

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS BESLUT
den 14 januari 2004 *

I mål T-202/02,

Makedoniko Metro, Thessaloniki (Grekland),

Michaniki AE, Maroussi Attikis (Grekland),

företrädna av advokaten C. Gonis, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av M. Konstantinidis, i
egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: grekiska.

angående en talan om ersättning för den skada som sökandena påstår sig ha lidit till följd av kommissionens beslut att avskriva deras klagomål nr 97/4188/P, som inkom till förstainstansrättens kansli den 23 januari 1997 och som avser den grekiska statens tilldelning av en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten avseende planering, byggande, självfinansiering och drift av en tunnelbana i Thessaloniki (Grekland),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen),

sammansatt av avdelningsordföranden H. Legal samt domarna V. Tiili och M. Vilaras,

justitiesekreterare: H. Jung,

följande

Beslut

Bakgrund till tvisten

1 Den första sökanden är entreprenörgruppen Makedoniko Metro (nedan kallad Makedoniko Metro), som bildats i syfte att delta i det offentliga och internationella upphandlingsförfarandet avseende planering, byggande, självfinansiering och drift av en tunnelbana i Thessaloniki. Den andra sökanden, Michaniki AE (nedan kallad Michaniki), är ett aktiebolag bildat enligt grekisk rätt, som ingår i Makedoniko Metro (nedan tillsammans kallade sökandena).

- 2 Grekiska staten beslutade att inleda en internationell upphandling avseende planering, byggande, självfinansiering och drift av en tunnelbana i Thessaloniki, till ett belopp av 65 miljarder grekiska drakmer (GRD). För tilldelningen av kontraktet valde staten att tillämpa ett slags begränsat förfarande i sex faser: fasen för ett första urval av deltagare, fasen då de utvalda deltagarna lämnar anbud, fasen för prövning av de tekniska anbuden, fasen för prövning av de ekonomiska och finansiella anbuden, fasen för förhandlingar mellan den upphandlande myndigheten och den anbudsgivare som preliminärt tilldelats upphandlingen, samt fasen för undertecknande av kontraktet.

- 3 Den grekiska ministern för miljö, markplanering och offentliga bygg- och anläggningsarbeten (nedan kallad ministern) godkände genom beslut den 18 juni 1992 det upphandlingsmeddelande genom vilket förfarandets första fas (det första urvalet av deltagare) inleddes. Efter slutförandet av denna fas tilläts åtta entreprenörsgrepp, däribland Makedoniko Metro och entreprenörsgreppen Thessaloniki Metro (nedan kallad Thessaloniki Metro), att ge in anbud.

- 4 Genom beslut av den 1 februari 1993 godkände ministern upphandlingsunderlaget för den andra fasen i förfarandet (de utvalda deltagarnas lämnande av anbud), bland annat det kompletterande meddelandet om upphandling och de särskilda upphandlingsvillkoren.

- 5 Vid en samlad bedömning av bestämmelserna i det ovannämnda meddelandet om upphandling framgår att bestämmelserna öppnade en möjlighet för att i upphandlingens andra fas utvidga en utvald entreprenörsgrepp med nya medlemmar, men att utvidgningen endast var möjlig fram till det datum som hade fastställts för inlämnande av anbudsgivarnas anbud.

- 6 Under den andra fasen i förfarandet ingav särskilt Makedoniko Metro och Thessaloniki Metro tekniska förslag, ekonomiska undersökningar och finansiella anbud.
- 7 Makedoniko Metros medlemmar var vid första urvalet Michaniki och bolagen Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA och Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, vilka vart och ett hade en andel som uppgick till 70, 20, 5 respektive 5 procent av dess kapital.
- 8 Under förfarandets andra fas utvidgades Makedoniko Metro med bolaget AEG Westinghouse Transport Systems GmbH. De fyra ovannämnda företagens andel uppgick därefter till 63, 17, 5 respektive 5 procent av dess kapital, medan andelen för AEG Westinghouse Transport Systems GmbH uppgick till 10 procent av nämnda kapital.
- 9 I den sistnämnda sammansättningen tilldelades Makedoniko Metro preliminärt upphandlingen, den 14 juni 1994.
- 10 Efter tillsättning av förhandlingskommittén genom beslut av den 24 juni 1994 och efter det att förhandlingar mellan den grekiska staten och Makedoniko Metro, i egenskap av den grupp som preliminärt hade tilldelats upphandlingen, hade inletts, informerade Makedoniko Metro genom skrivelse av den 29 mars 1996 ministern om sin nya sammansättning med Michaniki, bolaget ABB Daimler-Benz Transportation Deutschland GmbH (nedan kallat Adtranz) och gruppen Fidel Group, som i sin tur bestod av Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA och Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, varvid den respektive andelen av dess kapital uppgick till 80 procent för Michaniki, 19 procent för Adtranz och 1 procent för Fidel Group.

- 11 Genom en skrivelse av den 14 juni 1996 till kommittén för större arbeten uppgav Makedoniko Metro, som svar på frågor rörande rykten om att medlemmarna i gruppen Fidel Group hade gått i konkurs eller var föremål för likvidation, att bolagen i nämnda grupp inte längre deltog i Makedoniko Metro och att medlemmarna i Makedoniko Metro vid detta tillfälle var Michaniki, Adtranz och bolaget Belgian Transport and Urban Infrastructure Consult (Transurb Consult), vilkas andel av dess kapital uppgick till 80,65, 19 respektive 0,35 procent.

- 12 Ministern, som konstaterade att Makedoniko Metros ståndpunkter på betydelsefulla punkter avvek från bestämmelserna i anbudshandlingarna, fann att förhandlingarna hade misslyckats, varför han genom beslut av den 29 november 1996 förklarade den grekiska statens förhandlingar med Makedoniko Metro för avslutade och inbjöd Thessaloniki Metro, som skulle tilldelas den preliminära upphandlingen, till förhandlingar.

- 13 Den 10 december 1996 väckte Makedoniko Metro talan vid Symvoulío tis Epikrateias (grekiska högsta förvaltningsdomstolen) om ogiltigförklaring av ministerns beslut av den 29 november 1996. Genom beslut nr 971 av den 6 mars 1998 avvisade Symvoulío tis Epikrateias talan med motiveringen att Makedoniko Metro inte hade rätt att ändra sin sammansättning efter att ha givit in anbudet och efter att preliminärt ha tilldelats upphandlingen och samtidigt fortsätta att delta i förfarandet i fråga. Symvoulío tis Epikrateias fann att Makedoniko Metro därmed inte hade rätt att i denna nya sammansättning begära att den omtvistade rättsakten skulle ogiltigförklaras.

- 14 Sökandena väckte dessutom skadeståndstalan vid Dioikitiko Protodikeio Athinon (förvaltningsdomstol i första instans i Aten, Grekland) mot den grekiska staten, i syfte att få ersättning för den skada de påstod sig ha lidit till följd av att förhandlingarna avbrutits och att de inte tilldelats upphandlingen i fråga. Sagda förvaltningsdomstol följde Symvoulío tis Epikratias tolkning och avvisade genom beslut av den 30 april 1999 denna talan.

- 15 Sedan sökandena överklagat detta beslut till Dioikitiko Efeteio Athinon (förvaltningsdomstol i andra instans i Aten) beslutade sistnämnda domstol att vilandeförklara målet och ställa en fråga till domstolen angående tolkningen av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54) och rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess ändrade lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1, svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) (nedan kallat direktiv 89/665).

- 16 Domstolen fastslog vid avgörandet av denna tolkningsfråga i sin dom av den 23 januari 2003 i mål C-57/01, Makedoniko Metro och Michaniki (REG 2003, s. I-1091), att direktiv 93/37 inte utgör hinder för en nationell bestämmelse som innebär att det är förbjudet att efter det att anbud har lämnats ändra sammansättningen i en entreprenörsgroup som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten eller för koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten. Domstolen fastställde även att i den mån ett beslut av en upphandlande myndighet innebär att en entreprenörsgroups rättigheter enligt gemenskapsrätten åsidosätts inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling, skall denna group ha sådan rätt att väcka talan som föreskrivs i direktiv 89/665.

- 17 Makedoniko Metro ingav, parallellt, den 23 januari 1997 ett klagomål till kommissionen, som inregistrerades under nummer 97/4188/P. I detta klagomål kritiserade Makedoniko Metro ministerns ovannämnda beslut av den 29 november 1996 och hävdade att Republiken Grekland, genom att inte tilldela gruppen upphandlingen av byggandet av tunnelbanan i Thessaloniki, hade åsidosatt sina skyldigheter enligt gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling. Makedoniko Metro inbjöd följaktligen kommissionen, i dess egenskap av fördragets väktare, att mot Republiken Grekland inleda alla nödvändiga förfaranden och vidta alla nödvändiga åtgärder och, i synnerhet, fördragsbrottsförfarandet enligt artikel 226 EG och att inleda förfarandet enligt artikel 3 i direktiv 89/665. Enligt denna artikel får kommissionen, om den, innan ett upphandlingskontrakt slutits,

anser att en klar och konkret överträdelse har ägt rum vid en offentlig upphandling, ingripa hos de berörda behöriga myndigheterna i medlemsstaten och hos den berörda upphandlande myndigheten för att se till att lämpliga åtgärder vidtas i syfte att snabbt rätta till varje påstådd överträdelse.

- 18 Genom telefax av den 30 juli 1997 anmodade kommissionen de grekiska myndigheterna att vänta med att godkänna resultatet från upphandlingsförfarandet och med att underteckna avtalet i fråga, med den nya gruppen som preliminärt skulle tilldelas upphandlingen, till dess att kommissionen hade avslutat handläggningen av ärendet.
- 19 Makedoniko Metros klagomål var föremål för en första diskussion vid kommissionens möte den 7 april 1998. Kommissionen påpekade då att de digra anbudshandlingarna innehöll bestämmelser som kunde ge upphov till olika tolkningar från anbudsgivarna beträffande vilka exakta krav de omfattades av. Med hänsyn till förfarandets och anbudshandlingarnas komplicerade karaktär kom kommissionen dock till slutsatsen att det inte kunde hävdas att den avtalsslutande myndigheten inte hade tillåtit ett konkurrensmässigt förfarande. Kommissionen ansåg i samband härmed att det inte hade kunnat visas att en sådan klar överträdelse av principen om likabehandling hade skett som gjorde det nödvändigt att inleda ett överträdelseförfarande. Kommissionen beslutade vid detta tillfälle även att ge kommissionsledamoten Mario Monti i uppdrag att kontakta de behöriga grekiska myndigheterna för att förklara kommissionens ställningstagande i denna fråga och för att inhämta kommentarer och erhålla sagda myndigheters försäkringar angående deras framtida politik på området.
- 20 Genom skrivelse av den 20 maj 1998, och innan kommissionen slutgiltigt uttalade sig om hur klagomålet skulle följas upp, anmodade kommissionsledamoten Mario Monti de behöriga grekiska myndigheterna att vidta alla nödvändiga åtgärder för

att få anbuden och upphandlingsvillkoren avfattade på ett sätt som hindrade skiljaktiga tolkningar och som säkerställde att principen om likabehandling iaktogs. Kommissionsledamoten Mario Monti bad i det avseendet de ovan nämnda myndigheterna att försäkra sig om att på området gällande regler följdes och att vidta lämpliga åtgärder för att förhindra sådana situationer i framtiden.

- 21 De grekiska myndigheterna besvarade denna skrivelse den 26 juni 1998. Makedoniko Metro kommenterade denna skrivelse i skrivelse av den 15 juli 1998.

- 22 Genom skrivelse av den 30 juli 1998 informerade generaldirektören vid generaldirektoratet ”Den inre marknaden och finansiella tjänster”, vid kommissionen, Makedoniko Metro om att dess tjänstegrenar föreslog kommissionen att slutföra ärendet, såvida inte sökandena kunde lämna ytterligare uppgifter som visade att gemenskapsrätten om offentlig upphandling hade åsidosatts.

- 23 Genom beslut av den 20 augusti 1998 (och inte av den 27 augusti 1998 såsom sökandena har angivit i sin ansökan) beslutade kommissionen att avskrivna ärendet.

- 24 Genom skrivelser som daterats den 10 september, den 7 och den 21 oktober, och den 25 november 1998 och som riktats till kommissionsledamoten Mario Monti, överlämnade sökandena vissa ytterligare uppgifter till kommissionen, avseende bland annat det påstått rättstridiga sätt varmed den behöriga myndigheten skulle ha fört förhandlingarna med Makedoniko Metro, det ovan nämnda beslutet från Symvoulío tis Epikrateias, och de många förmodade tekniska misstagen i Thessaloniki Metros anbud. Dessa uppgifter visade att det förelåg tydliga och betydande överträdelser av gemenskapsrätten och särskilt av principen om likabehandling, varför de motiverade att ett överträdelseförfarande inleddes. I sin

skrivelse av den 25 november 1998 begärde sökandena dessutom att bli informerade om vilka åtgärder kommissionen planerade för att förhindra undertecknandet av ett koncessionsavtal som enligt deras mening var rättsstridigt och på ett påtågigt sätt avvek från anbudshandlingarna.

- 25 Efter att ha granskat sökandenas ovannämnda skriftväxling informerade generaldirektören vid generaldirektoratet för ”Den inre marknaden och finansiella tjänster”, genom skrivelse av den 10 december 1998, sökandena om att dess tjänstegrenar ansåg ”att det inte hade påpekats någon sådan ny omständighet för dem som motiverade att ett nytt överträdelseförfarande inleddes i ärendet”.
- 26 Till följd slutligen av ett klagomål som sökandena, genom skrivelser av den 25 september och den 23 november 1998, framställt till Europeiska ombudsmannen, påpekade denne i sitt beslut av den 30 januari 2001 att kommissionen hade visat prov på dålig förvaltningssed när den, i förhållande till klaganden, inte tillräckligt hade motiverat sitt beslut att avskriva klagomålet och hade fråntagit klaganden möjligheten att få sin synpunkt hörd innan ärendet avslutades. Däremot tillbakavisade ombudsmannen Makedoniko Metros invändningar om dels att kommissionens beslut att avsluta ärendet grundats på politiska kriterier utan varje rättslig grund och inte motiverats av allmänintresset, dels att fristen för att handlägga klagomålet och för att informera klaganden om resultatet av handläggningen varit alltför lång. Ombudsmannen erinrade med hänvisning till domstolens rättspraxis slutligen om att kommissionen har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att inleda ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG.

Förfarande och parternas yrkanden

- 27 Sökandena har genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 3 juli 2002 väckt förevarande talan.

28 Genom särskild handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 8 oktober 2002 har kommissionen framställt en invändning om rättegångshinder enligt artikel 114 i förstainstansrättens rättegångsregler.

29 Sökandena har yttrat sig över denna invändning den 16 december 2002. Genom särskild handling som inkom till förstainstansrättens kansli samma dag begärde de att processledande åtgärder skulle vidtas i syfte att få kommissionen att inkomma med vissa handlingar. Kommissionen yttrade sig över denna begäran den 7 januari 2003.

30 Sökandena har i sin ansökan yrkat att förstainstansrätten skall

— förklara att talan kan upptas till sakprövning i sin helhet,

— förplikta kommissionen att

— till Michaniki utge ett belopp på 23 578 050 euro jämte ränta med åtta procent från den 29 november 1996 eller åtminstone från den [20] augusti 1998 samt beloppen 224 654 euro och 60 miljoner euro jämte dröjsmålsränta med åtta procent från talans väckande,

— till Prodromos Emfietzoglou, ordförande i Michaniki, utge ett belopp på 15 miljoner euro jämte dröjsmålsränta med åtta procent från talans väckande, som ersättning för ideell skada,

- till Michaniki utge ett belopp på 1 025 839 598 euro jämte dröjsmålsränta med åtta procent från talans väckande, för utebliven vinst,

- till Makedoniko Metro utge ett totalt belopp på 110 754 352 euro, varav 20 procent skall tillfalla Adtranz och 0,35 procent Transurb Consult,

- förplikta kommissionen att skicka ett meddelande till samtliga sina tjänstegrenar för att återupprätta Michanikis och dess ordförande Prodromos Emfietzoglous goda namn och rykte,

- förplikta kommissionen att till domstolen inge och till sökandena sända protokollen från sammanträdena av den 7 april och den 20 augusti 1998 med de beslut som fattats vid dessa sammanträden, samt alla skrivelser av John Mogg, Mario Monti och ordföranden Romano Prodi i original,

- höra följande personer som vittnen:
 - dåvarande ombudsmannen Jacob Söderman,

 - dennes medarbetare I. Harden och O. Verheecke,

 - ordföranden för Michaniki, Prodromos Emfietzoglou,

— alla personer som det framstår som nödvändigt att höra efter det att kommissionen har tillhandahållit de begärda handlingarna,

— förplikta kommissionen att ersätta samtliga rättegångskostnader.

31 Kommissionen har i sin invändning om rättegångshinder yrkat att förstainstansrätten skall

— avvisa talan,

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

32 Sökandena har i sitt yttrande över invändningen om rättegångshinder yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla invändningen om rättegångshinder,

— i andra hand förena invändningen om rättegångshinder med sakfrågan i målet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

Huruvida talan kan upptas till sakprövning

- 33 Enligt artikel 114.1 i rättegångsreglerna kan förstainstansrätten, om en part begär det, meddela beslut i fråga om rättegångshinder utan att pröva själva sakfrågan. Enligt punkt 3 i samma artikel skall, om inte rätten bestämmer annat, återstoden av förfarandet vara muntligt. Förstainstansrätten anser att den är tillräckligt upplyst genom granskningen av de handlingar som ingivits för att avgöra frågan utan att inleda det muntliga förfarandet.

Huruvida begäran om skadestånd kan upptas till sakprövning

Parternas argument

- 34 Kommissionen har anfört att de beslut som antagits i samband med handläggningen av ett klagomål enligt förfarandet i artikel 226 EG inte kan utgöra grund för en talan om skadestånd vid gemenskapsdomstolarna. Kommissionen har i detta avseende erinrat om domstolens och förstainstansrättens fasta rättspraxis enligt vilken kommissionen inte är skyldig att inleda ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG. Kommissionens beslut att inte inleda ett sådant förfarande gentemot en medlemsstat kan följaktligen inte utgöra ett rättsstridigt handlande och kan således inte innebära att gemenskapen blir utomobligatoriskt skadeståndsansvarig.
- 35 Beträffande klagandens ställning i fråga om förfarandet enligt artikel 226 EG har kommissionen anfört att personer som har ingivit klagomål inte har möjlighet att vid en gemenskapsdomstol väcka talan mot ett eventuellt beslut att avskriva deras klagomål och inte har sådana processuella rättigheter som kan jämföras med dem som de kan ha, bland annat inom ramen för ett förfarande som inletts enligt rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen för

tillämpning av artiklarna [81] och [82] i fördraget (EGT nr 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8). Härav följer att kommissionens beslut om att vägra att inleda ett fördragsbrottsförfarande och att avskryva klagomålet inte från den synpunkten kan vara rättsstridiga och således utgöra grund för en skadeståndstalan, även om kommissionen inte tillräckligt hade motiverat beslutet om att avskryva klagomålet och inte hade givit klagandena tillräckligt med tid för att få deras synpunkt hörd före sagda avskrivning.

- 36 Det framgår i vart fall av ansökan att sökandena har begärt skadestånd och därvid i huvudsak grundat sig på att kommissionens ifrågasatta rättsakter enligt deras mening har varit orsaken till att de gått miste om den ifrågavarande upphandlingen med den grekiska staten, och inte på att dessa rättsakter är otillräckligt motiverade eller har antagits med åsidosättande av rätten till försvar. De administrativa åtgärder som kommissionen vidtar vid handläggningen av ett klagomål varken påverkar eller ändrar arten av ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG. Kommissionens befogenhet att göra skönsmässiga bedömningar på området innebär att de enskilda i detta avseende varken har rätt att kräva att kommissionen tar konkret ställning, eller att väcka talan om ogiltigförklaring mot dess vägran att inleda ett fördragsbrottsförfarande eller att väcka talan om skadestånd för denna vägran.
- 37 Kommissionen har slutligen, till skillnad från vad sökandena vid upprepade tillfällen har anfört i sin ansökan, påpekat att dess beslut att inte inleda förfarandet enligt artikel 226 EG inte är juridiskt bindande (domstolens dom av den 1 mars 1966 i mål 48/65, Lütticke mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission, REG 1966, s. 27; svensk specialutgåva, volym 1, s. 237), och att sagda beslut därför inte kan innebära att den grekiska statens påstått rättsstridiga rättsakt, genom vilken Makedoniko Metro utestängs från förhandlingar beträffande ett upphandlingsförfarande om byggande av en tunnelbana i Thessaloniki, "godkänns" eller än mindre "görs gällande". Denna argumentering är följaktligen fullständigt felaktig och kan uppenbarligen inte godtas.
- 38 Sökandena har först och främst påpekat att kommissionen genom att besluta att avskryva klagomålet både i materiellt och processuellt hänseende har åsidosatt

sådana grundläggande principer och bestämmelser i gemenskapsrätten som principerna om likabehandling och om öppenhet, proportionalitetsprincipen, principen om god förvaltningssed, omsorgsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar. Kommissionen har särskilt åsidosatt sin skyldighet att iaktta god förvaltningssed genom att skada sökandenas rätt att höras och att bli informerade och genom att inte iaktta motiveringsskyldigheten, vilket ombudsmannen fastställt i sitt beslut av den 30 januari 2001. Sökandena har av denna anledning begärt att kommissionens beslut av den 7 april och den 20 augusti 1998 samt protokollen från de möten vid vilka dessa beslut antogs skall fogas till handlingarna i målet. Enligt sökandena kan dessa överträdelser innebära att gemenskapen blir utomobligatoriskt skadeståndsansvarig.

- 39 När det gäller kommissionens befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar vid ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG anser sökandena att den, såsom även ombudsmannen har påpekat i sitt beslut av den 30 januari 2001, inte skall likställas med en enväldig eller godtycklig befogenhet. När kommissionen utövar sin befogenhet att företa skönsmässig bedömning undandras dess åtgärder inte från domstolsprövning (domstolens dom av den 22 oktober 1991 i mål C-16/90, Nölle, REG 1991, s. I-5163, punkt 12). I sådant fall skall kommissionen iaktta de allmänna gemenskapsrättsliga principerna och särskilt omsorgsprincipen, som en del av principen om god förvaltningssed. Under dessa omständigheter ger tillämpningen av omsorgsprincipen jämförd med rätten att höras och med motiveringsskyldigheten, möjlighet att säkerställa att de beslut som tas av gemenskapsinstitutionerna är riktiga och att deras innehåll är lagenligt.

- 40 Sökandena har därefter bestridit påståendet att klagomålet av den 23 januari 1997 endast avsåg inledandet av ett fördragsbrottsförfarande mot Republiken Grekland enligt artikel 226 EG. Efter att ha protesterat mot det ovannämnda ministerbeslutet av den 29 november 1996, vilket betraktades som rättsstridigt, och mot ministrernas och kommittéernas vid ministeriet för offentliga bygg- och anläggningsarbeten handlande, har Makedoniko Metro dessutom begärt att kommissionen, i dess egenskap av fördragens väktare, en roll som den bland annat tillerkänts genom artikel 211 EG, skall vidta de "åtgärder som är

nödvändiga för att tillämpa de grundläggande principerna och bestämmelserna för offentlig upphandling” och tillämpa artikel 3 i direktiv 89/665 jämförd med artikel 2 i detta direktiv.

- 41 Sammanfattningsvis anser sökandena, med framhållande av grunderna och argumenten i sin ansökan, att förevarande talan uppfyller villkoren i artikel 288 andra stycket EG, i vilken det enligt deras mening inte föreskrivs någon särskild begränsning när det gäller vilka personer som har rätt att väcka sådan talan. Talan skall följaktligen förklaras kunna upptas till sakprövning. Det förhållandet att de åtgärder som kommissionen har vidtagit i samband med handläggningen av klagomålet och beslutet att avskryva detta inte är tvingande saknar i detta avseende relevans.

Förstainstansrättens bedömning

- 42 Det skall inledningsvis påpekas att sökandena har yrkat ersättning för den skada som de anser sig ha lidit dels på grund av kommissionens underlåtenhet att inleda ett fördragsbrottsförfarande gentemot Republiken Grekland för att denna åsidosatt direktiven 89/665 och 93/37 samt allmänna rättsprinciper, dels på grund av att kommissionen inte har inlett det förfarande som föreskrivs i artikel 3 i direktiv 89/665. Genom att underlåta att inleda dessa förfaranden, och genom att, i sin egenskap av fördragens väktare, vidta alla sådana åtgärder som gör det möjligt att i förevarande fall tillämpa de gemenskapsbestämmelser som reglerar förfarandet för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, har kommissionen överskridit gränserna för sin befogenhet att företa skönsmässig bedömning och har gjort sig skyldig till ett sådant åsidosättande av omsorgsskyldigheten vid behandlingen av klagomålet och av motiveringsskyldigheten som kan tänkas innebära att gemenskapen blir utomobligatoriskt skadeståndsansvarig.

- 43 Vad i första hand gäller underlåtenheten att inleda ett fördragsbrottsförfarande gentemot Republiken Grekland skall det erinras om att eftersom kommissionen inte är skyldig att inleda ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 226 EG är dess beslut att inte inleda ett sådant förfarande enligt rättspraxis i varje fall inte rättsstridigt, vilket innebär att gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar inte uppkommer och att det enda handlande som eventuellt kan ha orsakat skada är den berörda medlemsstatens handlande, det vill säga i förevarande fall den grekiska statens handlande (domstolens beslut av den 23 maj 1990 i mål C-72/90, Asia Motor France mot kommissionen, REG 1990, s. I-2181, punkt 13, förstainstansrättens dom av den 14 september 1995 i mål T-571/93, Lefebvre m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-2379, punkt 61, förstainstansrättens beslut av den 3 juli 1997 i mål T-201/96, Smanor m.fl. mot kommissionen, REG 1997, s. II-1081, punkt 30, och av den 10 april 2000 i mål T-361/99, Meyer mot kommissionen och BEI, REG 2000, s. II-2031, punkt 13, och förstainstansrättens dom av den 10 april 2002 i mål T-209/00, Lamberts mot Médiateur, REG 2002, s. II-2203, punkt 53).
- 44 Härav följer att yrkanden om skadestånd som grundats på kommissionens underlåtenhet att inleda ett fördragsbrottsförfarande gentemot en medlemsstat skall avvisas (se det ovan i punkt 43 nämnda beslutet i målet Asia Motor France mot kommissionen, punkt 15, och det ovan i punkt 43 nämnda beslutet i målet Smanor m.fl. mot kommissionen, punkt 31).
- 45 Denna slutsats kan inte vederläggas av sökandenas argument att kommissionen i samband med handläggningen av klagomålet efter vad som påstås skulle ha åsidosatt allmänna rättsprinciper och särskilt sådana processuella rättigheter för sökandena som rätten att bli hörd eller motiveringsskyldigheten.
- 46 Det skall erinras om att parternas processuella ställning i förfaranden som inleds med klagomål till kommissionen är fundamentalt olika beroende på om det är fråga om ett förfarande enligt artikel 226 EG eller om ett förfarande enligt

förordning nr 17. Enligt fast rättspraxis är kommissionen inte skyldig att inleda ett förfarande enligt artikel 226 EG utan har ett utrymme för skönsmässig bedömning som innebär att enskilda saknar rätt att kräva att den skall ta ställning på ett visst sätt (se särskilt domstolens dom av den 14 februari 1989 i mål 247/87, Star Fruit mot kommissionen, REG 1989, s. 291, punkt 11, och domstolens beslut av den 17 juli 1998 i mål C-422/97 P, Sateba mot kommissionen, REG 1998, s. I-4913, punkt 42). Härav följer att personer som framför klagomål inom ramen för ett förfarande enligt artikel 226 EG inte har möjlighet att väcka talan vid gemenskapsdomstolen mot ett eventuellt beslut att avskriva deras klagomål, och de har inte några processuella rättigheter som kan jämföras med dem som de kan ha i ett förfarande enligt förordning nr 17, som innebär att de kan kräva att kommissionen informerar dem eller att de hörs (förstainstansrättens beslut av den 29 september 1997 i mål T-83/97, Sateba mot kommissionen, REG 1997, s. II-1523, punkt 32, vilket fastställts efter överklagande genom beslut av den 17 juli 1998 i det ovannämnda målet Sateba mot kommissionen, punkt 42).

47 Det skall även påpekas, såsom sökandena själva har medgivit, att bedömningarna i kommissionens beslut att avskriva Makedoniko Metros klagomål inte medför att tvisten mellan sökandena och den behöriga nationella myndigheten avseende lagenligheten av förfarandet för den ifrågavarande offentliga upphandlingen av bygg- och anläggningsarbeten, som den sagda myndigheten har inlett, kan avgöras. Den åsikt som uttrycks i detta beslut är en faktisk omständighet som den nationella domstolen som skall avgöra tvisten säkert kan beakta i samband med sin prövning. Då det dock är fråga om bedömningar som följer av ett undersökningsförfarande enligt artikel 226 EG är de inte bindande för de nationella domstolarna (förstainstansrättens beslut av den 29 september 1997 i det ovan i punkt 46 nämnda målet Sateba mot kommissionen, punkt 41).

48 Vidare kan inte heller de yrkanden godtas som avser ersättning för den skada som sökandena påstår sig ha lidit på grund av att kommissionen har underlåtit att inleda förfarandet enligt artikel 3 i direktiv 89/665.

- 49 I punkt 1 i denna artikel stadgas nämligen att kommissionen får tillgripa det förfarande som föreskrivs i de följande punkterna om den innan ett upphandlingskontrakt slutits anser att en klar och konkret överträdelse av gemenskapsreglerna har ägt rum vid en offentlig upphandling som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/37.
- 50 Av den tydliga ordalydelsen i denna bestämmelse, som varken är ett undantag från eller ersätter artikel 226 EG, framgår att kommissionen därigenom endast förbehålls befogenheten att använda det förfarande som föreskrivs i denna. Eftersom valet att inte utnyttja en sådan befogenhet inte utgör någon rättsstridighet kan det inte medföra att gemenskapen blir utomobligatoriskt skadeståndsansvarig. Även om kommissionen anmodas utnyttja denna befogenhet behåller den för övrigt möjligheten att föredra att pröva det klagomål som riktats till den med stöd av artikel 226 EG (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 24 januari 1995 i mål C-359/93, kommissionen mot Nederländerna, REG 1995, s. I-157, punkterna 12 och 13, och av den 17 december 1998 i mål C-353/96, kommissionen mot Irland, REG 1998, s. I-8565, punkt 22, domstolens beslut av den 29 september 1997 i det ovan i punkt 46 nämnda målet Sateba mot kommissionen, punkterna 36 och 37, vilket fastställts efter överklagande genom beslut av den 17 juli 1998 i det ovan i punkt 46 nämnda målet Sateba mot kommissionen, punkt 32).
- 51 Med hänsyn till ovanstående skall yrkandena om skadestånd i förevarande talan avvisas. Under dessa omständigheter är det inte nödvändigt att anta de av sökanden föreslagna åtgärderna för processledning eller att förordna om åtgärder för bevisupptagning.

Begäran om föreläggande

- 52 Sökanden har inom ramen för sitt tredje yrkande begärt att förstainstansrätten skall förplikta kommissionen att "skicka ett meddelande till samtliga sina tjänstegrenar för att återupprätta [[Michanikis] och dess ordförande [...] Emfietzoglous goda namn och rykte".

- 53 Det skall erinras om att gemenskapsdomstolen inte utan att inkräkta på den administrativa myndighetens befogenheter kan rikta förelägganden till en gemenskapsinstitution. Denna princip innebär inte endast att yrkanden inom ramen för en talan om ogiltigförklaring om att det skall åläggas institutionen att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att verkställa en dom om ogiltigförklaring avvisas, men den kan i princip även tillämpas inom ramen för en talan där domstolen har oinskränkt prövningsrätt (se analogt förstainstansrättens dom av den 27 juni 1991 i mål T-156/89, Valverde Mordt mot domstolen, REG 1991, s. II-407, punkt 150).
- 54 Härav följer att även detta yrkande skall avvisas.
- 55 På grundval av samtliga ovanstående överväganden skall förevarande talan avvisas i sin helhet.

Rättegångskostnader

- 56 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökandena skall förpliktas att utöver sina rättegångskostnader även ersätta kommissionens rättegångskostnader. Eftersom sökandena har tappat målet skall kommissionens yrkande bifallas.

På dessa grunder fattar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

följande beslut:

- 1) Talan avvisas.

- 2) Sökandena skall ersätta rättegångskostnaderna.

Luxemburg den 14 januari 2004.

H. Jung

Justitiesekreterare

H. Legal

Ordförande