

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

G. TESAURO

van 30 januari 1997 *

1. In deze hogere voorziening verzoekt de vennootschap Geotronics (hierna: „Geotronics” of „rekwirante”) het Hof om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 26 oktober 1995.¹ In dat arrest verwierp het Gerecht het beroep van Geotronics tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van 10 maart 1994 houdende afwijzing van de offerte die rekquirante had ingediend in het kader van een door het PHARE-programma gefinancierde aanbesteding, en tot vergoeding van de schade die zij wegens het litigieuze besluit stelt te hebben geleden.

Het Gerecht was meer bepaald van oordeel, dat de conclusies van Geotronics strekkende tot nietigverklaring van de bestreden handeling niet-ontvankelijk waren en dat de vordering tot schadevergoeding ongegrond was. In hogere voorziening komt rekquirante op tegen de niet-ontvankelijkverklaring van haar beroep tot nietigverklaring en herhaalt zij subsidiair haar tegen de Commissie gerichte vordering tot schadevergoeding.

De feiten

2. Op 9 juli 1993 lanceerden de Commissie, namens de Roemeense regering², en het

Roemeense Ministerie van Landbouw en Voeding in het kader van het PHARE-programma² gezamenlijk een niet-openbare aanbestedingsprocedure voor de levering van elektronische tachometers aan dat ministerie, bestemd voor gebruik in het kader van het Roemeense landbouwhervormings-programma. Op nationaal vlak werd het beheer van de aanbesteding toevertrouwd aan de ‚EC/PHARE Programme Management Unit-Bucharest’ (hierna: ‚PMU-Boekarest’).

Volgens de oproep tot inschrijving moest de te leveren apparatuur afkomstig zijn uit de Lid-Staten van de Europese Gemeenschap of uit één van de door het PHARE-programma begunstigde staten.³

2 — Het PHARE-programma, dat is gebaseerd op verordening (EEG) nr. 3906/89 van de Raad van 18 december 1989 betreffende economische hulp ten gunste van de Republiek Hongarije en de Volksrepubliek Polen (PB 1989, L 375, blz. 11; hierna: ‚basisverordening’), vormt het kader waarin de Europese Gemeenschap de economische hulp voor de financiering van de economische en sociale hervormingen in de landen in Midden- en Oost-Europa kanaliseert. Het programma was aanvankelijk beperkt tot de Republiek Hongarije en de Volksrepubliek Polen, maar is bij de verordeningen (EEG) nr. 2698/90 van de Raad van 17 september 1990 (PB 1990, L 257, blz. 1), nr. 3800/91 van de Raad van 23 december 1991 (PB 1991, L 357, blz. 10) en nr. 2334/92 van de Raad van 7 augustus 1992 (PB 1992, L 227, blz. 1) uitgebreid tot andere landen in Midden- en Oost-Europa.

3 — Zie punt 1, sub A, van de oproep tot inschrijving („Instructies voor de inschrijvers”).

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — Zaak T-185/94, Geotronics, Jurispr. 1995, blz. II-2795.

3. Op 16 juli 1993 diende rekwirante, een Franse vennootschap die een volledige dochteronderneming is van de vennootschap naar Zweeds recht Geotronics AB, een offerte in voor de levering van de verlangde apparatuur. Op 18 oktober 1993 liet PMU-Boekarest Geotronics weten, dat haar offerte gunstig was beoordeeld en dat een leveringscontract ter goedkeuring aan de aanbestedende dienst zou worden voorgelegd.

Op 19 november 1993 deelde de Commissie rekwirante mee, dat zij twijfelde aan de oorsprong van de aangeboden apparatuur en verzocht zij om nadere inlichtingen dienaangaande; bij brief van 14 december 1993 antwoordde Geotronics, dat de tachometers in het Verenigd Koninkrijk werden gefabriceerd.

4. Op 2 maart 1994 liet rekwirante de Commissie weten, dat zij had vernomen dat haar offerte zou worden afgewezen op grond dat was gebleken, dat de aangeboden apparatuur van Zweedse oorsprong was. Zij stelde de Commissie voor, de aanbestedingsprocedure te heropenen: volgens Geotronics had de inwerkingtreding van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte⁴ (hierna: „EER-Overeenkomst”) op 1 januari 1994 de in de oproep vermelde criteria betreffende de oorsprong van de goederen gewijzigd, zodat goederen uit Lid-Staten van de EER-Overeenkomst in wezen ook voor de aanbesteding met goederen uit Lid-Staten van de Gemeenschap moesten worden gelijkgesteld.

4 — PB 1994, L 1, blz. 3.

Bij faxbericht van 10 maart 1994 wees de Commissie rekwirantes offerte af wegens de oorsprong van de aangeboden producten, die uit Zweden bleken te komen. De dag daarop liet de Commissie PMU-Boekarest weten, dat van de twee offertes die waren binnengekomen, enkel de offerte van een Duitse onderneming (een concurrent van Geotronics) aan de aanbestedingsvoorwaarden voldeed, en verzocht zij de Roemeense overheid, met deze onderneming contact op te nemen teneinde het leveringscontract nader uit te werken.

5. PMU-Boekarest sloot een overeenkomst met deze onderneming en deelde dit op 17 mei 1994 mee aan de Commissie en Geotronics. Tegenover deze laatste verklaarde zij, dat zij haar de betrokken opdracht niet kon gunnen, omdat haar offerte niet aan de aanbestedingsvoorwaarden voldeed.

Intussen had Geotronics op 29 april 1994 bij het Gerecht beroep ingesteld tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van 10 maart 1994 en tot vergoeding van de schade die zij door het optreden van de Commissie had geleden.

Het arrest van het Gerecht

6. Zoals ik al zei, verwierp het Gerecht in het arrest waartegen thans hogere voorziening is ingesteld, het beroep van Geotronics, dat ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond werd verklaard.

In de eerste plaats was het Gerecht van oordeel, dat de brief van de Commissie van 10 maart 1994 geen handeling is die bindende rechtsgevolgen in het leven heeft geroepen welke de rechtspositie van rekwirante kunnen aantasten, zodat het beroep tot nietigverklaring van die handeling niet-ontvankelijk verklaarde.

7. Alvorens tot die conclusie te komen herinnerde het Gerecht eraan, dat het PHARE-programma wordt gefinancierd uit de algemene begroting van de Europese Unie en dat de betrokken opdrachten worden gegund overeenkomstig het Financieel reglement van 21 december 1977.⁵ Vervolgens beschreef het Gerecht de bevoegdheden van de Commissie en de begunstigde staten op grond van de relevante bepalingen van dat reglement, zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 610/90⁶: terwijl de Commissie, als beheerster van de hulp, de kredieten toekent en zorgt voor de gelijkheid van de voorwaarden voor deelneming aan de aanbestedingen en de keuze van de economisch voordeligste inschrijving, ligt volgens die bepalingen de gunningsbevoegdheid bij de door het PHARE-programma begunstigde staat. Het staat namelijk aan die staat de aanbestedingen bekend te maken, de inschrijvingen in ontvangst te nemen, het onderzoek van de inschrijvingen voor te zitten en het resultaat daarvan vast te stellen, en vooral, de overeenkomsten, contracten, aanhangsels en bestekken te ondertekenen. Dienaangaande merkte het Gerecht op, dat de vertegenwoordiger van Geotronics ter terechtzitting had erkend, dat de Roemeense regering het recht had de

opdracht aan Geotronics te gunnen ondanks de weigering van de Commissie voor haar offerte gemeenschapssteun toe te kennen.⁷

Volgens het Gerecht moeten de door het PHARE-programma gefinancierde contracten derhalve worden beschouwd als nationale contracten die uitsluitend bindend zijn voor de begunstigde staat en de marktdeelnemer, en ontstaat tussen de inschrijvers en de Commissie geen enkele dwingende rechtsbetrekking, omdat deze laatste zich ertoe beperkt namens de Gemeenschap de financieringsbesluiten te nemen, die de keuze van de contractant in beginsel niet behoeven te beïnvloeden.⁸ Tot staving van deze conclusie verwijst het Gerecht naar de analoge rechtspraak van het Hof inzake de gunning van door het Europees Ontwikkelingsfonds (hierna: „EOF”) gefinancierde opdrachten.⁹

8. Verder achtte het Gerecht de vordering tot vergoeding van de schade die rekwirante

7 — Arrest Geotronics, r. o. 27-30.

8 — Arrest Geotronics, r. o. 31 en 32.

9 — Arresten van 10 juli 1984 (zaak 126/83, STS, Jurispr. 1984, blz. 2769, r. o. 18 en 19); 10 juli 1985 (zaak 118/83, CMC, Jurispr. 1985, blz. 2325, r. o. 28 en 29); 14 januari 1993 (zaak C-257/90, Italsolar, Jurispr. 1993, blz. I-9, r. o. 22 en 26), en 29 april 1993 (zaak C-182/91, Forafrique Burkinabe, Jurispr. 1993, blz. I-2161, r. o. 23 en 24). In die arresten overwoog het Hof, dat de door het EOF overeenkomstig de respectievelijk toepasselijke (tweede, derde en eerste) versies van de Overeenkomst tussen de door de Staten van Afrika, het Caribische gebied en de Stille Oceaan en de Europese Gemeenschappen (ACS-EEG) gefinancierde contracten nationale contracten zijn die alleen door de vertegenwoordigers van de begunstigde staten kunnen worden gesloten, terwijl de bemoeienis van de Commissie beperkt blijft tot de vaststelling, of aan de voorwaarden voor financiering door de Gemeenschap is voldaan; in deze gevallen verklaarde het de beroepen tot nietigverklaring van de handelingen die de Commissie in de betrokken aanbestedingsprocedures had vastgesteld, niet-ontvankelijk.

5 — Financieel reglement van toepassing op de algemene begroting der Europese Gemeenschappen (PB 1977, L 356, blz. 1).

6 — Met name de bepalingen van titel IX, betreffende hulp aan derde landen, ingevoegd bij verordening (EEG) nr. 610/90 van de Raad van 13 maart 1990 (PB 1990, L 70, blz. 1), in het bijzonder de artikelen 107, 108, lid 2, en 109, lid 2.

in casu zou hebben geleden doordat de EER-Overeenkomst niet was toegepast, ongegrond, daar er in de procedure geen sprake was van enige onrechtmatige gedraging van de Commissie.

deelnemer en de Roemeense Staat, die geen partij is bij de EER-Overeenkomst.¹²

De hogere voorziening

Dienaangaande herinnerde het Gerecht eraan, dat de EER-Overeenkomst pas ten volle effect sorteert sedert haar inwerkingtreding op 1 januari 1994, terwijl het rechtskader van de procedure voor het plaatsen van de opdracht, met name de voorwaarde inzake de oorsprong van de aangeboden producten, reeds was vastgesteld bij de door de Commissie op 9 juli 1993 namens de Roemeense regering bekendgemaakte niet-openbare aanbesteding.¹⁰ Voor de vaststelling van de bestreden handeling had de Commissie zich dus terecht gebaseerd op de algemene voorwaarden die zij in de oproep van 9 juli 1993 had vastgesteld. De inwerkingtreding van de EER-Overeenkomst kon rekwarante geen rechten verlenen die zij op het tijdstip van bekendmaking van de algemene aanbestedingsvoorwaarden niet kon doen gelden.¹¹

9. Ten slotte overwoog het Gerecht, dat de EER-Overeenkomst in dit geval niet van toepassing was: het contract waarvoor de aanbesteding was gelanceerd, zou, zoals ik al zei, slechts verbindend zijn voor de markt-

10. Zoals ik al zei, komt Geotronics in deze procedure op tegen het arrest van het Gerecht; zij verzoekt het Hof, dat arrest te vernietigen en het in de brief van 10 maart 1994 vervatte besluit nietig te verklaren.

De hogere voorziening is gebaseerd op schending van het recht, doordat het Gerecht de vordering tot nietigverklaring van de brief van 10 maart 1994 niet-ontvankelijk heeft verklaard. Rekwarante stelt met name, dat die brief een echte beschikking in de zin van artikel 173 van het Verdrag is, die voor de adressaat bindende rechtsgevolgen in het leven roept en die dus in rechte kan worden aangevochten. Zij betoogt, dat de Commissie bij de afwikkeling van de aanbestedingsprocedure voor onder het PHARE-programma vallende opdrachten een belangrijke en beslissende rol speelt, ongeacht het feit dat de contracten vervolgens formeel worden ondertekend door de vertegenwoordiger van de begunstigde staat, en zij beklemtoont dat de door het Gerecht vermelde mogelijkheid, dat de begunstigde staat een leverings-

10 — Arrest Geotronics, r. o. 48 en 49.

11 — Arrest Geotronics, r. o. 53 en 54.

12 — Arrest Geotronics, r. o. 55.

overeenkomst sluit met een inschrijver die van communautaire financiering is uitgesloten, louter theoretisch is.

interest) als vergoeding van de door haar geleden schade.

11. Wat de grond van de zaak betreft, herhaalt rekwirante hoofdzakelijk de argumenten die zij voor het Gerecht heeft aangevoerd. Zij brengt allereerst in herinnering, dat de EER-Overeenkomst zonder uitzondering van toepassing is sinds 1 januari 1994, dus vóór de brief van 10 maart 1994. Volgens haar leverde de op 9 juli 1993 gepubliceerde oproep per 1 januari 1994 jegens de staten die de EER-Overeenkomst hebben ondertekend, een discriminatie op die niet meer was toegestaan en die dus overeenkomstig artikel 4 van de Overeenkomst moest worden opgeheven.

Volgens Geotronics moest de EER-Overeenkomst in casu hoe dan ook retroactief worden toegepast, daar de juridische context van de oproep, die weliswaar vóór de inwerkingtreding van de Overeenkomst was vastgesteld, gevolgen teweegbracht na 1 januari 1994.

12. Voor het geval de niet-ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring mocht worden bevestigd, herhaalt rekwirante subsidiair haar vordering tot schadevergoeding, op grond dat de Commissie, door niet op de betrokken procedure de EER-Overeenkomst toe te passen, niet-contractueel aansprakelijk is in de zin van artikel 215, tweede alinea, van het Verdrag. Zij vordert derhalve 500 400 ECU (vermeerderd met de wettelijke

Het middel betreffende de ontvankelijkheid

13. Zoals ik al zei, baseerde het Gerecht de niet-ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring op het feit, dat er in casu geen sprake is van een handeling die voor rekwirante bindende rechtsgevolgen in het leven roept. Volgens het Gerecht moeten de door het PHARE-programma gefinancierde contracten immers „worden beschouwd als nationale contracten die uitsluitend bindend zijn voor de begunstigde staat en de marktdeelnemer. Uitwerking, onderhandeling en sluiting van de contracten vinden immers slechts tussen deze twee partners plaats”, zodat tussen de inschrijvers en de Commissie „geen enkele rechtsbetrekking [ontstaat], omdat deze laatste zich ertoe beperkt namens de Gemeenschap de financieringsbesluiten te nemen, en haar handelingen niet tot gevolg kunnen hebben, dat ten aanzien van de inschrijvers een door de Gemeenschap genomen besluit in de plaats treedt van het besluit van de door het PHARE-programma begunstigde staat. Derhalve kan er in casu geen sprake zijn van een door de Commissie ten aanzien van de inschrijvers gestelde handeling die vatbaar is voor een beroep krachtens artikel 173, vierde alinea, EG-Verdrag.”¹³

13 — Arrest Geotronics, r. o. 31 en 32.

Het Gerecht is derhalve uitgegaan van de uit de toepasselijke bepalingen voortvloeiende bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de door het PHARE-programma begunstigde staten en heeft, gelet op de analogie met de aanbestedingsprocedure voor door het EOF gefinancierde opdrachten, de desbetreffende rechtspraak van het Hof (juist „naar analogie”) op het geval toegepast. Zoals ik al zei, werden door uitgesloten inschrijvers ingestelde beroepen tot nietigverklaring van handelingen van de Commissie in het kader van aanbestedingen krachtens de Overeenkomst van Lomé welhaast automatisch niet-ontvankelijk verklaard.¹⁴

14. Ik zeg meteen, dat ik het met de motivering van het Gerecht op dit punt niet eens ben. Ik meen namelijk, dat op grond van de bijzonderheden van dit geval kan worden geabstraheerd van de rechtspraak van het Hof inzake door het EOF gefinancierde opdrachten, hoe men die rechtspraak ook beoordeelt.

Welbeschouwd zijn er mijns inziens geen redenen waarom de bestreden handeling, gelet op haar bewoordingen, inhoud, rechtsgevolgen voor rekwirante, en de juridische en feitelijke context waarin zij is vastgesteld, aan de door het Verdrag voorziene wettigheidstoetsing kan ontsnappen. Zoals dadelijk zal blijken, is het bij onderzoek van de handeling namelijk duidelijk, dat zij voldoet aan alle voorwaarden die artikel 173

stelt aan een voor beroep vatbare handeling in de zin van de rechtspraak van het Hof.

15. Voor zoveel nodig herinner ik er allereerst aan, dat artikel 173, vierde alinea, van het Verdrag iedere natuurlijke of rechtspersoon het recht geeft beroep in te stellen tegen beschikkingen die de gemeenschapsinstellingen tot hem hebben gericht.

Wat specifiek de aard van de voor beroep vatbare handeling betreft, heeft het Hof bij herhaling verklaard, dat voor de ontvankelijkheid van de rechterlijke toetsing niet de uiterlijke vorm van de handeling van belang is, maar wel haar inhoud. In het bijzonder zijn voor een beroep in de zin van artikel 173 vatbaar alle maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen.¹⁵

16. Uit de dossierstukken blijkt duidelijk, dat Geotronics het Gerecht heeft verzocht om nietigverklaring van de brief waarbij de Commissie haar had meegedeeld dat zij de offerte had afgewezen omdat de aangeboden

14 — Zie voor de door het Gerecht aangehaalde rechtspraak punt 7 van deze conclusie en voetnoot 9.

15 — Arrest van 11 november 1981 (zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639, r. o. 8 en 9). Zie voor een meer recente uitspraak evenwel ook het arrest van 23 november 1995 (zaak C-476/93 R, Nutral, Jurispr. 1995, blz. I-4125, r. o. 28).

apparatuur van Zweedse oorsprong niet aan de aanbestedingsvoorwaarden voldeed. Het beroep was gebaseerd op de omstandigheid dat volgens rekwirante het besluit van de Commissie om haar uit te sluiten in strijd was met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling van producten uit de Lid-Staten van de EEG en uit de EVA-landen, een beginsel dat van toepassing is sinds de inwerkingtreding van de EER-Overeenkomst.

17. In de bestreden brief werd verwezen naar contacten tussen de Commissie en Geotronics over de specifieke kwestie van de oorsprong van de aangeboden producten, en werd vermeld, dat uit het onderzoek van de door rekwirante verstrekte bescheiden en uit de tijdens een bijeenkomst van vertegenwoordigers van beide partijen te Brussel aan het licht gekomen gegevens was gebleken, dat de door Geotronics aangeboden producten in werkelijkheid uit Zweden kwamen. De Commissie verklaarde derhalve, dat zij de offerte van rekwirante moest afwijzen, en dat zij de (door PMU-Boekarest voorgestelde) gunning van de opdracht aan rekwirante niet kon goedkeuren.

In die brief deelde de Commissie rekwirante voorts mee, dat zij geen nieuwe aanbesteding zou lanceren, daar een andere onderneming een offerte had ingediend die zij zowel uit technisch als uit economisch oogpunt aanvaardbaar achtte en die aan de aanbestedingsvoorwaarden voldeed.

18. Onder die omstandigheden zie ik niet in, hoe men kan betwisten dat de litigieuze brief een voor beroep vatbare handeling vormt. Deze handeling, die uitdrukkelijk tot rekwirante was gericht, bracht voor haar alleszins *als zodanig* bindende en definitieve rechtsgevolgen teweeg, namelijk haar uitsluiting van de betrokken aanbesteding, of liever in dit geval (waar er slechts twee offertes waren) de automatische gunning van de opdracht aan de andere inschrijver. De rechtspositie van rekwirante werd dus kennelijk „aanmerkelijk” gewijzigd, zoals de vaste rechtspraak van het Hof vereist.

Het heeft geen zin, dienaangaande te stellen dat de nationale autoriteit in een geval als dit hoe dan ook gemachtigd is om het contract te sluiten met een inschrijver die van communautaire financiering is uitgesloten; deze hypothese is zo theoretisch dat zij geen verder commentaar behoeft.

19. Daarentegen kan wel worden opgeworpen (en dat lijkt in de motivering van het bestreden arrest ook beslissend te zijn geweest), dat de Commissie, die geen partij is, geen verantwoordelijkheid draagt voor de sluiting van het contract tussen de begunstigde staat en de gekozen contractant, en dat zij slechts autonoom kan beslissen over de toelaatbaarheid van de communautaire financiering.

Deze redenering, die het Hof voor het eerst heeft ontwikkeld in het arrest STS ¹⁶, kan in het onderhavige geval evenwel niet zonder meer worden toegepast. In die zaak was de handeling die STS (een onderneming die vruchteloos aan een door het EOF gefinancierde aanbesteding had deelgenomen) in haar door het Hof niet-ontvankelijk verklaard beroep had bestreden, slechts het „visa” waarmee de plaatselijke vertegenwoordiger van de Commissie contracten had goedgekeurd die *reeds waren gegund, onderhandeld en gesloten* tussen de bevoegde nationale autoriteit en een andere onderneming dan de verzoekster. Het is zonneklaar, dat er een wezenlijk verschil is met de onderhavige zaak.

Dat het Hof het in de motivering van het betrokken arrest niet opportuun achtte dit onderscheid te maken en dat het vervolgens alle door uitgesloten inschrijvers ingestelde beroepen tot nietigverklaring niet-ontvankelijk verklaarde, kan mijns inziens de termen van het probleem niet veranderen, en dat, het zij herhaald, ongeacht hoe men de rechtspraak dienaangaande beoordeelt. ¹⁹

20. Advocaat-generaal VerLoren van Themaat gaf het Hof in overweging het beroep van STS niet-ontvankelijk te verklaren, maar stelde, dat hij niet tot die oplossing kwam omdat de bestreden handeling voor verzoekster geen rechtsgevolgen teweegbracht, maar omdat zij, nu zij tot de nationale aanbestedende dienst was gericht, de verzoekster niet rechtstreeks en individueel raakte ¹⁷; hij sloot evenwel niet uit, dat in andere gevallen andere oplossingen meer opportuun konden zijn en hij beklemtoonde, dat elk geval op grond van de bijzonderheden van de zaak moet worden beoordeeld. ¹⁸

21. In casu staat vast, dat rekwirante opkomt tegen een *tot haar gerichte* beschikking die de Commissie *bij de uitoefening van haar specifieke bevoegdheden* heeft vastgesteld: het is de beschikking waarbij de Commissie rekwirante meedeelde, dat zij (*autonoom en op grond van op eigen initiatief verrichte controles en beoordelingen*) had vastgesteld dat de offerte niet aan de in de aanbesteding voor communautaire financiering gestelde voorwaarden voldeed (en wat de gevolgen daarvan waren); zoals ik al zei, heeft rekwirante deze beschikking aangevochten omdat deze volgens haar in strijd was met het in de EER-Overeenkomst vervatte beginsel van gelijke behandeling.

16 — Reeds aangehaald in voetnoot 9.

17 — Conclusie van 22 maart 1984 (Jurispr. 1984, blz. 2781, punt 4.2), waarin staat: „Een dergelijk beroep [tegen de handeling die de onderneming van communautaire financiering uitsluit] bijvoorbeeld zeker mogelijk voor iedere Lid-Staat”.

18 — De advocaat-generaal merkte dienaangaande op, dat wat eventuele handelingen van de Commissie tot goedkeuring van gunningsvoorstellen (die dus aan de definitieve keuze *voorafgaan*) betreft, „men zich ook [kan] afvragen, of een beroepsmogelijkheid bij Uw Hof terzake niet wenselijk zou zijn” (punt 4.2 van de conclusie). Opgemerkt zij, dat op dat ogenblik de zaak CMC (aangehaald in voetnoot 9) aanhangig was en dat de advocaat-generaal beklemtoonde, dat hij, gelet op de verschillende feitelijke context, dienaangaande geen standpunt wenste in te nemen.

19 — Zoals bekend is de rechtspraak van het Hof inzake door het EOF gefinancierde opdrachten niet boven kritiek verheven. In de rechtsleer overweegt dienaangaande de opvatting, dat die rechtspraak vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming van de betrokken marktdeelnemers grote lacunes vertoont. Zie in dat verband bijvoorbeeld Brown, „Remedies of unsuccessful tenderers for E. D. F.-financed contracts” in *European Law Review*, 1985, blz. 421 e. v., Bertolini, „Osservazioni a Corte di giustizia, sentenza 10 luglio 1984, in causa 126/83”, in *Foro Italiano*, 1988, kolom 266 e. v., Kalugina, „Les voies de recours des entrepreneurs dans les marchés publics financés par le F. E. D.”, in *Droit et pratique du commerce international*, 1988, blz. 511 e. v.

Onder die omstandigheden zie ik niet in, aan welke andere rechter dan de gemeenschapsrechter rekwirante de bestreden handeling ter toetsing had kunnen voorleggen.²⁰

22. Dienaangaande heeft de Commissie tijdens de mondelinge behandeling gesteld, dat de inschrijver in een dergelijk geval zijn rechten enkel voor de bevoegde rechterlijke instanties van de begunstigde staat kan doen gelden.

Het is echter duidelijk, dat deze beroepsweg niet alleen principieel uitgesloten is, maar dat hij hoe dan ook geen enkel nuttig effect kan hebben, daar het gaat om de wettigheidstoetsing van een handeling die in alle opzichten een communautaire handeling is. De nationale beroepsweg kan in voorkomend geval namelijk slechts gelden voor handelingen ten aanzien waarvan de nationale autoriteiten bevoegd zijn, zoals de uiteindelijke gunning van de opdracht aan een andere onderneming, of voor het contract in kwestie.

23. De beschikking waarbij de Commissie vaststelt, dat de inschrijver geen recht heeft op communautaire financiering, een beschikking die (zoals in casu ook is gebeurd) voor

20 — Bij door het PHARE-programma gefinancierde contracten kan een uitgesloten inschrijver zelfs niet een arbitrageprocedure ad hoc inleiden, een mogelijkheid waarin de Overeenkomst van Lomé wel voorziet en die de Commissie bij herhaling heeft genoemd als een middel dat kan worden aangewend door inschrijvers die van door het EOF gefinancierde opdrachten zijn uitgesloten. Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat daar deze arbitrageprocedure uitermate beperkt is tot de betrekkingen tussen de begunstigde staat en de contracterende onderneming, hoe dan ook wordt betwist of deze van toepassing is op de fase van gunning van de aanbesteding.

de gunning van de opdracht moet worden gegeven, is daarentegen een autonome handeling van de Commissie op grond van haar specifieke bevoegdheid waarbij de nationale autoriteiten van de begunstigde staat niet betrokken zijn.

Tegen een dergelijke beschikking die, zoals ik al zei, voor de adreassaat bindende en definitieve rechtsgevolgen in het leven kan roepen, moet beroep tot nietigverklaring wegens schending van het gemeenschapsrecht openstaan. Wie het tegengestelde verdedigt, verschuilt zich mijns inziens achter het al te doorzichtige scherm van de nationale autoriteiten en de nationale rechter om rekwirante het recht op rechtsbescherming te ontzeggen, hetgeen een duidelijke en ontoelaatbare schending betekent van de meest elementaire regels die ten grondslag liggen aan de „rechtsgemeenschap” die de Verdragen hebben willen instellen en waarvan de waarden het Hof steeds tot leidraad hebben gediend.²¹

21 — Welbeschouwd ligt dezelfde logica ten grondslag aan de beschikking van het Hof van 5 augustus 1983 (zaak 118/83 R, CMC, Jurispr. 1983, blz. 2583) in een kort geding waarin de verzoekster (CMC) verzocht om de besluiten van de Commissie die haar van de aanbesteding voor een opdracht in Ethiopië uitsloten, op te schorten tot het eindarrest van het Hof in de hoofdzaak. In die beschikking overwoog (waarnemend) president Pescatore, die zich als eerste uitsprak over de (door de Commissie betwiste) bevoegdheid van het Hof om van dergelijke geschillen kennis te nemen, dat niet kon worden aangenomen, „dat een onderneming uit de Gemeenschap, door deel te nemen aan een door een ACS-Staat in nauwe samenwerking met de gemeenschapsinstellingen ingevolge de Overeenkomst uitgeschreven aanbesteding (...) automatisch de rechtsbescherming verliest die de bepalingen van het EEG-Verdrag hem waarborgen”; dat ofschoon leek vast te staan, „dat het Hof geen rechtsmacht heeft ten aanzien van het contract, gesloten tussen de autoriteiten van de ACS-Staat en de inschrijver aan wie het werk is gegund, (...) het niet uitgesloten (kan) worden geacht, dat de handelingen door de Commissie in het kader van de door de overeenkomst geregelde aanbestedingsprocedure verricht, aan het rechterlijk toezicht ingevolge het EEG-Verdrag zijn onderworpen”, zodat met betrekking tot de ontvankelijkheid van het beroep, niet kon worden uitgesloten, „dat een grondig onderzoek het bestaan aan het licht brengt van een handeling van de Commissie, die kan worden losgemaakt van haar context en die mogelijk van dien aard is, dat nietigverklaring ervan kan worden gevorderd” (r. o. 41, 44 en 47).

24. Samengevat ben ik van mening, dat een inschrijver die van communautaire financiering is uitgesloten in het kader van een aanbesteding voor een door het PHARE-programma gefinancierde opdracht, wanneer aan de andere voorwaarden van artikel 173 wordt voldaan, in elk geval bij het Hof beroep moet kunnen instellen om de gegrondheid van de door de Commissie in dat kader bij de uitoefening van haar bevoegdheid vastgestelde beschikking te betwisten, terwijl het hoe dan ook mogelijk blijft om de gunning van de opdracht (of elke andere handeling van de nationale autoriteit) voor de bevoegde rechter van de door het PHARE-programma begunstigde staat aan te vechten.

In casu meen ik, dat het arrest van het Gerecht moet worden vernietigd, voor zover het de vordering van Geotronics tot nietigverklaring van de brief van de Commissie van 10 maart 1994 niet-ontvankelijk verklaart, maar dat het Hof zelf op die vordering uitspraak kan doen, daar de feiten geen nader onderzoek vergen.

Ten gronde

25. Ofschoon Geotronics' beroep tot nietigverklaring ontvankelijk is, is het duidelijk ongegrond. De EER-Overeenkomst was immers *ratione temporis*, *ratione personae* noch *ratione materiae* van toepassing.

In de eerste plaats waren de aanbestedingsvoorwaarden in de op 9 juli 1993 gepubli-

ceerde oproep definitief vastgesteld en is er geen enkele reden om te veronderstellen dat zij door de inwerkingtreding van de EER-Overeenkomst impliciet zijn gewijzigd. Een retroactieve toepassing van die overeenkomst op het onderhavige geval is niet alleen juridisch ongegrond, maar strookt ook geenszins met de eisen van rechtszekerheid.

In de tweede plaats kan de EER-Overeenkomst, zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt, slechts worden toegepast jegens de staten die daarbij partij zijn, en dus niet jegens Roemenië.

Ten slotte bestrijkt de huidige versie van de EER-Overeenkomst niet de hulp aan derde landen, waarvan de fondsen voor het PHARE-programma deel uitmaken; het is trouwens duidelijk, dat die hulp wordt gefinancierd uit de algemene begroting van de Gemeenschap, waaraan enkel de Lid-Staten van de Unie bijdragen.

De vordering tot schadevergoeding

26. Dat de EER-Overeenkomst, zoals ik zoëven heb vastgesteld, in casu niet van toepassing is, neemt ook de twijfel over de eventuele aansprakelijkheid van de Commissie in de zin van artikel 215, tweede alinea, van het Verdrag weg en bevestigt, zo nodig, dat de door rekwirante ingestelde en door het Gerecht reeds afgewezen schadevordering ongegrond is.

27. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

- het arrest van het Gerecht van 26 oktober 1995 in zaak T-185/94 te vernietigen, voor zover daarin het beroep van Geotronics strekkende tot nietigverklaring van de brief van de Commissie van 10 maart 1994 niet-ontvankelijk is verklaard, en dit beroep ontvankelijk te verklaren;

- het beroep ongegrond te verklaren;

- de vordering tot vergoeding van de schade die rekwirante stelt te hebben geleden als gevolg van de bestreden beschikking, ongegrond te verklaren.