CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CARL OTTO LENZ

présentées le 30 juin 1992 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

A — Les faits

1. Le présent recours en annulation, en carence et en indemnité concerne une procédure d'appel d'offres restreint qui avait été engagée moyennant la participation d'un organisme inter-étatique regroupant certains pays ACP, le comité permanent inter-états de lutte contre la sécheresse dans le Sahel (CILSS), dans le cadre de la troisième convention de Lomé [1] (ci-après « convention »). Cette procédure visait à la réalisation d'un programme d'action régional, financé sur les ressources du Fonds européen de développement, dans les États membres du CILSS. La requérante, la société Italsolar, dont le siège est à Milan, avait présenté une offre que le CILSS avait rejetée. Les demandes formées devant la Cour ont pour objet le comportement de la Commission à l'égard de ladite procédure, comportement par lequel, selon la requérante, la Commission a manqué à ses obligations.

2. Le programme susmentionné, qui est couvert par une convention de financement au titre de l'article 222 de la convention et qui définit le cadre de l'appel d'offres litigieux, a été présenté par le CILSS et concerne l'utilisation de l'énergie solaire photovoltaïque dans les pays du Sahel (programme régional solaire — PRS). L'introduction à grande échelle d'équipements photovoltaïques vise à répandre et à banaliser l'utilisation de l'énergie solaire sur les territoires des neuf pays du Sahel [2]. Plus précisément, il s'agit de systèmes utilisant l'énergie solaire, destinés au pompage, à l'éclairage, à la réfrigération et à la recharge de piles et accumulateurs; avec 95 % de la puissance-crête installée, le pompage représente le volet le plus important (article 1er de l'annexe technique aux clauses particulières de l'appel d'offres applicables = partie A du dossier d'appel d'offres). La présentation du programme énonce que celui-ci est sous-tendu par les principes suivants:

« — Les charges récurrentes doivent être supportées par les utilisateurs;

— le PRS se veut la première phase d'un processus de développement du solaire, fondé sur une relation ordinaire entre client et fournisseurs, ceci en premier lieu pour le service après-vente. »

3. L'appel d'offres lui-même [n° 6100.20.94.216 (REG/6116)] était basé en premier lieu sur le dossier d'appel d'offres susmentionné, qui se composait des clauses particulières (partie A) assorties d'une annexe technique, ainsi que des clauses générales (partie B). Était en outre

* Langue originale: l'allemand.

1 — Troisième convention ACP-CEE, conclue conformément à une décision du Conseil et de la Commission du 24 mars 1986 (JO L 86, p. 3).

2 — Burkina Faso, Cap-Vert, Gambie, Guinée, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal et Tchad.

applicable le cahier général des charges des marchés publics de travaux et de fournitures financés par le Fonds européen de développement [3] (ci-après « cahier des charges »). L'appel d'offres avait pour objet, conformément à l'article III de la partie A du dossier d'appel d'offres, d'une part, la fourniture et l'installation des équipements susmentionnés, et, d'autre part, des prestations complémentaires, à savoir:

— la mise sur pied d'un réseau de commercialisation de pièces de rechange;

— la maintenance des équipements;

— des actions de formation du personnel.

4. En ce qui concerne les détails des fournitures et prestations d'installation, du service après-vente, de la maintenance et de la formation du personnel, cet article renvoie à l'annexe technique.

5. Tandis que l'article 236, paragraphe 1, de la convention et l'article 45, paragraphe 1, du cahier des charges définissent les critères généraux de détermination de l'« offre économiquement la plus avantageuse », dont le choix s'impose en vertu de l'article 226, paragraphe 2, de la convention, il résulte de plusieurs passages de la partie A du dossier d'appel d'offres que, pour l'appel d'offres qui nous occupe, le *service après-vente* offert est — parmi ces critères — un « élément fondamental » (voir le point X.2 de la partie A ainsi que l'article 1er, avant-dernier alinéa, et l'article 3.1 de l'annexe technique). Cette dernière disposition précise que les offres non conformes aux prescriptions qui y sont énoncées seront rejetées quel que soit le jugement porté, par ailleurs, sur la qualité et le prix des fournitures offertes; elle contient les différentes exigences auxquelles chaque offre doit satisfaire sur ce point. Le soumissionnaire doit préciser le nom et les références d'une société qui assure sa représentation dans chacun des États qui font partie du lot et qui effectue le service après-vente sous la responsabilité de l'attributaire. Il doit s'agir d'une société stable de droit local. L'offre devait indiquer à cet égard, entre autres:

— la raison sociale, la date de création, le capital social du représentant dans chaque État, ainsi que la localisation des établissements de cette société;

— les références de cette société dans l'exécution de tâches comparables à celles qui font l'objet du présent appel d'offres;

— la nature des accords commerciaux passés entre le soumissionnaire et son représentant local.

6. L'article 8 de l'annexe technique, qui définit la composition des offres, énonce que, en ce qui concerne le service après-vente, il y a lieu de produire, entre autres, des documents comportant des renseignements relatifs au représentant national de l'attributaire ainsi qu'une description des moyens mis en œuvre pour satisfaire aux obligations relatives au service après-vente.

3 — Voir le règlement (CEE) n° 282/72 du Conseil, du 31 janvier 1972 (JO L 39, p. 1).

7. L'appel d'offres était fractionné en trois lots qui englobaient chacun différents pays du Sahel:

lot n° 1: Cap-Vert, Gambie, Guinée-Bissau, Mauritanie et Sénégal;

lot n° 2: Burkina Faso et Mali;

lot n° 3: Niger et Tchad.

8. Conformément à l'article IV.4 de la partie A du dossier d'appel d'offres, les soumissionnaires avaient la possibilité d'établir des offres pour un, deux ou trois lots, ces offres devant être distinctes. L'offre économiquement la plus avantageuse selon les critères mentionnés dans l'annexe technique devait être déterminée séparément pour chaque lot. Afin de permettre la comparaison des différents systèmes et de leurs prestations, il était prévu que les trois lots ne devaient pas être attribués au même soumissionnaire.

9. A la suite de la demande de participation de la requérante à l'appel d'offres restreint, qu'elle avait introduite dans le cadre de l'avis n° 2731 relatif à une présélection des entreprises[4], le secrétaire exécutif du CILSS l'a invitée, par lettre du 6 juillet 1989, à faire parvenir avant le 6 novembre 1989 son offre établie conformément au dossier d'appel d'offres joint à l'adresse de la direction générale développement (DG VIII) de la Commission. La requérante a présenté une offre dans les délais impartis *pour les deuxième et troisième lots.*

4 — JO S 62 du 29.3.1988.

10. Après ouverture des enveloppes reçues, les offres ont été examinées et évaluées et diverses informations et explications ont été demandées aux candidats. En ce qui concerne la requérante, celle-ci a été invitée, par lettre de la DG VIII du 14 novembre 1989, à fournir un supplément d'informations sur les spécifications techniques du matériel, les références quant aux précédentes utilisations dans des pays d'outremer, les modalités d'installation prévues ainsi que l'organisation du service après-vente.

11. La requérante a fourni toutes ces informations dans les délais impartis.

12. Le 27 novembre 1989, une mission a été envoyée dans les établissements de la requérante aux fins de vérification technique des produits de l'entreprise.

13. Après que la requérante eut, sur demande du CILSS, prorogé le délai de validité de son offre à raison de deux mois au-delà de la durée de validité prévue à l'article XVI de la partie A du dossier d'appel d'offres, le CILSS a proposé d'attribuer provisoirement le marché à d'autres entreprises que la requérante et de procéder pour celles-ci à la phase des essais techniques conformément à l'article 5 de l'annexe technique à la partie A du dossier d'appel d'offres. Cette proposition a été approuvée par la Commission le 30 avril 1990.

14. Le CILSS a, par conséquent, informé la requérante du rejet de son offre par télex du 3 mai 1990, confirmé par lettre du 7 mai 1990.

15. Par lettre du 7 mai 1990, la requérante s'est adressée à la Commission — en se référant uniquement au télex, puisqu'elle n'avait manifestement pas encore reçu la lettre de confirmation du 7 mai 1990. Elle a exposé que, au cas où cette communication (du 3 mai) signifierait l'exclusion de ses offres de l'adjudication et si cette exclusion lui parvenait sous sa forme définitive, elle la considérerait comme tout à fait illégitime pour des raisons très graves qu'elle ne manquerait pas de faire connaître; elle s'est en conséquence réservé la possibilité de préserver ses droits devant les juridictions compétentes. Elle a souligné en particulier que, lors de l'ouverture des enveloppes, son offre était apparue comme économiquement la meilleure et que les sociétés qu'elle avait choisies pour la représenter dans chacun des pays étaient compétentes. Elle a ajouté qu'une quelconque mesure d'exclusion dépourvue d'une motivation justifiée aurait comme conséquence l'annulation de toute la procédure d'appel d'offres.

16. Cette lettre énonce en conclusion:

« En espérant que la communication que nous avons reçue est le résultat d'une méprise, une prompte réponse de votre part nous obligerait à ce propos. »

17. La Commission a répondu par lettre du directeur général de sa DG VIII du 12 juin 1990 que le pouvoir de décision d'attribution des lots appartenait au secrétaire exécutif du CILSS, puisque le PRS, dans lequel s'insérait l'appel d'offres, était exécuté sous la responsabilité de cet organisme. La Commission a ajouté qu'en tout état de cause elle avait suivi avec attention ce dossier et que le CILSS s'était assuré le concours d'experts internationaux pour l'appréciation des spécifications techniques des différentes offres. Elle a précisé, en outre, que l'appréciation globale de l'offre économiquement la plus avantageuse avait pris en compte, conformément au dossier d'appel d'offres, non seulement la qualité intrinsèque du matériel, mais également la viabilité des équipements et notamment le service après-vente et les garanties offertes pour la maintenance. Le rédacteur de cette lettre a exprimé son regret, dans le cadre de cette procédure, de confirmer que l'offre d'Italsolar — qui présentait des qualités certaines ayant justifié la prorogation de l'offre de la requérante — n'avait pas été retenue par le secrétaire exécutif du CILSS. Enfin, cette lettre a déclaré que si la requérante estimait devoir exprimer ses préoccupations sur cet appel d'offres, c'est bien au CILSS qu'il convenait de les communiquer, l'administration n'étant toutefois pas tenue, conformément à l'article 45, paragraphe 2, cinquième alinéa, du cahier des charges, de motiver sa décision.

18. Par lettre du 9 juillet 1990 adressée au secrétaire exécutif du CILSS, la requérante a demandé le retrait de la décision l'excluant et l'autorisation de participer à la suite de la procédure, et notamment aux tests de laboratoire, jusqu'à l'attribution finale. Elle a ajouté que, à défaut de mesures favorables à son égard, elle engagerait la procédure d'arbitrage prévue par l'article 238 de la convention afin que soit reconnu son droit de participer à la procédure et de se faire attribuer le marché en raison de son offre économiquement la plus avantageuse ou, à défaut, pour que lui soient alloués des dommages-intérêts.

19. Le 4 décembre 1990, elle a introduit auprès de la Chambre de commerce internationale une demande d'arbitrage dirigée contre le CILSS.

20. Une demande en référé de la requérante, introduite par acte séparé, a été rejetée par ordonnance du président de la Cour du 25 octobre 1990.

21. La requérante considère que son exclusion de la procédure d'appel d'offres, mais également la décision de la Commission qui lui a été communiquée par lettre du 12 juin 1990, sont illégales. En tout état de cause, selon elle, la Commission n'a pas pris les mesures qui étaient nécessaires pour sauvegarder ses intérêts. Elle subirait de ce fait un grave préjudice dont elle demande réparation à la Commission.

22. La *requérante* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— déclarer nulle et non avenue la décision de la Commission communiquée à la requérante par lettre du 12 juin 1990;

— subsidiairement: déclarer que la Commission a omis de prendre les mesures qu'elle était tenue d'adopter à l'égard de la requérante;

— condamner la Commission à réparer les dommages causés à la requérante;

— condamner la Commission aux dépens, y compris ceux de la procédure en référé.

23. La *Commission* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— déclarer irrecevable le recours pour autant qu'il est fondé sur les articles 173 et 175 du traité CEE et, à titre subsidiaire, le rejeter comme non fondé;

— rejeter comme non fondé le recours pour autant qu'il est fondé sur les articles 178 et 215, deuxième alinéa, du traité CEE;

— condamner la requérante aux dépens, y compris ceux de la procédure en référé.

24. Sur la question du bien-fondé du recours en indemnité, elle fait valoir en premier lieu que, eu égard aux insuffisances constatées du service après-vente offert par la requérante, elle a considéré la proposition du CILSS comme compatible avec les clauses de l'appel d'offres et qu'elle n'a donc trouvé aucune raison de s'opposer à cette proposition.

B — Discussion

I — *Sur les demandes au titre des articles 173 et 175 du traité CEE*

25. *1.* Le litige sur la recevabilité de ces demandes concerne en réalité la répartition des compétences entre la Commission, qui est à cet égard représentée, conformément aux articles 226, paragraphe 1, et 228, paragraphe 1, de la convention, par l'ordonnateur principal et le délégué, et l'administration agissant pour le compte des États ACP concernés (en l'espèce le CILSS) pour l'exécution de projets financés par le Fonds européen de développement, conformément

aux articles 192 et 215 et suivants de la convention. Dans ce cadre, il y a lieu de statuer sur deux questions distinctes, à savoir, d'une part, sur l'attribution du marché en tant que telle et, d'autre part, sur le financement sur les ressources du Fonds.

26. En ce qui concerne la répartition des compétences dans ce contexte, la requérante a clarifié au cours de la procédure orale l'argumentation — imprécise — qu'elle avait développée dans le cadre de la procédure écrite. Au cours de la procédure écrite, elle a soutenu que, bien que le pouvoir de négocier la conclusion des contrats financés par le Fonds européen de développement appartienne au CILSS [5], la Commission avait des compétences étendues en ce qui concerne l'organisation de la procédure d'appel d'offres et le contrôle de celle-ci [6]. Selon elle, dans le cas de l'affaire CMC [7], la Commission s'est opposée à l'exclusion de la meilleure offre et la Cour n'y a vu aucune irrégularité [8].

27. Dans le cadre de son argumentation relative à la demande au titre de l'article 175, la requérante a encore ajouté que la Commission était tenue, à l'égard de la procédure d'appel d'offres, à un devoir de vigilance, en ce sens qu'elle doit veiller à ce que l'administration qui procède à l'adjudication respecte les principes d'égalité et de non-discrimination et choisisse l'offre économiquement la plus avantageuse [9]. La requérante estime que la Commission a pêché par omission du fait qu'elle n'est pas intervenue aux fins de la faire réadmettre dans la procédure en cours [10].

5 — Réplique, p. 8.

6 — Loc. cit.

7 — Arrêt du 10 juillet 1985, CMC/Commission (118/83, Rec. p. 2325).

8 — Requête, p. 17.

9 — Réplique, p. 5.

10 — Requête, p. 18.

28. Cependant, la requérante ne s'est pas expressément prononcée, dans la procédure écrite, sur le point de savoir si les compétences et les devoirs évoqués *concernaient* en droit — outre le financement (voir article 192, paragraphe 4, de la convention) — également l'*attribution* du marché et la *procédure* y conduisant. Elle a, au contraire, placé au premier plan la situation *factuelle* de la Commission: l'acte lui faisant grief porte formellement — mais formellement seulement — la signature du secrétaire exécutif du CILSS [11]; les appels d'offres financés par le Fonds européen de développement sont gérés par la Commission, avec le concours purement formel des États ACP [12]. C'est ainsi que la mission technique qui s'est rendue dans son entreprise a été envoyée par la Commission elle-même, alors que le CILSS s'était opposé à l'envoi de cette mission et a empêché son propre représentant d'y participer [13].

29. Au cours de la procédure orale, la requérante a ensuite invoqué l'article 192, paragraphe 3, sous d), de la convention, libellé comme suit:

« Les États ACP et la Communauté ont la responsabilité conjointe de:

...

d) prendre les mesures d'application propres à assurer l'égalité des conditions de participation aux appels à la concurrence et aux marchés;

11 — Requête, p. 10.

12 — Requête, p. 15 et 16.

13 — Réplique, p. 1 et 2.

... »

30. D'une comparaison de cette disposition avec l'article 192, paragraphe 2, sous d), selon lequel les États ACP ont la responsabilité de

« préparer, négocier et conclure les marchés »,

elle a déduit que les États ACP et la Communauté avaient la responsabilité *conjointe* de la procédure d'appel d'offres jusques et y compris l'attribution du marché, alors que la compétence exclusive de l'État ACP concerné ne porte que — au cours de la phase postérieure à l'attribution — sur la conclusion du contrat avec le soumissionnaire choisi. Selon elle, l'approbation donnée par le représentant de la Commission à la proposition d'attribution provisoire de l'État ACP [voir article 228, paragraphe 3, sous d) et e), de la convention] constitue un préalable nécessaire à l'attribution elle-même.

31. Nous aborderons dans le cadre de l'examen de la demande en annulation la question d'un comportement de la Commission susceptible de constituer une immixtion dans les compétences du CILSS, mais il convient de traiter d'ores et déjà la question de principe de la répartition des compétences.

32. A cet égard, la Cour est parvenue dans l'affaire STS [14], après avoir analysé les dispositions pertinentes de la deuxième convention de Lomé, applicable dans cette affaire [15], à la conclusion — confirmée dans les arrêts ultérieurs CMC [16] et Murri [17], ainsi que Clemessy [18]

« que les marchés bénéficiant de l'aide du FED demeurent des marchés nationaux que les autorités de chaque État ACP ont compétence pour préparer, négocier et conclure » [19].

33. En ce qui concerne les compétences du délégué et de l'ordonnateur principal (les représentants de la Commission) en application de l'article 123 de la deuxième convention de Lomé (article 228 de la troisième convention, applicable en l'espèce), le point 16 de l'arrêt énonce:

« ... les interventions des représentants de la Commission dans cette procédure, qu'il s'agisse d'approbations ou de refus d'approbation, de visas ou de refus de visa, tendent uniquement à constater que les conditions du financement communautaire sont ou non réunies. Elles n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte au principe selon lequel les marchés en question demeurent des marchés nationaux que seuls les États ACP ont la responsabilité de préparer, négocier et conclure ».

14 — Arrêt du 10 juillet 1984, STS/Commission (126/83, Rec. p. 2769).

15 —

Lomé II		Lomé III
Article 108, paragraphe 2	=	Article 192, paragraphe 2
Article 120	=	Article 225, paragraphe 3
Article 122	=	Article 227
Article 108, paragraphe 5	=	Article 192, paragraphe 4
Article 121	=	Article 226
Article 123, paragraphe 1, sous a)	=	Article 228, paragraphe 1, sous a)

16 — Loc. cit.

17 — Arrêt du 19 septembre 1985, Murri/Commission (33/82, Rec. p. 2759).

18 — Arrêt du 24 juin 1986, Développement et Clemessy/Commission (267/82, Rec. p. 1907).

19 — Point 13 de l'arrêt STS.

34. Dans la suite de l'arrêt, la Cour expose (point 18, in fine):

« (Les candidats) n'entretiennent ... de relations juridiques qu'avec l'État ACP responsable du marché, et les actes des représentants de la Commission ne peuvent avoir pour effet de substituer à leur égard une décision communautaire à la décision de l'État ACP, seul compétent pour conclure et signer ce marché. »

35. Un examen d'ensemble de ces citations fait apparaître que la compétence exclusive des États ACP ne porte nullement sur la seule signature des contrats avec le soumissionnaire choisi, intervenant après l'attribution. Ces États conservent, en effet, la responsabilité de la *procédure* d'appel d'offres, puisque les représentants de la Commission n'interviennent à cet égard qu'aux fins du financement communautaire (point 16), mais également celle de la décision d'attribution elle-même, ce qui est nettement souligné par la tournure « marchés nationaux »[20] et également confirmé, d'ailleurs, par l'article 45 du cahier des charges[21]. En ce qui concerne plus spécialement la circonstance, contestée par la requérante, que la portée de l'approbation donnée par la Commission à la proposition d'attribution provisoire est limitée au financement, il convient de s'attacher non seulement au point 16, précité, de l'arrêt STS, mais également à une autre constatation faite par la Cour dans cet arrêt (point 19), selon laquelle

« l'acte par lequel le représentant de la Commission a approuvé l'attribution des marchés litigieux à la société Telspace ne concerne pas 'directement' la société STS, au sens de l'article 173, deuxième alinéa, du traité CEE ».

36. Compte tenu de tout ce qui précède, il y a lieu de rejeter la thèse de la requérante sur la question de la répartition des compétences.

37. 2. A la lumière de ce contexte, il apparaît que les demandes au titre des articles 173 et 175 sont irrecevables pour plusieurs raisons à la fois.

38. a) En ce qui concerne la demande au titre de l'article 173, sa recevabilité dépend du point de savoir si elle concerne un acte susceptible de produire des effets juridiques[22]. La requérante voit un pareil acte dans la lettre critiquée du 12 juin 1990. Sur ce point, son argumentation — manquant

20 — Voir également l'ordonnance du président de la Cour du 25 octobre 1990 dans la procédure en référé (affaire 257/90 R), point 18, où il est dit, en substance, que le CILSS *statue* sur l'attribution dans un sens positif ou négatif.

21 — Celui-ci énonce, en effet, en ce qui concerne la procédure à suivre par la commission chargée d'examiner les offres et par l'administration du pays tiers concerné:
« 1. La commission propose *à l'administration* l'offre économiquement la plus avantageuse...
2. ...
A titre d'information, l'*administration* avise de son choix le soumissionnaire qu'elle a retenu par une lettre recommandée avec accusé de réception...
...
L'*administration* avise également par lettres recommandées les autres soumissionnaires du rejet de leur offre.
L'*administration* n'est pas tenue de communiquer les motifs de *son choix*.
...
4. Lorsque l'*administration* décide de ne pas donner suite à un appel d'offres, elle en avise tous les soumissionnaires...»
(C'est nous qui soulignons)

22 — Voir, par exemple, l'ordonnance du 4 octobre 1991, Bosman/Commission (C-117/91, Rec. p. I-4837, point 13).

quelque peu de clarté [23] — résultant de ses mémoires a fait l'objet de sa part, au cours de la procédure orale, d'une présentation différente: la lettre exprime une double décision de la Commission; elle constitue, d'une part, la communication de l'acceptation tacite de l'exclusion sous la forme de l'approbation donnée à l'attribution provisoire, et, d'autre part, celle du refus de prendre des mesures propres à remédier à la situation, c'est-à-dire visant à obtenir la réadmission de la requérante dans la procédure.

39. Nous ne croyons pas pouvoir nous rallier à cette thèse. La Commission se borne, dans cette lettre, à expliciter de son point de vue la situation juridique en ce qui concerne les compétences, les critères pour l'attribution du marché ainsi que les prescriptions de forme applicables et à confirmer — sur la base de sa connaissance des faits — que le CILSS n'a pas retenu l'offre de la requérante.

40. Le seul acte susceptible de produire des effets juridiques est la mesure du CILSS mentionnée dans la lettre, mesure que la Commission, toutefois, ne fait qu'évoquer. Ni la présentation de la situation faite par la Commission dans cette lettre ni la réalité de cette situation (comme nous l'avons vu en examinant la répartition des compétences) ne permet d'imputer cette mesure à la Communauté. Cette constatation n'est pas non plus ébranlée par l'argumentation de la requérante selon laquelle le CILSS n'a statué que formellement sur l'exclusion critiquée. Il n'existe aucun élément indiquant que la Commission aurait, à cet égard, agi en dehors de sa compétence ou exercé vis-à-vis du CILSS une influence illicite dans le but d'exclure la requérante de l'attribution. La requérante a certes fait valoir que la Commission a pris certaines décisions à la place du CILSS dans le cadre de l'envoi de la mission technique (ce qui est toutefois contesté par la défenderesse). En revanche, elle n'a pas contesté la présentation de la Commission selon laquelle, de manière parfaitement conforme à la répartition des compétences, la proposition d'attribution provisoire à un autre soumissionnaire a émané du CILSS.

41. En ce qui concerne, dès lors, l'approbation éventuellement donnée par la Commission à l'attribution provisoire, la lettre critiquée n'en fait aucune mention et, même dans son recours, la requérante se base encore sur l'hypothèse que l'attribution provisoire n'est pas encore intervenue [24].

42. Aussi bien ne nous est-il pas possible de constater que la Commission aurait rejeté une invitation de la requérante de remédier à la situation. Cela n'est d'ailleurs pas autrement étonnant, puisque, dans sa lettre du

23 — Les pages 10 et 11 de la requête énoncent qu'une prise de position nette de la part de la Commission (vis-à-vis du CILSS) mettant clairement en évidence le caractère illicite de l'exclusion aurait sans nul doute conjuré l'exclusion de la requérante; que l'acte en cause est une décision produisant des effets dans la sphère juridique de la requérante, puisque par cet acte la Commission refuse de prendre les mesures sollicitées par la requérante pour la sauvegarde de ses intérêts. A la page 18 de la requête, on lit ensuite que la décision par laquelle la Commission a avalisé l'exclusion de la requérante doit être déclarée non valide (ainsi qu'il découle de l'argumentation subsidiaire qui suit, la requérante semble partir du principe que cette « décision » est communiquée dans la lettre critiquée). On ne voit pas clairement le rapport existant entre ces deux points de vue. Dans la réplique (p. 4), la requérante déclare que la lettre en question constitue la prise de position définitive de la Commission quant aux faits que la requérante lui a exposés et qu'elle constitue la manifestation extérieure du refus de la Commission de rectifier l'erreur dénoncée par la requérante.

24 — Voir p. 11 de la requête.

7 mai 1990, la requérante n'a pas formulé d'invitation expresse dans ce sens. D'une part, elle fait savoir dans cette lettre qu'elle estime — et pourquoi elle estime — son exclusion illégale, qu'elle se réserve d'agir « devant les juridictions compétentes » et qu'à son avis une mesure d'exclusion sans motivation justifiée aurait pour conséquence l'annulation de toute la procédure d'appel d'offres. D'autre part, elle exprime l'espoir qu'il s'agit d'une « méprise » et sollicite de la Commission une « réponse ».

43. Compte tenu de tous ces éléments, il y a lieu de constater que le recours au titre de l'article 173 est déjà irrecevable du fait qu'un acte susceptible de produire des effets juridiques fait défaut.

44. Pour le cas où la Cour interpréterait néanmoins la lettre de la Commission en ce sens qu'elle contient l'approbation (donnée à l'attribution provisoire) ou le refus (de remédier à la situation) critiqués par la requérante, ces actes ne pourraient en aucun cas concerner directement la requérante [25]. Cette constatation ne se trouve pas non plus affaiblie par l'arrêt de la Cour, cité par la requérante, rendu dans l'affaire Piraiki-Patraiki [26]. Cette affaire avait pour objet la question de savoir si une autorisation de la Commission pour des mesures de sauvegarde au titre de l'article 130, paragraphe 1, deuxième alinéa, de l'acte d'adhésion de la Grèce concernait directement les requérantes, des entreprises cotonnières grecques. L'autorisation habilitait la France à soumettre les importations de filés de coton en provenance de Grèce à un régime de quotas pour une durée déterminée. La Cour a constaté que, sans mesures d'exécution adoptées au niveau national, la décision de la Commission n'aurait pu affecter les requérantes, mais que, eu égard à l'attitude de la France avant l'introduction de la demande et lors de celle-ci, la possibilité qu'elle décide de ne pas profiter de la faculté qui lui avait été offerte par la décision de la Commission était purement théorique. La Cour a en conséqence reconnu que les requérantes étaient directement concernées. La différence fondamentale entre cette affaire et la présente espèce réside dans le fait que, dans l'affaire Piraiki-Patraiki, l'autorisation de la Commission concernait la mesure de sauvegarde elle-même, alors qu'en l'espèce les mesures prises par les représentants de la Commission n'ont pour objet que le financement par le Fonds européen de développement, les décisions concernant les soumissionnaires relatives au déroulement et au résultat de la procédure d'appel d'offres étant prises, pour leur part, de manière indépendante au niveau du CILSS.

45. Le recours serait donc également irrecevable au cas où la Cour ne ferait pas sienne notre interprétation de la lettre de la Commission du 12 juin 1990.

46. b) En ce qui concerne la demande au titre de l'article 175 du traité CEE, on constate, tout d'abord que, la condition de recevabilité posée au deuxième alinéa de cet article, à savoir une invitation « à agir », adressée à la Commission, n'est pas remplie. La seule lettre qui pourrait être considérée

25 — Voir l'arrêt STS, point 19.

26 — Arrêt du 17 janvier 1985, Piraiki-Patraiki/Commission (11/82, Rec. p. 207).

comme constituant une pareille invitation est celle du 7 mai 1990. Or, contrairement aux exigences applicables en la matière [27], cette lettre reste en tout cas muette sur le point de savoir *quelles* sont les mesures attendues de la Commission [28].

47. Au demeurant, un acte pris par la Commission dans le cadre des articles 215 et suivants de la convention aurait pour destinataire, comme nous l'avons vu, non pas la requérante, mais le CILSS. Tel est en particulier le cas d'une invitation adressée au CILSS, fautivement omise aux yeux de la requérante, de réadmettre celle-ci dans la procédure. Cette invitation, en tant que mesure visant à assurer un financement régulier (plus exactement en tant qu'indication de la position de la Commission selon laquelle, si cette invitation n'est pas suivie d'effet, le financement par le FED se trouve compromis), ne concernerait directement que le CILSS. Dans la mesure où la requérante a fait état, au cours de la procédure orale, de ce que l'omission réside (en premier lieu, par rapport au comportement venant d'être évoqué) dans le fait que la Commission ne s'est pas opposée à l'exclusion de la requérante, les mêmes considérations s'appliquent mutatis mutandis.

48. Dans de pareils cas de mesures à adresser à un tiers, qui ne concernent pas directement le requérant, les conditions de l'article 175, troisième alinéa, ne sont pas remplies, même si l'on attribue à ces mesures des effets juridiques [29]. Le recours au titre de cette disposition est dès lors irrecevable [30].

II — *Sur la demande au titre des articles 178 et 215 du traité CEE*

49. *1.* a) Sur la question de la *recevabilité* de cette demande, il convient, tout d'abord, de renvoyer à la constatation formulée par la Cour dans l'affaire CMC et confirmée dans les arrêts Murri et Clemessy, selon laquelle

« on ne saurait exclure l'hypothèse d'actes ou de comportements de la Commission, de ses services ou d'agents individuels à l'occasion de l'exécution de projets financés par le FED, préjudiciables à des tiers » [31].

50. La Cour poursuit:

« Toute personne qui se prétend lésée par de tels actes ou comportements doit dès lors avoir la possibilité d'introduire un recours, à charge d'établir les éléments d'une responsabilité, c'est-à-dire l'existence d'un dommage causé par un acte ou un comportement illégal, imputable à la Communauté » [32].

27 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Römer du 1er juillet 1971 dans l'affaire 8/71, Deutscher Komponistenverband/Commission (Rec. p. 705, 716).

28 — Voir ci-dessus, points 15, 16 et 42.

29 — Voir les ordonnances du 30 mars 1990, Emrich/Commission (C-371/89, Rec. p. I-1555, point 5), et du 23 mai 1990, Asia Motor France/Commission (C-72/90, Rec. p. I-2181, point 10). Le point de savoir s'il est satisfait aux exigences de l'article 175, troisième alinéa, lorsque le requérant, sans être destinataire de la mesure sollicitée, est néanmoins directement et individuellement concerné par elle, soulève des doutes qui ne sont pas encore définitivement résolus. Il n'est cependant pas nécessaire de s'y arrêter dans le cadre de la présente affaire.

30 — Arrêt CMC, point 29.

31 — Arrêt CMC, point 31.

32 — Loc. cit.

51. La Cour a donc reconnu, conformément au principe de l'autonomie du recours en indemnité par rapport au recours en annulation [33] et au recours en carence [34], que la recevabilité du premier n'est pas affectée par le fait que le caractère juridique particulier des mesures de la Commission s'oppose à un recours en annulation ou en carence.

52. b) La Commission n'a d'ailleurs pas contesté la recevabilité de la demande en indemnité, se contentant de qualifier d'irrecevable le chiffrage de celle-ci dans la réplique.

53. Il y a lieu de relever, à cet égard, que la requérante s'est expressément réservé, dans sa requête, le droit de quantifier le dommage, avant de caractériser la nature des deux chefs de préjudice invoqués: en premier lieu, les coûts supportés pour l'établissement de l'offre, et en second lieu, le bénéfice dont elle a été privée du fait qu'elle n'a pas remporté l'adjudication.

54. Dans sa réplique, la requérante a chiffré les chefs de préjudice invoqués [35].

55. Dans ces conditions, nous comprenons la demande formée comme une demande en constatation — précisée par les indications figurant dans la réplique — ayant pour objet les deux chefs de préjudice susmentionnés et nous prions la Cour de bien vouloir se reporter à sa jurisprudence qui a expressément qualifié de recevables de pareilles demandes et précisions, eu égard aux termes de l'article 38, paragraphe 1, sous d), du règlement de procédure [36].

56. 2. En ce qui concerne le *bien-fondé* de cette demande, celui-ci est soumis à trois conditions, à savoir l'illégalité du comportement reproché à l'institution, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement et le préjudice invoqué [37].

57. Ainsi qu'il sera démontré, il suffit en l'espèce de traiter la question de l'illégalité du comportement de la Commission.

58. a) En ce qui concerne l'identification de ce manquement, à savoir du comportement en question, il apparaît qu'à cet égard la requérante n'avance, aux fins de sa demande en indemnité, aucun élément distinct des arguments relatifs aux autres demandes. Il résulte de son argumentation écrite et orale, comme nous l'avons déjà fait ressortir dans le cadre de nos considérations relatives aux demandes au titre des articles

33 — Voir l'arrêt du 26 février 1986, Krohn Import-Export/Commission (175/84, Rec. p. 753, point 32).

34 — Voir l'arrêt du 28 avril 1971, Lütticke/Commission (4/69, Rec. p. 325, point 6).

35 — 478 624 000 LIT à titre de coûts supportés pour participer à la procédure d'appel d'offres;
15 % du prix offert pour chaque lot à titre de bénéfice perdu (ces prix sont indiqués dans l'annexe 5 à la requête).

36 — Arrêt du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission (25/62, Rec. p. 197, 224); voir également l'arrêt du 19 mai 1992, Mulder e.a./Conseil et Commission (C-104/89 et C-37/90, Rec. p. I-3061, points 10 et 11).

37 — Jurisprudence constante: voir, par exemple, l'arrêt du 17 mai 1990, Sonito/Commission (C-87/89, Rec. p. I-1981, point 16).

173 [38] et 175 [39], qu'il s'agit en l'espèce, globalement, de deux comportements: en premier lieu de l'approbation donnée à l'attribution provisoire à un autre soumissionnaire et à l'exclusion (qui lui est implicitement liée) de la requérante, et en second lieu de l'absence d'une intervention visant à obtenir la réadmission de la requérante dans la procédure.

59. La requérante estime que c'est à tort que la Commission a accepté l'avis du CILSS selon lequel l'offre de la requérante ne satisfait pas aux exigences en ce qui concerne le service après-vente.

60. b) Sur cette base, nous pouvons, tout d'abord, écarter l'exception d'inapplicabilité (article 184 du traité CEE) que la requérante a soulevée à l'égard du paragraphe 2, premier et cinquième alinéas, de l'article 45 du cahier des charges. La requérante n'a certes pas précisé si elle entendait faire valoir cette exception pour l'ensemble de ses demandes ou seulement pour certaines d'entre elles. Mais en tout état de cause, nous pouvons constater que le grief de la requérante vise une violation de principes juridiques tenant au fond du droit, de sorte que l'applicabilité des dispositions susmentionnées, qui concernent la confidentialité du procès-verbal de la commission d'appel d'offres et l'obligation (expressément écartée) de motiver le choix opéré, ne peut avoir d'incidence sur la solution du litige.

38 — Voir ci-dessus, point 38.

39 — Voir ci-dessus, point 47.

61. Au demeurant, comme la Commission l'a souligné à juste titre, ces dispositions ne servent pas de critère au comportement de la Commission (de la Communauté), mais à celui de l'administration du pays tiers concerné et de la commission d'appel d'offres, dont la composition et les modalités de fonctionnement sont fixées par la réglementation de ce pays (voir articles 42 et 45 du cahier des charges).

62. c) L'illégalité du comportement de la Commission pourrait dès lors, comme l'estime la requérante, résulter du fait que c'est à tort qu'elle a accepté le point de vue du CILSS selon lequel l'offre de la requérante ne satisfait pas aux exigences en ce qui concerne le service après-vente. Si une pareille erreur de la Commission devait apparaître, il y aurait lieu de rechercher quelle mesure elle aurait dû prendre compte tenu de la situation et de se demander si, en conséquence, les omissions critiquées constituent un comportement illégal.

63. Or, nous sommes d'avis qu'il n'existe pas d'éléments suffisants indiquant une pareille erreur de la Commission.

64. Il y a lieu de relever à cet égard que, dans sa réponse à la demande du 14 novembre 1989 [40], la requérante a expressément déclaré que l'organisation de service après-vente offerte ne pourrait pas se développer si l'un des deux lots (notamment le lot n° 2) était attribué à un autre soumissionnaire [41].

40 — Voir ci-dessus, point 10; annexe 6 à la requête.

41 — Telle est la formulation globale figurant dans le cadre de la réponse concernant le lot n° 3. En ce qui concerne le lot n° 2, il est dit que les lots n°s 2 et 3 représentent pour Italsolar, du point de vue de l'investissement à faire pour le service après-vente, un seul ensemble.

65. Cette condition pour le développement du service après-vente est en contradiction avec la clause susmentionnée du dossier d'appel d'offres selon laquelle les offres concernant les différents lots devaient être des offres distinctes, l'offre économiquement la plus avantageuse devant être déterminée séparément pour chaque lot [42]. L'offre de la requérante, pour autant qu'elle concernait le service après-vente, soit un aspect essentiel de l'appel d'offres [43], était donc assortie pour les deux lots d'une condition illicite.

66. Peu importe dès lors, en principe, comment il y a lieu d'apprécier la qualification et l'expérience des différentes firmes que la requérante a prévues pour la représenter dans les pays des deux lots litigieux.

67. Il y a cependant lieu d'ajouter que la requérante n'a pas fourni d'éléments suffisants indiquant que son offre relative au lot n° 2 répond aux exigences. L'offre pour ce lot est dès lors entachée d'un vice supplémentaire. En outre, le vice qui entache l'offre concernant le lot n° 3 du fait de la condition illicite susmentionnée s'en trouve aggravé, puisque cette condition, à savoir l'attribution du lot n° 2, apparaît impossible à remplir eu égard aux insuffisances du service après-vente offert pour ce lot.

68. A cet égard, la défenderesse a exposé dans son mémoire en défense, sans être contredite, que la firme Tagui, désignée par la requérante pour le Burkina Faso, était une entreprise ayant pour activité la distribution de produits pétroliers. La requérante a certes déclaré, dans sa réplique, que, en raison de ses relations avec le groupe ENI (dont fait également partie Italsolar), Tagui a pu envoyer en Italie certains de ses techniciens autochtones afin de leur permettre de suivre un cours de formation sur la technologie photovoltaïque. Toutefois, la réponse de la requérante à la demande susmentionnée, qui concerne spécialement, entre autres, la qualification du personnel de la firme intervenant sur place dans chaque pays, ne fait qu'envisager cette mesure de formation.

69. La requérante n'a d'ailleurs pas affirmé que Tagui disposait d'une expérience en ce qui concerne la construction ou l'entretien des différentes parties essentielles des équipements à installer. Comme elle l'a admis elle-même au cours de la procédure orale lors de la discussion concernant la qualification de la firme Toutelec Niger (que la requérante avait prévue pour la représenter dans l'un des pays du lot n° 3), ce sont notamment (mais pas seulement) les pompes qui méritent une attention particulière dans le cadre de l'entretien et du service après-vente. Or, il n'existe pas d'éléments indiquant une expérience ou une qualification de la firme Tagui dans ce domaine.

70. Nous ne sommes donc pas en mesure de constater que le choix opéré par la défenderesse, consistant à approuver l'exclusion de la requérante en acceptant la proposition d'attribuer le marché à un autre soumission-

42 — Voir ci-dessus, point 8.
43 — Voir ci-dessus, point 5.

naire, soit entaché d'erreur. Cela vaut naturellement aussi — abstraction faite ici de la portée des compétences de la Commission — dans la mesure où celle-ci n'a rien entrepris pour obtenir la réadmission de la requérante dans la procédure d'appel d'offres.

71. Enfin, aucune de ces conclusions n'est ébranlée par l'affirmation de la requérante concernant les tentatives prétendument faites par une certaine personne pour obtenir au moyen d'un chantage un pourcentage sur le montant du marché. Il n'est pas établi que, lors du choix des soumissionnaires ayant remporté l'attribution provisoire, des versements injustifiés (obtenus de cette manière) aient joué un rôle. Les télécopies produites par la requérante avec sa réplique — si tant est qu'elles soient probantes — font tout au plus apparaître que la requérante a mené elle-même des négociations avec ladite personne.

C — Conclusion

72. Pour les raisons indiquées, nous vous proposons:

— de rejeter comme irrecevables les demandes au titre des articles 173 et 175 du traité CEE;

— de rejeter comme non fondée la demande au titre des articles 178 et 215 du traité CEE;

— conformément à l'article 69 du règlement de procédure, de condamner la requérante aux dépens, y compris ceux de la procédure en référé.