fordi der var blevet indført nye mål, og fordi udbudsbetingelserne var blevet ændret (herefter »den anfægtede afgørelse«).

3 — Jf. Rettens dom, præmis 4.

7. Den 4. december 1995 offentliggjorde Kommissionen »på vegne af den polske regering« et nyt begrænset udbud for udførelsen af en undersøgelse af muligheden for at gennemføre moderniseringen af Warszawa-jernbaneknudepunktet på linje E-20 TEN (herefter »det anfægtede udbud«). Listen over de prækvalificerede virksomheder, der blev opfordret til at afgive bud, omfattede sagsøgeren, men ikke Kolprojekt. Det var imidlertid i udbudsbetingelserne, der blev udstedt i forbindelse med det anfægtede udbud, under overskriften »Personale og lokal deltagelse« bestemt, at tilslagsmodtageren skulle samarbejde med Kolprojekt, og at det budget, der var afsat til det sidstnævnte selskabs deltagelse, skulle andrage 25% af det økonomiske bud. Udbudsbetingelserne synes i øvrigt at være identiske med dem, der fandtes i juni-udbuddet.

8. Ved telefax af 21. december 1995 meddelte lederen af Kommissionens relevante tjenestegren, at Kommissionen som svar på spørgsmål og bemærkninger fra en række bydende, som påpegede den manglende klarhed i udbudsbetingelserne med hensyn til de foreliggende data, indsamling af data og de polske institutioners medvirken, ville afklare sagen med de polske myndigheder med henblik på at fastsætte mere præcise udbudsbetingelser i løbet af januar og fastsætte en ny frist for afgivelse af bud. I telefaxen blev det præciseret, at afgivelsen af bud i mellemtiden var sat i bero og fristen udsat.

9. Den 26. januar 1996 anlagde sagsøgeren og Kolprojekt sag ved Retten i Første Instans med påstand om annullation af Kommissionens afgørelse i skrivelsen af 16. november 1995 og det anfægtede udbud, om erstatning for det lidte tab og om, at Kommissionen tilpligtedes at betale sagens omkostninger.

10. Ved telefax af 28. maj 1996 anmodede det polske ministerium for transport og maritim økonomi Kommissionen om at tage undersøgelsen vedrørende jernbaneknudepunktet i Warszawa ud af programmet Phare PL 9406 og erstatte det med andre presserende jernbaneprojekter. Ministeriet anførte, at afgivelsen af bud havde været sat i bero i flere måneder, og at undersøgelsen ikke kunne gennemføres. Det henviste også til ydre omstændigheder i forbindelse med den planlagte modernisering af jernbaneknudepunktet, navnlig forbedringen af jernbanelinje E-20 på strækningen Warszawa-Terespol, og til nye, højere prioriterede forhåndsinvesteringer i en anden linje.

11. Vicegeneraldirektøren for GD IA meddelte ved skrivelse af 3. juni 1996 det polske ministerium, at Kommissionen havde imødekommet anmodningen. Han anførte, at Kommissionen, da der ikke længere var grund til at fortsætte udbudsproceduren vedrørende undersøgelsen, havde besluttet at annullere hele proceduren i henhold til artikel 23, stk. 2, litra d), i de almindelige bestemmelser.

12. Ved skrivelse af samme dato underrettede direktøren for Direktorat B i GD IA sagsøgeren og Kolprojekt om det polske

ministeriums anmodning samt om Kommissionens efterfølgende beslutning om at annullere hele udbudsproceduren i henhold til artikel 23, stk. 2, litra d), i de almindelige bestemmelser.

13. Ved kendelse af 13. juni 1997 bestemte Retten (Fjerde Afdeling) på begæring af Kommissionen, at det var ufornødent at træffe afgørelse vedrørende annullationspåstanden, og henskød påstanden om afvisning af erstatningspåstanden til afgørelse i forbindelse med sagens realitet [4].

14. Ved kendelse af 8. maj 1998 [5] bestemte formanden for Rettens Fjerde Afdeling, der i sagsøgernes svar var blevet underrettet om, at Kolprojekt ønskede at trække sig ud af sagen, at sidstnævntes navn skulle slettes af Rettens register.

Rettens dom

15. Det væsentlige indhold i Rettens dom findes i præmis 68-79. Sagt i korthed udtalte Retten følgende.

16. For det første [6] fandt Retten, at de omkostninger og udgifter, som en bydende afholder i forbindelse med sin deltagelse i et udbud, i princippet ikke kan være et tab, der kan genoprettes ved ydelse af erstatning, da den ordregivende myndighed ifølge de almindelige bestemmelsers artikel 23, der gælder for udbudsproceduren, kan beslutte at afslutte eller annullere udbudsproceduren uden at pådrage sig erstatningsansvar, og for det andet fordi det præciseres i instrukserne til de bydende, som er en del af juni-udbuddet, at den ordregivende myndighed ikke var forpligtet til at acceptere det laveste bud eller til at tildele kontrakten.

17. Dernæst [7] behandlede Retten spørgsmålene om retsstridighed og årsagsforbindelse, da artikel 23 ikke kan finde anvendelse, hvis en bydendes chancer for at få tildelt kontrakten er blevet påvirket af en tilsidesættelse af fællesskabsretten under gennemførelsen af udbudsproceduren. Den bemærkede, at TEAM ikke havde godtgjort, at der forelå en sådan tilsidesættelse af fællesskabsretten, og at årsagen til, at chancen for at få tildelt kontrakten var gået tabt, under alle omstændigheder var, at undersøgelsen af gennemførligheden var blevet taget ud af Phare PL 9406-programmet (og at Kommissionen havde accepteret dette i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 3906/89), hvilket TEAM ikke

4 — Sag T-13/96, TEAM og Kolprojekt mod Kommissionen, Sml. II, s. 983.

5 — Ikke trykt i Samling af Afgørelser.

6 — Præmis 69, 70 og 71.

7 — Præmis 72-75.

havde godtgjort var enten i strid med fællesskabsretten eller forårsaget af den over for Kommissionen påtalte adfærd.

18. Retten gik derefter over til at behandle den skade, som angiveligt var en følge af, at TEAM ikke fik tildelt kontrakten [8], og fastslog, at da sagsøgeren ikke havde sikkerhed for at få kontrakten tildelt, var der ikke tale om et allerede opstået og aktuelt, men om et fremtidigt og hypotetisk tab. Med hensyn til den hævdede skade på sagsøgerens omdømme bemærkede Retten, at der ikke var nogen årsagsforbindelse mellem en ulovlig adfærd fra Kommissionens side og den skade, som hævdedes at være en følge deraf.

19. Retten tog følgelig ikke påstanden om erstatning til følge, da den savnede grundlag [9].

20. Retten udtalte sig også om to dokumenter, som TEAM påberåbte sig under retsmødet: En skrivelse af 21. august 1995 fra det polske ministerium for transport og maritim økonomi til Kommissionen og en fortrolig version af referatet af et møde mellem repræsentanter for Kommissionen og ministeriet vedrørende vurderingen af de i forbindelse med udbuddet af 13. juni 1995 afgivne bud. Retten fastslog, at dokumenterne ikke var relevante for tvistens afgørelse; Retten tog dem derfor ikke i betragtning med henblik på dommen [10]. Retten tog imidlertid ikke stilling til Kommissionens formalitetsindsigelse med hensyn til disse dokumenter.

Appelanbringenderne, hvorefter Retten påstås at have tilsidesat processuelle bestemmelser

21. TEAM's første to anbringender til støtte for appellen kan sammenfattes under denne overskrift. Anbringenderne går ud på, at Retten i Første Instans ved sin behandling af de to ovennævnte dokumenter tilsidesatte sit procesreglement, hvilket skadede TEAM's interesser.

Baggrunden for de to pågældende dokumenter

22. Ved et skriftligt spørgsmål afsendt den 11. maj 1998 anmodede Retten i henhold til procesreglementets artikel 64 Kommissionen om senest den 20. maj 1998 at fremlægge referater, noter og memoranda vedrørende den anfægtede afgørelse og det anfægtede udbud samt brevvekslingen mellem Kommissionen og de polske myndigheder mellem den 13. juni og den 4. december 1995 om forløbet af de to

8 — Præmis 76 og 77.
9 — Præmis 78.
10 — Præmis 79.

pågældende udbud. Den 20. maj 1998 tilsendte Kommissionen Retten dokumenterne med en følgeskrivelse, hvori den anførte, at de ikke var relevante for sagens behandling og i alle tilfælde var fortrolige, og anmodede følgelig Retten om ikke at vedlægge dem sagens akter eller meddele dem til sagsøgeren uden at høre dens yderligere bemærkninger. Den 4. juni 1998 returnerede Retten dokumenterne til Kommissionen og anmodede den om at fremlægge en ikke-fortrolig version. Kommissionen besvarede denne anmodning med skrivelse af 5. juni 1998, hvori den præciserede, at det ikke var Kommissionens opgave at stille dokumenter til rådighed, som tilhørte den polske regering eller de polske myndigheder, eller at sende de øvrige dokumenter uden de fortrolige oplysninger, og gentog, at dokumenterne efter dens opfattelse under alle omstændigheder var uden betydning for sagens behandling.

23. Retten fremsendte dokumenterne til TEAM den 12. juni 1998. Iblandt dem var en skrivelse af 21. august 1995 fra det polske ministerium for transport og maritim økonomi til Kommissionen og en ikke-fortrolig version af referatet af et møde, der blev holdt i Bruxelles den 13. september 1995 mellem repræsentanter for Kommissionen og ministeriet om vurderingen af de bud, der var blevet afgivet som led i udbuddet af 13. juni 1995.

24. Skrivelsen af 21. august 1995 var et svar på en skrivelse fra Kommissionen af 11. august 1995, hvori Kommissionen tilkendegav, at den ikke kunne tilslutte sig udbuddets bedømmelsesrapport (som havde anbefalet TEAM og Kolprojekt) og resultatet af udbudsproceduren, og påpegede, at hvis de polske myndigheder ønskede at fortsætte med at finansiere undersøgelsen under Phare, måtte der ske en ny bedømmelse. I skrivelsen af 21. august 1995 blev der givet udtryk for overraskelse over denne opfattelse, og Kommissionen blev anmodet om en afklaring, mens det blev anerkendt, at det tilkom Kommissionen at træffe den endelige afgørelse om udvælgelse af den bydende, der skulle have kontrakten tildelt.

25. I referatet af mødet den 13. september 1995, der var indkaldt med henblik på at redegøre nærmere for Kommissionens holdning, er det gengivet, at Kommissionen fandt, at de to bud, som økonomisk set var lige fordelagtige, var afgivet af andre virksomheder end TEAM, som besatte tredjepladsen. I et bilag, vedlagt en tabel med de procentpoint, som hver enkelt af de fem bydende havde opnået i henhold til forskellige kriterier, angives den nærmere begrundelse herfor.

26. I retsmødet den 25. juni 1998 anmodede TEAM om, at de to dokumenter indgik i sagens akter. Retten imødekom ikke anmodningen, da den fandt dokumenterne uden betydning.

Sammenfatning af argumenterne

27. TEAM har gjort opmærksom på, at det var i stævningen af 26. januar 1996, at selskabet for første gang bad Retten om at anmode Kommissionen om at fremlægge alle relevante mødereferater og korrespondance, hvilket vil sige toethalvt år, før Retten formelt fremsatte anmodning herom. TEAM har gjort gældende, at Rettens adfærd er en klar tilsidesættelse af selskabets ret til kontradiktion, eftersom afgørelsen om at anmode om fremlæggelse først blev truffet efter, at der var gået urimelig lang tid, og TEAM ikke længere var i stand til at fremsætte skriftlige indlæg og havde kort tid til at benytte sig af disse dokumenter med henblik på retsmødet.

28. TEAM har videre gjort gældende, at der skete en mere alvorlig tilsidesættelse af retten til kontradiktion, da Retten afviste at tage hensyn til de to dokumenter. Retten afgjorde hermed væsentlige spørgsmål vedrørende TEAM's udøvelse af retten til kontradiktion, såsom relevansen og fortroligheden af de pågældende dokumenter, uden at give TEAM mulighed for at give sin mening til kende. Endvidere begik Retten en række alvorlige rettergangsfejl, da den uden begrundelse fastslog, at dokumenterne var uden betydning, og at den derfor ikke ville tage hensyn til dem.

29. TEAM har tilføjet, at Retten forvanskede beviserne ved at konkludere, at beviserne var uden betydning for sagen. Dokumenterne var tværtimod relevante for en korrekt vurdering af mindst to af de i stævningen indeholdte forhold, nemlig Kommissionens ulovlige adfærd og den afgørende rolle, som Kommissionen havde, fordi den ændrede udbudsproceduren og hindrede fortsættelsen heraf.

30. Endelig har TEAM gjort gældende, at Retten ikke begrundede sin afgørelse om, at dokumenterne var uden betydning, hvilket i sig selv er nok til at gøre dens afgørelse ugyldig.

31. Kommissionen har anført, at der er gået to år og ti måneder mellem indleveringen af stævningen til Retten i Første Instans og afsigelsen af dommen. Den har dog gjort opmærksom på de usædvanlige forhold i denne sag — nemlig at Retten blev anmodet om at tage stilling til omstændigheder, der fandt sted efter, at sagen var anlagt, at TEAM først opgjorde sit tab i replikken indleveret den 8. oktober 1997 (ét år og ti måneder efter sagens anlæggelse), og at det først var på dette tidspunkt, at Retten var blevet underrettet om Kolprojekt's ønske om at hæve sagen. Retten kunne derfor i overensstemmelse hermed ikke have en idé om situationen, førend den skriftlige forhandling var afsluttet, nemlig i slutningen af 1997. Det kan derfor ikke gøres gældende, at fristen for bevisoptagelsen i maj 1998 var urimelig eller uretfærdig.

32. Hvad angår Rettens påståede undladelse af at give en begrundelse for ikke at tage hensyn til dokumenterne har Kommissionen gjort gældende, at den appellerede doms præmis 79, der indeholder ordene »det fremgår af det foregående«, og som derfor skal læses i sammenhæng med præmis 12 [11], 73, 74 og 75, klart viser logikken bag Rettens afgørelse.

Vurdering

33. TEAM har i det væsentlige gjort gældende, at Retten i) først efter, at der var hengået lang tid, begærede dokumenterne fremlagt, ii) uden at have hørt selskabet, traf afgørelse om forhold, der vedrørte TEAM's ret til kontradiktion, nemlig relevansen og fortroligheden af dokumenterne, iii) med urette afviste at tage hensyn til dokumenterne og forvanskede beviserne ved at konkludere, at de var uden betydning, og iv) ikke begrundede dette resultat.

34. Selv om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse for Retten ikke i almindelighed kan prøves af Domstolen [12], kan en urimelig lang sagsbehandlingstid danne grundlag for en appel [13]. Der er imidlertid i denne sag intet, der kan underbygge påstanden om, at dokumenterne ikke blev beordret fremlagt uden unødig forsinkelse. Det var først i kendelsen af 13. juni 1997, at Retten besluttede at udsætte afgørelsen om Kommissionens formalitetsindsigelse, indtil den havde taget stilling til erstatningspåstanden. Kommissionen henviste i den efterfølgende måned i svarskriftet af 16. juli 1997 til, at der fandtes et dokument, der var oprettet over for en notar, hvorved repræsentanterne tilbagekaldte den fuldmagt, de havde givet til deres advokater (der også handlede på vegne af TEAM), og hvori de havde bedt deres advokater om at ophøre med at handle i Kolprojekt's navn. Dette dokument blev efterfølgende vedlagt som bilag til den replik, TEAM indgav den 8. oktober 1997. Retten fastslog i kendelse af 8. maj 1998, at dette måtte opfattes, som om sagen var blevet hævet som omhandlet i artikel 99 i Rettens procesreglement, hvorfor den slettede Kolprojekt's navn af registret. Tre dage senere fremsatte Retten sin første anmodning om relevante dokumenter over for Kommissionen. Henset til ovennævnte omstændigheder kan den tid, der er gået mellem TEAM's stævning og denne første anmodning, ikke anses for at være urimelig eller for lang.

35. For så vidt angår klagepunkterne vedrørende Rettens stillingtagen til relevansen og fortroligheden af dokumenterne har Domstolen allerede gentagne gange fastslået, at det alene er Retten, der har kompetence til at afgøre, hvilken bevi-

11 — Der refererer faxen fra det polske ministerium for transport og maritim økonomi, hvori ministeriet anmoder Kommissionen om at trække undersøgelsen ud af Phareprogrammet, jf. punkt 10 i nærværende forslag til afgørelse.

12 — Domstolens kendelse af 14.12.1995, sag C-173/95 P, Hogan mod Domstolen, Sml. I, s. 4905, præmis 15.

13 — Domstolens dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417.

sværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt, og at denne vurdering følgelig ikke udgør — medmindre beviserne er gengivet forkert — et retsspørgsmål, som dermed er undergivet Domstolens prøvelsesret [14]. Der er intet i Rettens dom, der giver holdepunkter for at antage, at Retten har gengivet beviserne forkert.

36. Hvad nærmere angår argumentet vedrørende fortrolighed påhviler det Retten, og nærmere bestemt den afdeling, som sagen er henvist til, at træffe afgørelse om processuelle stridsspørgsmål, der rejses af parterne, og navnlig spørgsmål, der vedrører udveksling mellem parterne af hemmelige eller fortrolige dokumenter [15]. Desuden og under alle omstændigheder så Retten de fortrolige versioner af dokumenterne og afviste dem som værende uden betydning; da denne afgørelse, som angivet ovenfor, ikke kan prøves af Domstolen, har appelanbringendet om spørgsmålet om fortrolighed ikke længere nogen selvstændig mening.

37. Hvad angår argumenterne vedrørende TEAM's ret til kontradiktion er det klart, at TEAM havde mulighed for at udtale sig om de to dokumenter. Selskabet modtog næsten to uger før retsmødet både skrivelsen og den ikke-fortrolige version af referatet; TEAM har desuden indrømmet at have fået egne kopier af dokumenterne, herunder sandsynligvis den fortrolige version af referatet, der er vedlagt som bilag til appelskriftet.

38. Endelig har TEAM gjort gældende, at Retten ikke gav nogen begrundelse for at fastslå, at dokumenterne var uden betydning. Retten er ganske vist underlagt det generelle princip om, at enhver domsmyndighed har pligt til at begrunde sine afgørelser, navnlig ved at anføre grundene til, at den ikke har taget et klagepunkt, som formelt er påberåbt for den, til følge [16], men dette betyder ikke, at Retten har pligt til at begrunde enhver processuel eller bevismæssig afgørelse. I henhold til dette princip skal Retten tage stilling til alle retlige anbringender, som er påberåbt for den, men er ikke nødvendigvis forpligtet til at undersøge samtlige supplerende argumenter [17]. Retten er navnlig ikke forpligtet til at begrunde enhver bevisvurdering, idet sådanne vurderinger som ovenfor anført er fastlæggelse af de faktiske omstændigheder og ikke afgørelser af retlige spørgsmål.

39. Det af TEAM påberåbte appelanbringende, hvorefter Retten har tilsidesat

14 — Jf. bl.a. dom af 16.9.1997, sag C-362/95 P, Blackspur DIY m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 4775, præmis 29.

15 — Rettens kendelse af 10.12.1997, forenede sager T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 og T-157/94, NMH Stahlwerke m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2293, præmis 41.

16 — Domstolens dom af 1.10.1991, sag C-283/90 P, Vidrányi mod Kommissionen, Sml. I, s. 4339, præmis 29.

17 — Vidrányi-dommen, præmis 31. Jf. tillige generaladvokat Van Gerven's forslag til afgørelse i sagen Moritz mod Kommissionen (Domstolens dom af 17.12.1992, sag C-68/91 P, Sml. I, s. 6849, punkt 7).

væsentlige formforskrifter, savner derfor grundlag.

Appelanbringenderne vedrørende Rettens fortolkning af de af TEAM påberåbte argumenter

40. TEAM har gjort gældende, at Retten på to punkter har fortolket argumenterne i stævningen urigtigt og derfor har fastlagt de retlige virkninger heraf forkert; det første vedrører det tab, der hævdes at være lidt, og det andet vedrører årsagsforbindelsen.

Begrebet tab, der skal erstattes

41. For det første har TEAM kritiseret Retten for at fastslå, at det tab, som selskabet hævder at have lidt, navnlig den manglende tildeling af kontrakten, ikke kunne erstattes, medmindre selskabet havde ret til kontrakten. TEAM har gjort opmærksom på, at selskabet i sine skriftlige og mundtlige indlæg har understreget, at det tab, selskabet gør gældende, at det har lidt, ikke består i, at det ikke fik tildelt kontrakten, men blev forårsaget af den nye retlige situation. Det ligger fast, at såfremt der konstateres uregelmæssigheder under en udbudsprocedure, kan en bydende, der har afgivet bud i overensstemmelse med den foreskrevne procedure — uafhængigt af det faktiske eller mulige udfald af tildelingsproceduren — kræve erstatning både for tab af chancen for at få tildelt kontrakten og for de omkostninger og udgifter, der er opstået i forbindelse med deltagelsen i udbuddet. Dette princip er baseret på, at den bydende i det mindste skal have en chance for at få tildelt kontrakten, og at det netop er i forbindelse hermed, at han pådrager sig omkostninger ved udarbejdelsen af bud. Retten forvanskede TEAM's argumenter om erstatning, idet den overhovedet ikke tog hensyn til de påberåbte retlige principper, og den begik derved en alvorlig retlig fejl.

42. Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at Retten faktisk undersøgte påstanden om tab af chancen for at få kontrakten tildelt, og at den konkluderede, at tabet ikke skyldtes en tilsidesættelse af fællesskabsretten, men en handling fra den polske regerings side, nemlig tilbagetrækningen af undersøgelsen. Dette tiltrådte TEAM for Retten i øvrigt i replikken, hvori selskabet udtalte, at de polske myndigheders beslutning om at trække undersøgelsen tilbage langt fra udbedrede den lidte skade, men snarere gjorde den uoprettelig. Desuden fastslog Retten, at TEAM ikke havde godtgjort, at Kommissionen havde tilsidesat fællesskabsretten.

43. Efter min mening kan TEAM's appel ikke admitteres på dette punkt. TEAM opdelte, i den stævning, der var indleveret til Retten, sit erstatningskrav i i) udgifter og omkostninger, ii) tab lidt som følge af den manglende tildeling af kontrakten, og iii) godtgørelse for krænkelse af selskabets

omdømme. Denne formel er gentaget i selskabets indlæg af 8. august 1996 vedrørende Kommissionens afvisningspåstand og i selskabets replik af 8. oktober 1997, og den understøttes af de opgørelser af erstatningskravet, der er indeholdt i begge dokumenter. TEAM synes derfor for Retten at have nedlagt påstand om erstatning for, at selskabet ikke fik kontrakten tildelt. En part har ikke adgang til først at fremføre et anbringende for Domstolen, der ikke er blevet fremført for Retten [18]. Dette appelanbringende skal derfor afvises.

44. Appelanbringendet savner under alle omstændigheder grundlag. Som TEAM selv har gjort opmærksom på, kan der kun ydes erstatning for tabet af chancen for at få tildelt kontrakten, når proceduren ikke er forløbet forskriftsmæssigt. Som Retten udtalte i den appellerede doms præmis 69, kan den ordregivende myndighed, ifølge de almindelige bestemmelsers artikel 23, stk. 1, før den tildeler kontrakten, uden herved at pådrage sig noget ansvar over for de bydende, og uanset på hvilket trin de procedurer befinder sig, der fører til indgåelse af kontrakten, beslutte at afslutte eller annullere udbudsproceduren efter stk. 2 eller bestemme, at proceduren skal begynde forfra, om nødvendigt på et andet grundlag. Som Retten har udtalt, berettigede den nævnte bestemmelse ikke Kommissionen til at handle i strid med retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Der er imidlertid intet, der tyder på, at disse principper er tilsidesat i nærværende sag. Der er eksempelvis intet bevis for, at TEAM — med Rettens ord i dommen i sagen Embassy Limousines & Services mod Europa-Parlamentet [19] — »af den ordregivende institution var blevet tilskyndet til på forhånd at foretage uigenkaldelige investeringer, således at grænserne for de økonomiske risici, som normalt er forbundet med ... afgivelse af bud, overskrides, [og således at] Fællesskabet [kunne] pådrage sig et ansvar uden for kontraktforhold«. Jeg kan derfor ikke se nogen grund til at anfægte Rettens konklusion på dette punkt, hvorefter TEAM ikke har godtgjort, at Kommissionen har tilsidesat fællesskabsretten.

Urigtige kriterier til fastlæggelsen af årsagsforbindelsen

45. TEAM har gjort gældende, at Retten har anvendt urigtige kriterier til at fastlægge, om der foreligger en årsagsforbindelse, idet Retten i dommen går ud fra, at det hævdede tab ikke skyldtes en ulovlig handling eller adfærd fra Kommissionens side, men snarere de polske myndigheders selvstændige tilbagetrækning af projektet. Ifølge TEAM er dette forkert af to grunde: For det første skyldtes det hævdede tab Kommissionens handlinger og adfærd under udbudsproceduren og har ingen sammenhæng med de beslutninger, som de polske myndigheder efterfølgende har truf-

18 — Dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., Sml. I, s. 1981, præmis 59.

19 — Dom af 17.12.1998, sag T-203/96, Sml. II, s. 4239.

fet; for det andet skyldtes disse beslutninger under alle omstændigheder helt eller delvis Kommissionens ulovlige adfærd.

46. TEAM har på grundlag af Embassy Limousines-dommen [20] gjort gældende, at Kommissionen handlede retsstridigt ved at afvise at stadfæste Vurderingsudvalgets anbefaling. Retten burde derfor i stedet have fastslået, at det hævdede tab (både den mistede chance for tildeling af kontrakten og omkostninger og udgifter) var en direkte følge af Kommissionens handlinger og ikke havde noget at gøre med de polske myndigheders senere beslutning. Desuden — eftersom forsinkelsen med hensyn til tildeling af kontrakten, der udelukkende skyldtes Kommissionens retsstridige adfærd, var den altovervejende grund til, at de polske myndigheder besluttede at trække projektet tilbage — er Rettens konklusion, hvorefter tilbagetrækningen ikke på nogen måde skyldtes den påståede adfærd fra Kommissionens side, ikke velbegrundet.

47. Kommissionen har anført, at det omstændighed, at tilslagsmodtageren i det anfægtede udbud var forpligtet til at samarbejde med Kolprojekt, og at der var indføjet en bestemmelse om, at det budget, der var afsat til sidstnævnte selskabs deltagelse skulle andrage 25% af det økonomiske bud, betød, at det anfægtede udbud var meget forskelligt fra juni-udbuddet. Disse ændringer, der i betydelig grad ændrede det økonomiske indhold og arbejdsmetoderne i det projekt, der blev udbudt, blev tilføjet efter udtrykkelig anmodning fra den polske regering. Kommissionen søger at adskille de faktiske omstændigheder i denne sag fra dem i Embassy Limousines-dommen, hvori Europa-Parlamentets adfærd fandtes at have skabt en berettiget forventning, der kunne medføre et erstatningsansvar uden for kontrakt; Retten fastslog under alle omstændigheder i denne sag, at omkostningerne ved udarbejdelse af [buddet] skal betales af den virksomhed, som har besluttet at deltage i [proceduren om tildeling af kontrakten], idet adgangen til at afgive bud [på en kontrakt] ikke giver vished for at få tildelt kontrakten [21], og at sagsøgeren ikke var berettiget til at gøre krav på erstatning for tabt fortjeneste, da dette vil være ensbetydende med, at en kontrakt, der aldrig havde eksisteret, ville få virkning [22]. Dette princip finder ikke mindst anvendelse i denne sag, da kontrakten ikke alene aldrig har eksisteret, men ikke længere kunne eksistere, da den polske regering havde trukket projektet tilbage.

48. Dette appelanbringende indeholder to særskilte aspekter, der alligevel er sammenhængende. Der er for det første det anbringende, hvorefter det hævdede tab skyldes Kommissionen retsstridige handlinger og undladelser og ikke den polske regerings beslutning om at trække undersøgelsen tilbage, hvilket Retten har tiltrådt. For det andet er der anbringendet, hvorefter denne beslutning under alle omstændigheder hovedsagelig skyldtes Kommissionens ulovlige adfærd.

20 — Jf. fodnote 19.

21 — Dommens præmis 75.

22 — Dommens præmis 96.

49. Efter min opfattelse er Rettens bedømmelse med hensyn til fastlæggelsen af årsagsforbindelsen en fastlæggelse af faktiske omstændigheder, og den kan derfor ikke prøves under appellen. Selv om dette ikke var tilfældet, og selv om det hævdede tab eller de polske myndigheders beslutning havde været en følge af Kommissionens gennemførelse af udbudsproceduren, mener jeg ikke, at resultatet hverken kan eller bør være anderledes, eftersom der som ovenfor anført ikke er holdepunkter for at antage, at Kommissionen har handlet retsstridigt.

50. Heraf følger, at ingen af appelanbringenderne kan tages til følge.

Forslag til afgørelse

51. Jeg mener derfor, at Domstolen bør træffe følgende afgørelse:

1) Appellen forkastes.

2) TEAM tilpligtes at betale sagens omkostninger.