

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

föredraget den 30 januari 1997 *

1. Geotronics SA (nedan kallat Geotronics eller sökanden) begär genom föreliggande överklagande att domstolen skall upphäva förstainstansrättens dom av den 26 oktober 1995 ¹. Genom denna dom ogillade förstainstansrätten den talan som Geotronics hade väckt och som avsåg dels ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 10 mars 1994 om att avslå ett anbud som sökanden inkommit med inom ramen för ett anbudsförfarande som finansierades av PHARE-programmet, dels ersättning för den skada som sökanden påstod sig ha lidit till följd av det omtvistade beslutet.

Närmare bestämt avvisade förstainstansrätten Geotronics yrkande om att den omtvistade rättsakten skulle ogiltigförklaras och ogillade dess begäran om skadestånd. Genom sitt överklagande ifrågasätter sökanden avvisningen av sin talan om ogiltigförklaring och i andra hand upprepar sökanden sina skadeståndskrav gentemot kommissionen.

* Originalspråk: italienska.

1 — Mål T-185/94, Geotronics mot kommissionen (REG 1995, s. II-2795).

Bakgrund

2. Inom ramen för PHARE-programmet ² utlyste kommissionen den 9 juli 1993 "på den rumänska regeringens vägnar" tillsammans med det rumänska ministeriet för jordbruk och livsmedelsindustri en selektiv anbudsinfordran för leverans till det nämnda ministeriet av elektroniska teodoliter avsedda att användas inom ramen för det rumänska jordbruksreformprogrammet. På det nationella planet anförtroddes genomförandet av anbudsinfordran "EC/PHARE Programme Management Unit-Bucharest" (nedan kallad PMU-Bucharest).

Enligt villkoren för anbudsinfordran skulle den levererade utrustningen ha sitt ursprung i Europeiska gemenskapens medlemsstater eller någon av de stater som tar emot stöd enligt PHARE-programmet ³.

2 — Genom PHARE-programmet som grundas på rådets förordning (EEG) nr 3906 av den 18 december 1989 (EGT L 375, s. 11, nedan kallad grundförordningen) kanaliseras det ekonomiska bistånd som Europeiska gemenskapen ger länderna i Central- och Östeuropa för att finansiera den ekonomiska och sociala reformprocessen. Programmet, som ursprungligen endast omfattade Republiken Ungern och Folkrepubliken Polen, har senare utsträckts till att omfatta andra länder i Central- och Östeuropa genom rådets förordning (EEG) nr 2698/90 av den 17 september 1990 (EGT L 257, s. 1), nr 3800/91 av den 23 december 1991 (EGT L 357, s. 10) samt nr 2334/92 av den 7 augusti 1992 (EGT L 227, s. 1).

3 — Se punkt 1. A i meddelandet om anbudsinfordran ("Instruktioner för deltagarna").

3. Den 16 juli 1993 inkom sökanden, ett enligt fransk rätt bildat bolag som är ett helägt dotterbolag till det svenska bolaget Geotronics AB, med ett anbud om leverans av den begärda utrustningen. PMU-Bucharest underrättade den 18 oktober 1993 Geotronics om att dess anbud hade mottagits positivt och att ett kontrakt skulle lämnas till den upphandlande myndigheten för godkännande.

Den 19 november 1993 underrättade kommissionen sökanden om att den hyste tvivel i fråga om produkternas ursprung och att den därför önskade närmare uppgifter i detta hänseende. Genom en skrivelse av den 14 december 1993 svarade Geotronics att teodoliterna i fråga var tillverkade i Förenade kungariket.

4. Den 2 mars 1994 meddelade sökanden kommissionen att den hade fått veta att dess anbud skulle avslås på grund av att den erbjudna utrustningen var av svenskt ursprung. Sökanden föreslog ändå att kommissionen skulle återuppta anbudsinfördran, eftersom den ansåg att förhållandena i fråga om kriterierna för varornas ursprung hade ändrats sedan avtalet om ett europeiskt ekonomiskt samarbetsområde⁴ (nedan kallat EES-avtalet) hade trätt i kraft den 1 januari 1994 och i huvudsak jämställt varor från andra medlemsstater inom EES med gemenskapens medlemsstater, även med avseende på anbudsinfördran.

Genom ett telefaxmeddelande av den 10 mars 1994 informerade kommissionen sökanden om att den hade avslagit dess anbud med anledning av att den erbjudna utrustningen hade sitt ursprung i Sverige. Dagen efter meddelade kommissionen PMU-Bucharest att av de två anbud som hade inkommit uppfyllde endast anbudet från ett tyskt företag (en konkurrent till Geotronics) villkoren i anbudsinfördran, varför kommissionen uppmanade den rumänska myndigheten att ta kontakt med det tyska företaget för att utarbeta ett kontrakt.

5. PMU-Bucharest ingick avtal med sagda företag och informerade den 17 maj 1994 kommissionen och Geotronics om detta. Det sistnämnda företaget underrättades särskilt om att det inte kunde tilldelas kontraktet, eftersom dess anbud inte uppfyllde de villkor som hade fastställts i anbudsinfördran.

Under tiden, det vill säga den 29 april 1994, väckte Geotronics talan vid förstainstansrätten för att få kommissionens beslut av den 10 mars 1994 ogiltigförklarat och för att erhålla skadestånd för den skada som hade orsakats genom kommissionens handlande.

Förstainstansrättens dom

6. Genom den överklagade domen ogillade förstainstansrätten, som angivits, Geotronics talan i dess helhet och förklarade att den delvis inte kunde tas upp till sakprövning, delvis saknade grund.

4 — EGT L 1, 1994, s. 3.

För det första avvisade förstainstansrätten yrkandet om ogiltigförklaring, eftersom den ansåg att kommissionens skrivelse av den 10 mars 1994 inte utgjorde en rättsakt som hade bindande rättsverkningar av ett sådant slag att de påverkade sökandens rättsliga ställning.

7. För att komma fram till en sådan slutsats erinrade förstainstansrätten för det första om att PHARE-programmet finansieras genom Europeiska unionens allmänna budget och att tillhörande kontrakt tilldelas i enlighet med budgetförordningen av den 21 december 1977⁵. Förstainstansrätten beskrev därefter de befogenheter som har tilldelats kommissionen respektive de stödmottagande staterna genom de bestämmelser som hör till sagda förordning i dess lydelse enligt förordning (EEG) nr 610/90⁶. Medan det enligt dessa bestämmelser är kommissionen som i sin egenskap av stödets förvaltare beviljar krediter och övervakar att deltagandet i anbudsinfordran sker på lika villkor, är det emellertid den stat som tar emot stöd enligt PHARE-programmet som är behörig att tilldela kontrakten. Det är nämligen den staten som skall utlysa anbudsinfordran, ta emot anbud, leda granskningen av anbuden, fastställa resultatet av anbudsinfordran och framför allt underteckna upphandlingsavtal, tilläggsavtal och kostnadsförslag. Förstainstansrätten påpekade i det avscendet att den rumänska regeringen, vilket även sökandens ombud medgav vid sammanträdet, hade varit

fri att tilldela Geotronics kontraktet, oaktat kommissionens vägran att bevilja den gemenskapsstöd.⁷

Enligt förstainstansrätten skall det mot bakgrund av dessa omständigheter anses att den upphandling som finansieras av PHARE-programmet är en nationell upphandling som enbart binder den stödmottagande staten och den ekonomiske aktören, medan det däremot inte uppkommer något rättsligt bindande förhållande mellan anbudsgivarna och kommissionen. Den sistnämnda skall endast på gemenskapens vägnar fatta beslut om finansieringen och i princip skulle dessa beslut kunna komma att sakna inverkan på valet av avtalspart.⁸ Till stöd för denna slutsats åberopade förstainstansrätten analogt den rättspraxis som domstolen har utarbetat i fråga om tilldelning av kontrakt som finansieras genom Europeiska utvecklingsfonden (nedan kallad EUF).⁹

8. Då förstainstansrätten därefter uttalade sig om kravet på ersättning för den skada som

7 — Domen i målet Geotronics, punkt 27—30.

8 — Domen i målet Geotronics, punkterna 31 och 32.

9 — Dom i mål 126/83, STS mot kommissionen (Rec. 1984, s. 2769, punkterna 18 och 19), av den 10 juli 1985 i mål 118/83, CMC mot kommissionen (Rec. 1985, s. 2325, punkterna 28 och 29), av den 14 januari 1993 i mål C-257/90, Italsolar mot kommissionen (Rec. 1993, s. I—9, punkterna 22 och 26) och av den 29 april 1993 i mål C-182/91, Forafrique Burkinabe mot kommissionen (Rec. 1993, s. I-2161, punkterna 23 och 24). I de domarna klaggjorde domstolen att upphandling som finansieras av EUF i enlighet med konventionen mellan staterna i Afrika, Västindien och Stilla havsområdet och Europeiska ekonomiska gemenskapen (AVS—EEG) i respektive tillämplig version (andra, tredje och första) förblir denna en nationell upphandling beträffande vilken företrädarna för de stödmottagande staterna ensamma har ansvaret att sluta avtal, medan kommissionens ingripanden enbart består i att avgöra huruvida villkoren för finansiering från gemenskapens sida är uppfyllda. Därigenom har domstolen i praktiken fastslagit att det inte går att väcka talan om ogiltigförklaring mot de rättsakter som kommissionen antar i samband med genomförandet av anknyttande anbudsinfordran.

5 — Budgetförordningen, tillämplig på den allmänna budgeten (EGT L 356, s. 1).

6 — Närmare bestämt bestämmelserna i avdelning IX om bistånd till tredje land i förordning nr 610/90 av den 13 mars 1990 (EGT L 70, s. 1) och särskilt artiklarna 107, 108.2 och 109.2.

sökanden påstod sig ha lidit till följd av att EES-avtalet inte hade tillämpats i det fallet, förklarade den att det saknades grund för anspråket, eftersom kommissionen inte hade gjort sig skyldig till någon rättsstridig handling under förfarandets gång.

I det avseendet erinrade förstainstansrätten om att EES-avtalet har rättsverkan endast från den dag då det trädde i kraft, nämligen den 1 januari 1994, medan den rättsliga ramen för upphandlingsförfarandet, särskilt vad avser villkoret om de berörda produkternas ursprung, var fastställd redan i den selektiva anbudsinfordran som kommissionen den 9 juli 1993 företog på den rumänska regeringens vägnar.¹⁰ Då kommissionen antog sitt omtvistade beslut grundade den sig därför med full rätt på de allmänna villkor som den hade fastställt i meddelandet om anbudsinfordran av den 9 juli 1993. EES-avtalets ikraftträdande kunde slutligen inte ge sökanden rättigheter som denna inte var behörig att åberopa vid den tidpunkt då de allmänna villkoren för anbudsinfordran offentliggjordes.¹¹

9. Slutligen kunde enligt förstainstansrätten EES-avtalet hur som helst inte tillämpas på fallet i fråga, eftersom det avtal som skulle ingås till följd av anbudsinfordran, som nämnts ovan, endast skulle ha varit bindande

för den ekonomiske aktören och den rumänska staten, som inte är part i EES-avtalet.¹²

Överklagandet

10. I föreliggande förfarande har som antyttts Geotronics överklagat förstainstansrättens dom och begärt att domstolen skall upphäva densamma och ogiltigförklara kommissionens beslut enligt skrivelsen av den 10 mars 1994.

Överklagandet grundas på den felaktiga rättstillämpning som förstainstansrätten skulle ha gjort sig skyldig till genom att vägra uppta yrkandet om ogiltigförklaring av skrivelsen av den 10 mars 1994 till sakprövning. Sökanden har särskilt anfört att skrivelsen verkligen utgör ett sådant beslut som avses i artikel 173 i fördraget som har tvingande rättsverkningar gentemot den det riktas till och mot vilket talan således kan föras vid domstol. Sökanden hävdar att kommissionen rent konkret har en betydelsefull och avgörande roll vad beträffar genomförandet och utgången av de upphandlingsförfaranden som omfattas av PHARE-programmet, oavsett det faktum att kontrakten sedan formellt undertecknas av företrädare för den stödmottagande staten. Sökanden har understrukit att det endast är i teorin som det föreligger en möjlighet att, som förstainstansrätten har hävdat, den stödmottagande staten likväl skulle sluta ett avtal om upphandling med en

10 — Domen i målet Geotronics, punkterna 48 och 49.

11 — Domen i målet Geotronics, punkterna 53 och 54.

12 — Domen i målet Geotronics, punkt 55.

anbudsgivare som inte åtnjuter gemenskapsfinansiering.

rätt till ersättning om 500 400 ECU (ett belopp som skall ökas med dröjsmålsränta) för den skada som åsamkats erkänns.

11. I sakfrågan har sökanden huvudsakligen upprepat de argument som den anförde vid förstainstansrätten. För det första har sökanden hävdat att EES-avtalet är tillämpligt utan undantag från den 1 januari 1994 och således före datumet för skrivelsen av den 10 mars 1994. Enligt sökanden gav således meddelandet om anbudsinfordran av den 9 juli 1993 upphov till en diskriminering gentemot de stater som undertecknat EES-avtalet. Denna diskriminering var från och med den 1 januari 1994 inte längre tillåten och måste således undanröjas.

Geotronics har erinrat om att EES-avtalet under alla omständigheter borde tillämpas retroaktivt på föreliggande fall, eftersom den rättsliga ramen för anbudsinfordran var ämnad att få rättsverkan efter den 1 januari 1994, trots att den hade fastställts innan avtalet trädde i kraft.

12. För det fall att det skulle bekräftas att talan om ogiltigförklaring inte kan tas upp till sakprövning, har sökanden i andra hand upprepat sina skadeståndsanspråk och gör med stöd av artikel 215 andra stycket i fördraget gällande att kommissionen skulle ha ett utomobligatoriskt ansvar på grund av att den inte tillämpade EES-avtalet på förfarandet i fråga. Sökanden begär således att dess

Upptagande till sakprövning

13. Som redan har påpekats grundade förstainstansrätten sitt avgörande på att det inte fanns någon handling från kommissionen med bindande rättsverkningar gentemot sökanden då den avvisade talan om ogiltigförklaring. Enligt förstainstansrätten måste nämligen "den upphandling som finansieras av PHARE-programmet ... anses vara en nationell upphandling som enbart binder den stödmottagande staten och den ekonomiske aktören" och "[d]et är nämligen endast mellan dessa två parter som kontrakten förbereds, förhandlas och sluts", vilket leder till att det "inte [uppkommer] något rättsförhållande mellan anbudsgivarna och kommissionen, eftersom kommissionens uppgift är begränsad till att på gemenskapens vägnar fatta beslut om finansieringen och dess handlingar inte kan leda till att ett beslut från den stat som tar emot stöd enligt PHARE-programmet ersätts med ett beslut från gemenskapen". Därav skulle följa att det "på detta område följaktligen inte [finns] ... någon rättsakt med avseende på anbudsgivarna som härrör från kommissionen och som kan vara föremål för en talan enligt artikel 173 fjärde stycket i EG-fördraget".¹³

13 — Domen i målet Geotronics, punkterna 31 och 32.

Slutligen har förstainstansrätten grundat sig på den kompetensfördelning mellan kommissionen och de stater som tar emot stöd enligt PHARE-programmet som följer av de tillämpliga bestämmelserna och, med beaktande av föreliggande analogier mellan förfarandet för tilldelning av kontrakt som finansieras genom EUF, har den tillämpat (och just "genom analogi" överfört) domstolens praxis på det området. Som ovan nämnts har det i den rättspraxisen fastslagits att talan om ogiltigförklaring som uteslutna anbudsgivare väcker mot rättsakter som kommissionen har antagit under anbuds förfaranden och som genomförs med tillämpning av Lomékonventionen nästintill automatiskt skall avvisas.¹⁴

14. Jag vill genast säga att jag inte håller med om den motivering som förstainstansrätten har anfört i detta avseende. Jag anser nämligen att de säregna omständigheterna i föreliggande fall gör det möjligt att göra ett undantag från domstolens rättspraxis i fråga om upphandling som finansieras genom EUF, utan att därmed göra någon som helst värdering av sagda rättspraxis.

Vid en närmare anblick förefaller det mig inte finnas några skäl till att den i föreliggande fall ifrågasatta rättsakten skulle undgå den lagenlighetskontroll som föreskrivs i fördraget. Jag anser så vara fallet mot bakgrund av dess ordalydelse, dess innehåll, de rättsverkningar den har haft för sökanden samt det rättsliga och faktiska sammanhang inom vilket den antogs. Vi kommer omedelbart att se att det framgår av en undersökning av rättsakten att den uppfyller alla villkor som

föreskrivs i artikel 173 för att den skall kunna anses utgöra en rättsakt mot vilken talan kan väckas i den mening som avses i domstolens rättspraxis.

15. Jag erinrar särskilt om att varje fysisk eller juridisk person genom artikel 173 fjärde stycket i fördraget har rätt att väcka talan mot beslut som riktas till honom och som utfärdats av gemenskapsinstitutionerna.

Vad beträffar själva frågan om arten av den rättsakt som kan överklagas, har domstolen vid ett flertal tillfällen klargjort att det inte är rättsaktens yttre form som är avgörande för att denna skall kunna bli föremål för domstolsprövning, utan dess innehåll. Rättsakter eller beslut som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring i den mening som avses i artikel 173 utgörs närmare bestämt av åtgärder som medför bindande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen genom att på ett tydligt sätt förändra dennes rättsliga ställning.¹⁵

16. Det framgår tydligt av handlingarna i målet att den rättsakt som Geotronics yrkade att få ogiltigförklarad är den skrivelse i vilken kommissionen informerade sökanden om att dess anbud skulle avslås på grund av

14 — För den rättspraxis som förstainstansrätten angivit, se ovan punkt 7 i föreliggande förslag till avgörande samt fotnot 9.

15 — Dom av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen (Rec. 1981, s. 2639, punkterna 8 och 9). Se även, bland de senaste domarna, dom av den 23 november 1995 i mål C-476/93 P, Nutral mot kommissionen (REG 1995, s. I-4125, punkt 28).

att den erbjudna utrustningen, av svenskt ursprung, inte uppfyllde villkoren i meddelandet om anbudsinfordran. Talan grundade sig på omständigheten att kommissionen enligt sökanden hade beslutat att utesluta denna i strid med gemenskapsrätten, närmare bestämt i strid med den princip om likabehandling av produkter med ursprung i EEG:s respektive EFTA:s medlemsstater som gäller sedan EES-avtalet trätt i kraft.

18. Jag ser inte hur det skulle vara möjligt att under dessa omständigheter förneka att den omtvistade skrivelsen utgör en rättsakt mot vilken talan kan föras. En sådan åtgärd, som uttryckligen har antagits uteslutande gentemot sökanden, har säkerligen *i sig* haft bindande och definitiva rättsverkningar för sökanden, det vill säga att företaget uteslöts från deltagande i anbudsinfordran eller, rättare sagt, att kontraktet i föreliggande fall (det vill säga då det endast förelåg två anbud) automatiskt tilldelades den andra konkurrenten. Sökandens rättsliga ställning har således påverkats på ett sådant "tydligt sätt" som krävs i domstolens fasta rättspraxis.

17. I den omtvistade skrivelsen hänvisades till de kontakter som hade tagits mellan kommissionen och Geotronics och som avsåg den specifika frågan om den erbjudna utrustningens ursprung. Dessutom angavs att det hade framgått av undersökningen av de handlingar som sökanden hade lämnat samt av de uppgifter som framkommit under ett sammanträde i Bryssel mellan företrädare för de båda parterna att de produkter som Geotronics erbjöd i själva verket var av svenskt ursprung. Kommissionen förklarade således att den var tvungen att avslå sökandens anbud och att den inte kunde godkänna att sökanden tilldelades kontraktet (vilket tidigare hade föreslagits av PMU-Bucharest).

Det är i det avseendet onödigt att hävda att den nationella myndigheten hur som helst skulle ha rätt att i ett sådant fall ingå avtal med anbudsgivaren, även om anbudsgivaren inte kommit i åtnjutande av gemenskapsfinansiering. Ett sådant fall är så teoretiskt att det inte behöver kommenteras ytterligare.

I samma skrivelse informerade kommissionen för övrigt om att den inte ämnade utlysa någon ny anbudsinfordran, eftersom ett annat företag hade inkommit med ett anbud som kommissionen själv ansåg vara godtagbart ur såväl teknisk som ekonomisk synvinkel och som dessutom uppfyllde villkoren i meddelandet om anbudsinfordran.

19. Vad som däremot skulle kunna invändas (och det är det argument som förefaller vara det viktigaste i domskälen i den omtvistade domen) är att eftersom kommissionen inte är en part, är den heller inte ansvarig för tilldelandet av kontraktet mellan den stödmottagande staten och den utvalda avtalsparten och att dess befogenhet att fatta självständiga beslut begränsas av de beslut som avser beviljandet av gemenskapsfinansiering.

Detta resonemang, som domstolen utarbetade första gången i domen i målet STS 16, kan emellertid inte överföras direkt på föreliggande fall. I det förstnämnda fallet utgjordes nämligen den rättsakt som STS (det företag som hade deltagit utan framgång i en anbudsinfordran som finansierades genom EUF) hade överklagat i sin talan, som domstolen avvisade, av den "vidi" med vilken kommissionens lokale delegat hade godkänt de kontrakt som redan hade tilldelats, framförhandlats och undertecknats av den behöriga nationella myndigheten och ett annat företag än sökanden. Det är omöjligt att inte se en betydande skillnad i jämförelse med föreliggande fall.

20. Då generaladvokaten VerLoren van Themaat föreslog att domstolen skulle avvisa STS:s talan klargjorde han att en sådan lösning på det fallet var nödvändig, men inte av den anledningen att den överklagade rättsakten saknade rättsverkningar för sökanden utan för att den inte berörde sökanden direkt och personligen, eftersom den var riktad till den tilldelande nationella myndigheten.¹⁷ Han uteslöt emellertid inte möjligheten av att andra lösningar skulle kunna visa sig vara lämpligare under andra omständigheter och underströk nödvändigheten av att bedöma de särskilda omständigheterna i varje särskilt fall.¹⁸

Omständigheten att domstolen i sina domskäl i målet i fråga inte ansåg sig behöva återge en sådan distinktion och därefter har avvisat varje talan om ogiltigförklaring som väckts av uteslutna anbudsgivare, även under andra omständigheter, är enligt min uppfattning inte av sådan art att frågeställningen påverkas. Jag vill upprepa att så är fallet utan att någon som helst värdering därigenom görs av relevant rättspraxis.¹⁹

21. I föreliggande fall har sökanden utan tvekan överklagat ett beslut som var riktat mot sökanden och som kommissionen hade antagit vid utövandet av sina befogenheter, det vill säga det beslut genom vilket kommissionen meddelade att den hade fastställt (självständigt och på grundval av undersökningar och bedömningar som den hade företagit på eget initiativ) att dess anbud inte uppfyllde de villkor som ställdes i anbudsinfordran för att erhålla gemenskapsfinansiering. Som redan har påpekats väckte sökanden talan mot beslutet eftersom den ansåg att det hade antagits i strid med den likabehandlingsprincip som anges i EES-avtalet.

16 — Se ovan fotnot 9.

17 — Förslag till avgörande av den 22 maj 1984 (Rec. 1984, s. 2781, punkt 4.2), där man kan läsa att "varje medlemsstat under alla omständigheter har rätt att väcka talan" mot en rättsakt som har till följd att företaget utesluts från gemenskapsfinansiering.

18 — Med hänvisning till eventuella rättsakter genom vilka kommissionen kunde ha godtagit förslagen till tilldelning (och som således förelagat före det slutgiltiga valet) påpekade generaladvokaten i det avscendet att "man även kan fråga sig om det inte vore önskvärt att det var tillåtet ... att talan väcks vid domstolen" (ovannämnda förslag till avgörande, punkt 4.2). Det skall understrykas att målet CMC mot kommissionen (nämnt ovan i fotnot 9) vid den tidpunkten ännu inte var avgjort och att generaladvokaten underströk att han inte ville ta ställning till det målet just mot bakgrund av att de faktiska omständigheterna var så olika.

19 — Det är känt att domstolens rättspraxis i fråga om upphandling som finansieras genom EUF inte är fri från kritik. Den förhärskande uppfattningen inom doktrinen är i det avscendet att denna rättspraxis är behäftad med stora brister i fråga om det rättsliga skydd som i praktiken erbjuds berörda aktörer. Se i det avscendet exempelvis Brown, "Remedies of unsuccessful tenders for E.D.F.-financed contracts", i *European Law Review*, 1985, s. 421 f., Bertolini, "Osservazioni a Corte di Giustizia, sentenza 10 luglio 1984, in causa 126/83", i *Foro Italiano*, 1988, band 266 f., samt Kalugina, "Les voies de recours des entrepreneurs dans les marchés publics financés par le F. E. D.", i *Droit et pratique du commerce international* 1988, s. 511 f.

Mot bakgrund av dessa omständigheter ser jag inte att det skulle vara möjligt för sökanden att få den omtvistade rättsaktens lagenlighet prövad vid någon annan domstol än gemenskapsdomstolarna.²⁰

22. I det avseendet har kommissionen under det muntliga förfarandet hävdad att i ett sådant fall är den enda möjlighet som står öppen för sökanden att göra sina rättigheter gällande vid de behöriga domstolarna i den stödmottagande staten.

Det är emellertid uppenbart att en sådan utväg är principiellt utesluten och dessutom inte skulle kunna ha någon ändamålsenlig verkan, eftersom det rör sig om en lagenlighetskontroll av en rättsakt som ur alla synvinklar och med avseende på sin verkan är en gemenskapsrättslig rättsakt. Det nationella rättsmedlet skulle nämligen, eventuellt, endast kunna gälla rättsakter som faller inom de nationella myndigheternas behörighet, som exempelvis att slutgiltigt tilldela ett annat företag upphandlingen eller det därtill hörande kontraktet.

23. Det beslut genom vilket kommissionen fastslår att anbudsgivaren inte har rätt till gemenskapsfinansiering, ett beslut som är ämnat att antas (vilket faktiskt har skett)

20 — Inom ramen för de kontrakt som finansieras genom PHARE har den uteslutne anbudsgivaren nämligen inte ens möjligheten att vända sig till någon därtill avsedd skiljenämnd, vilket däremot föreskrivs i Lomékonventionen och vilket kommissionen vid upprepade tillfällen har angett som ett rättsmedel som kan tillgripas av uteslutna deltagare i anbudsinfordringar som finansieras genom EJR. I det avseendet bör noteras att eftersom skiljeförfarandet uttryckligen endast skall reglera förhållandet mellan den stödmottagande staten och det avtalslutande företaget, är det likväldigt omtvistat hur det skall tillämpas i förhållande till den fas då kontraktet tilldelas.

innan kontraktet tilldelas, är däremot ett fristående beslut som omfattas av kommissionens särskilda befogenheter och vid vars antagande den stödmottagande statens myndigheter inte deltar.

Mot ett sådant beslut, vilket, som konstaterats, har bindande och definitiva rättsverkningar gentemot den det riktas till, måste det vara tillåtet att föra talan om ogiltigförklaring med anledning av att gemenskapsrätten har åsidosatts. Att hävda motsatsen är enligt min uppfattning liktydigt med att förlita sig till det alltför svaga skydd som kan ges av de nationella myndigheterna och domstolarna i syfte att beröva sökanden dennes rätt till domstolsskydd. Detta utgör uppenbarligen ett oacceptabelt åsidosättande av de mest grundläggande regler som ligger till grund för den "gemenskap byggd på lag och rätt" som fördragen syftar till att upprätta och som domstolen alltid har haft till ledstjärna.²¹

21 — Vid en närmare anblick var det samma tankar som låg till grund för domstolens beslut av den 5 augusti 1983 i mål 118/83 R, CMC mot kommissionen (Rec. 1983, s. 2583), som avkunnades angående sökandens (CMC:s) begäran om interimistiska åtgärder och som syftade till att kommissionens beslut att utesluta sökanden från en anbudsinfordran i Etiopien skulle suspenderas tills domstolen avgjort huvudmålet. I det målet förklarade (ställföreträdande) ordföranden Pescatore, som för första gången uttalade sig om domstolens behörighet att slita sådana tvister, följande: "Det går ... inte att anse att ett företag inom gemenskapen a priori ställer sig utanför det domstolsskydd som tillförsäkras det genom bestämmelserna i EEG-avtalet genom att det deltar i en anbudsinfordran som organiseras i enlighet med konventionen av en AVS-stat, i nära samarbete med gemenskapsinstitutionerna" och "även om det ... förefaller säkert att det kontrakt som slutits mellan AVS-statens myndigheter och den som tilldelats kontraktet inte faller inom domstolens behörighetsområde, går det likväl inte att utesluta möjligheten av en domstolsprövning som utförs med stöd av EEG-avtalet av de rättshandlingar som kommissionen företar sig inom ramen för upphandlingsförfarandet som organiseras genom konventionen". Avslutningsvis sade han med avseende på frågan om talan kunde tas upp till prövning att "... kan det inte uteslutas att en fördjupad analys kan leda till att det framgår att det finns rättshandlingar som kommissionen företagit och som, då de tas ur sitt sammanhang, eventuellt skulle vara av sådant slag att de kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring" (punkterna 41, 44 och 47).

24. Sammanfattningsvis anser jag att inom ramen för ett upphandlingsförfarande som finansieras av PHARE skall, då de andra villkor som anges i artikel 173 i fördraget är uppfyllda, den anbudsgivare som utslutits från att åtnjuta gemenskapsfinansiering i varje fall kunna väcka talan vid domstolen i syfte att i det avseendet ifrågasätta om kommissionen, inom ramen för sin behörighet, har antagit ett välgrundat beslut. Det är hur som helst möjligt att överklaga tilldelningen av upphandlingen (eller varje annan rättsakt som har utfärdats av den nationella myndigheten) vid behörig domstol i den stat som tar emot stöd enligt PHARE-programmet.

I föreliggande fall anser jag avslutningsvis att förstainstansrättens dom skall upphävas i den del där talan om ogiltigförklaring av kommissionens skrivelse av den 10 mars 1994 avvisas. Domstolen skall emellertid själv kunna avgöra ärendet i sak, eftersom det inte behöver göras någon ytterligare undersökning av de faktiska omständigheterna.

Prövning i sak

25. Den talan om ogiltigförklaring som Geotronics har väckt är med säkerhet ogrundad i sak, även om den kan tas upp till sakprövning. I föreliggande fall var EES-avtalet nämligen inte tillämpligt vare sig vid tiden för händelserna i målet, på den berörda personen eller i sak.

För det första hade villkoren för anbudsinfordran i fråga fastställts slutgiltigt i det

meddelande som offentliggjordes den 9 juli 1993 och det saknas skäl att anse att de skulle ha ändrats implicit med anledning av att EES-avtalet trädde i kraft. En retroaktiv tillämpning av det avtalet med avseende på föreliggande fall skulle inte endast sakna rättslig grund, utan även uppenbart strida mot kraven på rättssäkerhet.

För det andra kan EES-avtalet, som förstainstansrätten med rätta har påpekat, endast tillämpas gentemot de stater som är parter i det och således inte gentemot Rumänien.

Slutligen omfattar inte EES-avtalet i sin nuvarande lydelse ämnet bistånd till tredjeland, inom vilket de fonder som används för genomförandet av PHARE-programmet ingår. Det är för övrigt uppenbart att sådant stöd finansieras genom gemenskapernas allmänna budget, som endast unionens medlemsstater bidrar till.

Skadeståndsyorkandet

26. Att EES-avtalet inte kan tillämpas på föreliggande fall, vilket nyss har konstaterats, skingrar allt tvivel kring frågan om kommissionen eventuellt är ansvarig enligt artikel 215 andra stycket i fördraget. Detta bekräftar, för det fall det skulle behövas, att de skadeståndsanspråk som sökanden har framfört och som förstainstansrätten redan har ogillat saknar grund.

27. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen
- upphäver förstainstansrättens dom av den 26 oktober 1995 i mål T-185/94 i den del där Geotronics talan om ogiltigförklaring av kommissionens skrivelse av den 10 mars 1994 avvisas och förklarar att denna talan kan tas upp till sakprövning,

 - ogillar talan,

 - ogillar talan om ersättning för de skador som sökanden påstår sig ha lidit till följd av det omtvistade beslutet.