

## **EuG (Neunte Kammer), Urteil vom 26.01.2022 – T-849/19**

### **Titel:**

Marchés publics de services, Procédure d'appel d'offres, Services de surveillance aérienne, Recours en annulation, Absence d'intérêt à agir, Irrecevabilité, Responsabilité non contractuelle, Öffentliche Dienstleistungsaufträge, Ausschreibungsverfahren, Luftüberwachungsdienste, Nichtigkeitsklage, Fehlendes Rechtsschutzinteresse, Unzulässigkeit, Außertragliche Haftung

### **Rechtsgebiete:**

Privates Baurecht, Vergaberecht, Europarecht, ausl. Recht, Völkerrecht

### **Schlagworte:**

Marchés publics de services, Procédure d'appel d'offres, Services de surveillance aérienne, Recours en annulation, Absence d'intérêt à agir, Irrecevabilité, Responsabilité non contractuelle, Öffentliche Dienstleistungsaufträge, Ausschreibungsverfahren, Luftüberwachungsdienste, Nichtigkeitsklage, Fehlendes Rechtsschutzinteresse, Unzulässigkeit, Außertragliche Haftung

### **Parteien:**

#### **Kläger:**

Leonardo SpA

#### **Beklagter:**

Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache (Frontex)

### **Fundstellen:**

BeckRS 2022, 497

### **ECLI:**

ECLI:EU:T:2022:28

### **CELEX:**

CELEX 62019TJ0849

### **Rechtskraft:**

unbekannt

### Text1

URTEIL DES GERICHTS (Neunte erweiterte Kammer)

26. Januar 2022\*

In der Rechtssache T-849/19,

Leonardo SpA mit Sitz in Rom (Italien), vertreten durch die Rechtsanwälte M. Esposito, F. Caccioppoli und G. Calamo,

Klägerin,

gegen

Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache (Frontex),

vertreten durch H. Caniard, C. Georgiadis, A. Gras und S. Drew als Bevollmächtigte im Beistand der Rechtsanwältinnen M. Umbach und F. Biebuyck sowie der Rechtsanwälte V. Ost und M. Clarich,

Beklagte,

betreffend einen auf Art. 263 AEUV gestützten Antrag auf Nichtigerklärung der Auftragsbekanntmachung FRONTEX/OP/888/2019/JL/CG vom 18. Oktober 2019 für den Dienstleistungsauftrag „Ferngesteuerte Luftfahrzeugsysteme (Remotely Piloted Aircraft Systems - RPAS) für Langstreckeneinsätze in mittlerer Flughöhe zur Überwachung von Seengebieten aus der Luft“ in der berichtigten Fassung, der ihr als Anhang beigefügten Unterlagen, der von Frontex veröffentlichten erläuternden Antworten, des Protokolls des in den Räumlichkeiten von Frontex am 28. Oktober 2019 abgehaltenen Informative Meetings, der Entscheidung über die Vergabe des Auftrags und jeder anderen vorausgegangenen, damit im Zusammenhang stehenden oder nachfolgenden Handlung, sowie einen Antrag nach Art. 268 AEUV auf Ersatz des Schadens, der der Klägerin daraus entstanden sein soll,

erlässt

DAS GERICHT (Neunte erweiterte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten S. Papasavvas, der Richterin M. J. Costeira, des Richters J. Schwarcz sowie der Richterinnen M. Kancheva und T. Perišin (Berichterstatterin),

Kanzler: J. Palacio González, Hauptverwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juni 2021

folgendes

Urteil

### **Tenor:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Leonardo SpA trägt neben ihren eigenen Kosten die Kosten der Europäischen Agentur für die Grenz- und Küstenwache (Frontex), einschließlich der Kosten der Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes.

### **Gründe:**

#### Vorgeschichte des Rechtsstreits und Sachverhalt nach Klageerhebung

**1**Am 18. Oktober 2019 leitete die Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache (Frontex) mit Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (ABl. 2019/S. 0202-490010) das Ausschreibungsverfahren FRONTEX/OP/888/2019/JL/CG „Ferngesteuerte Luftfahrzeugsysteme (RPAS) für Langstreckeneinsätze in mittlerer Flughöhe zur Überwachung von Seengebieten aus der Luft“ (im Folgenden: angefochtene Auftragsbekanntmachung) ein, um Überwachungsdienste aus der Luft mit Hilfe eines ferngesteuerten Luftfahrzeugsystems für Langstreckeneinsätze in mittlerer Flughöhe (Medium Altitude Long Endurance Remotely Piloted Aircraft System, im Folgenden: MALE RPAS) im maritimen Bereich zu beschaffen. Diese Bekanntmachung wurde am 8. und am 22. November 2019 berichtigt, wodurch sich der Schlusstermin für den Eingang der Angebote und das Datum für die Öffnung der Angebote nach hinten verschoben.

**2**Als Ende der Frist für die Abgabe von Angeboten wurde entsprechend den im Lauf des Verfahrens vorgenommenen Berichtigungen der Ausschreibungsbekanntmachung der 13. Dezember 2019 festgelegt, als Tag der Öffnung der Angebote der 20. Dezember 2019. Drei Unternehmen reichten ein Angebot ein.

**3**Die Klägerin, die Leonardo SpA, ein im Bereich der Luft- und Raumfahrt tätiges Unternehmen, nahm nicht an dem mit der angefochtenen Auftragsbekanntmachung eingeleiteten Ausschreibungsverfahren teil.

**4**Am 31. Mai 2020 legte der Ausschuss für die Bewertung der Angebote dem zuständigen Anweisungsbefugten seinen Bewertungsbericht vor.

**5**Am 12. Juni 2020 billigte der zuständige Anweisungsbefugte den Bericht über die Bewertung der Angebote und unterzeichnete die Entscheidung über die Auftragsvergabe (im Folgenden: angefochtene Vergabeentscheidung) sowie an die drei Bieter gerichtete Schreiben, mit denen sie über den Stand des Verfahrens informiert wurden. Da die Klägerin nicht an dem Verfahren teilgenommen hatte, erhielt sie kein entsprechendes Schreiben.

**6**Mit einem am 30. Juni 2020 eingegangenen Antrag auf Zugang zu Dokumenten beantragte die Klägerin die Übermittlung von Kopien aller Dokumente des in Rede stehenden Ausschreibungsverfahrens, insbesondere der angefochtenen Vergabeentscheidung, der Protokolle des Ausschreibungsverfahrens, der Dokumente, die von dem Bieter vorgelegt wurden, der den Zuschlag erhalten hatte, sowie von allen anderen Dokumenten der Verfahrensakte (im Folgenden: Zugangsantrag). Mit Schreiben vom 10. August 2020 verweigerte Frontex den Zugang zu den angeforderten Dokumenten.

#### Verfahren und Anträge der Parteien

**7**Mit Klageschrift, die am 16. Dezember 2019 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben.

**8**Mit gesondertem Schriftsatz, der am selben Tag bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gestellt und im Wesentlichen die Aussetzung der Durchführung der angefochtenen Ausschreibung in der berichtigten Fassung, der ihr als Anhang beigefügten Unterlagen, der von Frontex veröffentlichten erläuternden Antworten (im Folgenden: erläuternde Antworten), des Protokolls des am 28. Oktober 2019 in den Räumlichkeiten von Frontex in Warschau abgehaltenen Informative Meetings (im Folgenden: Informative Meeting) und jeder anderen vorausgegangenen, damit im Zusammenhang stehenden oder nachfolgenden Handlung beantragt. Der Präsident des Gerichts hat diesen Antrag mit Beschluss vom 20. April 2020, Leonardo/Frontex (T-849/19 R, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2020:154), zurückgewiesen und die Kostenentscheidung vorbehalten.

**9**Am 18. Februar 2020 hat Frontex eine Klagebeantwortung eingereicht.

**10**Mit gesondertem Schriftsatz, der am 11. August 2020 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin im Wesentlichen beantragt, auch die angefochtene Vergabeentscheidung und alle anderen vorausgehenden, damit zusammenhängenden oder nachfolgenden Handlungen für nichtig zu erklären und Frontex aufzugeben, gemäß Art. 91 der Verfahrensordnung des Gerichts die mit dem Antrag auf Zugang zu Dokumenten angeforderten Schriftstücke vorzulegen.

**11**Mit gesondertem Schriftsatz, der am 12. August 2020 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gestellt und im Wesentlichen beantragt, der Präsident des Gerichts möge die Durchführung der in der Klageschrift und im Schriftsatz vom 11. August 2020 aufgeführten angefochtenen Handlungen aussetzen. Am selben Tag hat die Klägerin ihren Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz ergänzt. Der Präsident des Gerichts hat den Antrag mit Beschluss vom 11.

November 2020, Leonardo/Frontex (T-849/19 RII, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2020:539), zurückgewiesen und die Kostenentscheidung vorbehalten.

**12**Mit gesondertem Schriftsatz, der am 1. September 2020 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat die Klägerin gemäß Art. 84 der Verfahrensordnung neue Klagegründe vorgebracht.

**13**Mit Schriftsatz, der am 4. Oktober 2020 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, hat Frontex zu den Schriftsätzen vom 11. August und vom 1. September 2020 Stellung genommen.

**14**Am 27. Januar 2021 hat das Gericht die Parteien im Rahmen einer prozessleitenden Maßnahme aufgefordert, mehrere Fragen zur Zulässigkeit der Klage schriftlich zu beantworten. Die Parteien sind dem fristgerecht nachgekommen.

**15**Auf Vorschlag der Neunten Kammer des Gerichts hat das Gericht gemäß Art. 28 seiner Verfahrensordnung die Rechtssache an einen erweiterten Spruchkörper verwiesen.

**16**Da ein Mitglied der Neunten erweiterten Kammer des Gerichts an der weiteren Mitwirkung am Verfahren gehindert war, hat der Präsident des Gerichts einen anderen Richter zur Ergänzung der Kammer bestimmt.

**17**Die Beteiligten haben in der Sitzung vom 11. Juni 2021 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet.

**18**Die Klägerin beantragt,

- die angefochtene Auftragsbekanntmachung in der berichtigten Fassung, die ihr als Anhang beigefügten Unterlagen, die erläuternden Antworten, das Protokoll des Informative Meetings und jede andere vorausgegangene, damit im Zusammenhang stehende oder nachfolgende Handlung für nichtig zu erklären (im Folgenden zusammen: in der Klageschrift aufgeführte angefochtene Handlungen);
- die angefochtene Vergabeentscheidung sowie alle anderen im Schriftsatz vom 11. August 2020 genannten vorausgehenden, damit zusammenhängenden oder nachfolgenden Handlungen für nichtig zu erklären;
- Frontex zum Ersatz des gesamten entstandenen und noch entstehenden, unmittelbaren und mittelbaren Schadens, der sich aus welchem Grund auch immer aus der Rechtswidrigkeit der in Rede stehenden Ausschreibung ergibt, zu verurteilen;
- die Einholung eines Sachverständigengutachtens anzuordnen, um festzustellen, dass die beanstandeten Klauseln der angefochtenen Auftragsbekanntmachung unangemessen, unnötig und nicht mit den in diesem Bereich anzuwendenden Rechtsvorschriften vereinbar sind, dass diese Klauseln sie an der Unterbreitung eines Angebots gehindert haben und dass hinsichtlich der Kosten und der technischen Machbarkeit geeignete Gründe für die Unterteilung des Auftrags in zwei oder mehr Lose vorlagen;
- Frontex aufzugeben, die im Antrag auf Zugang zu Dokumenten des in Rede stehenden Vergabeverfahrens angeforderten Dokumente vorzulegen;
- Frontex die Kosten aufzuerlegen.

**19**Frontex beantragt,

- die Klage abzuweisen;
- der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

## Zu den Anträgen auf Nichtigerklärung

**20** Zunächst ist die Zulässigkeit der Anträge auf Nichtigerklärung der angefochtenen Handlungen zu prüfen, die in der Klageschrift und im Schriftsatz vom 11. August 2020 aufgeführt sind.

**21** Im Rahmen der Beantwortung der oben in Rn. 14 angesprochenen schriftlichen Fragen des Gerichts macht Frontex geltend, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der in der Klageschrift aufgeführten angefochtenen Handlungen unzulässig sei, da er nicht den Anforderungen von Art. 263 AEUV entspreche. Die angefochtene Auftragsbekanntmachung stelle keine anfechtbare Handlung dar, die Klägerin sei von den in der Klageschrift aufgeführten angefochtenen Handlungen weder individuell noch unmittelbar betroffen, und sie könne kein Rechtsschutzinteresse geltend machen.

**22** Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass ihre Klage die in Art. 263 AEUV festgelegten Zulässigkeitsvoraussetzungen erfülle.

**23** Insoweit ist als Erstes darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung eine Nichtigkeitsklage einer natürlichen oder juristischen Person nur zulässig ist, wenn diese ein Interesse an der Nichtigerklärung der angefochtenen Handlung hat. Ein solches Interesse setzt voraus, dass die Nichtigerklärung dieser Handlung als solche Rechtswirkungen haben kann und der Rechtsbehelf der Partei, die ihn eingelegt hat, damit im Ergebnis einen Vorteil verschaffen kann (vgl. Urteil vom 20. Dezember 2017, Binca Seafoods/Kommission, C-268/16 P, ECLI:EU:C:2017:1001, Rn. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**24** Im vorliegenden Fall macht die Klägerin geltend, sie habe nicht an dem in Rede stehenden Ausschreibungsverfahren teilgenommen, weil die Vorschriften der Verdingungsunterlagen sie von der Abgabe eines Angebots abgehalten hätten. Es ist daher zu prüfen, ob sie unter diesen Umständen in Bezug auf diese Ausschreibung über ein Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 263 AEUV verfügt.

**25** Auf eine Vorlagefrage nach der Auslegung von Art. 1 Abs. 3 der RL 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. 1989, L 395, S. 33) in der durch die RL 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (ABl. 2007, L 335, S. 31) geänderten Fassung hat der Gerichtshof in diesem Zusammenhang geantwortet, dass es grundsätzlich zulässig ist, die Teilnahme an einem Auftragsvergabeverfahren zur Voraussetzung dafür zu machen, dass die betreffende Person sowohl ein Interesse an dem fraglichen Auftrag als auch einen aufgrund der angeblich unrechtmäßigen Zuschlagerteilung drohenden Schaden nachweisen kann (vgl. Urteil vom 28. November 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità u. a., C-328/17, ECLI:EU:C:2018:958, Rn. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**26** Der Gerichtshof hat jedoch entschieden, dass von einem Unternehmen, falls es deshalb kein Angebot eingereicht hat, weil es sich durch angeblich diskriminierende Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen oder in den Verdingungsunterlagen gerade daran gehindert gesehen hat, die ausgeschriebene Gesamtleistung zu erbringen, als Voraussetzung dafür, mit den in der RL 89/665 vorgesehenen Nachprüfungsverfahren gegen solche Spezifikationen vorzugehen, nicht verlangt werden kann, im Rahmen des betreffenden Vergabeverfahrens ein Angebot abzugeben, obwohl es aufgrund dieser Spezifikationen keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlags hat (vgl. Urteil vom 28. November 2018, Amt Azienda Trasporti e

Mobilità u. a., C-328/17, ECLI:EU:C:2018:958, Rn. 47 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**27**Ferner hat der Gerichtshof klargestellt, dass es, da einem Wirtschaftsteilnehmer, der kein Angebot abgegeben hat, ein Recht auf Nachprüfung nur ausnahmsweise zuerkannt werden kann, nicht als unverhältnismäßig angesehen werden kann, von ihm den Nachweis zu verlangen, dass die Klauseln der Ausschreibung bereits die Abgabe eines Angebots unmöglich machen (Urteil vom 28. November 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità u. a., C-328/17, ECLI:EU:C:2018:958, Rn. 53).

**28**Jenes Urteil ist zwar auf eine Vorlagefrage nach der Auslegung von Bestimmungen der RL 89/665 hin ergangen, die nur die Mitgliedstaaten bindet, doch kann die dortige Lösung in einem Fall wie dem vorliegenden entsprechend angewandt werden, in dem die Klägerin geltend macht, aufgrund von ihr beanstandeter technischer Spezifikationen in den Unterlagen einer von einer Agentur der Europäischen Union eingeleiteten Ausschreibung von der Abgabe eines Angebots abgehalten worden zu sein.

**29**Somit ist zu prüfen, ob die Klägerin nachgewiesen hat, an der Abgabe eines Angebots gehindert worden zu sein, und in weiterer Folge, ob ihr ein Rechtsschutzinteresse zukommt.

**30**Um darzutun, dass sie an der Abgabe eines Angebots gehindert gewesen sei, macht die Klägerin geltend, dass die angefochtene Auftragsbekanntmachung in der berichtigten Fassung, die ihr als Anhang beigefügten Unterlagen, die erläuternden Antworten und das Protokoll des Informative Meetings, die in der Klageschrift aufgeführt sind, diskriminierende Klauseln enthielten, aufgrund deren es ihr unmöglich gewesen sei, die ausgeschriebene Gesamtleistung zu erbringen.

**31**Wie der Gerichtshof in diesem Zusammenhang bereits entschieden hat, haben die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz für technische Spezifikationen aufgrund der Gefahren einer Diskriminierung im Zusammenhang mit deren Auswahl oder der Art und Weise ihrer Formulierung eine entscheidende Bedeutung (vgl. zur RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge [ABl. 2004, L 134, S. 114] Urteil vom 10. Mai 2012, Kommission/Niederlande, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, Rn. 62).

**32**Erstens ist darauf hinzuweisen, dass die Phase der Bedarfsprüfung und -definition im Rahmen der Vergabe eines normalen öffentlichen Auftrags im Allgemeinen einseitig ist. Der öffentliche Auftraggeber veröffentlicht nämlich lediglich eine Ausschreibung, in der die von ihm selbst festgelegten Spezifikationen aufgeführt sind (Urteil vom 4. Juni 2020, Remondis, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436, Rn. 33).

**33**Im vorliegenden Fall ist dem in Rede stehenden Ausschreibungsverfahren das im Jahr 2017 eingeleitete Ausschreibungsverfahren FRONTEX/OP/800/2017/JL zur Erprobung von zwei Arten von RPAS vorausgegangen. Das mit diesem Verfahren verfolgte Ziel bestand nach dem Wortlaut der Bekanntmachung darin, „Frontex zu befähigen, seine Bewertung und Evaluierung von RPAS, die für Langstreckeneinsätze zur Überwachung der Seegrenzen geeignet sind, fortzusetzen“. Außerdem wurde darauf hingewiesen, dass „der besondere Schwerpunkt dieser Bewertung auf der Fähigkeit einer solchen Plattform [liegt], Überwachungsdienste regelmäßig, zuverlässig und kosteneffizient durchzuführen“. Der Auftrag war in zwei Lose unterteilt, von denen das erste die Erprobung eines MALE RPAS in Standardgröße für Langstreckeneinsätze zur Überwachung von Seegebieten aus der Luft für

bis zu 600 Flugstunden in festgelegten Gebieten des Mittelmeers zwischen dem 2. und 4. Quartal 2018 umfasste und das zweite die Erprobung eines kleinen MALE RPAS für Langstreckeneinsätze zur Überwachung von Seegebieten aus der Luft für bis zu 300 Flugstunden in festgelegten Gebieten des Mittelmeers zwischen dem 2. und 4. Quartal 2018. Die Klägerin erhielt am 29. Dezember 2017 den Zuschlag für das zweite Los.

**34**Nach der Erfüllung dieser Verträge nahm Frontex detaillierte Bewertungen vor. Die Ausführung des ersten Loses wurde positiv beurteilt, weshalb Frontex die Durchführung eines Vergabeverfahrens empfahl, um Luftüberwachungsdienste durch MALE RPAS in Standardgröße zu beschaffen. Die Bewertung des zweiten Loses fiel hingegen nur eingeschränkt positiv aus, weshalb Frontex zusätzliche Auswertungen für erforderlich erachtete, um zu bestätigen, dass kleine RPAS zuverlässig und in der Lage seien, über die Sichtlinie hinaus zu fliegen. Sodann legte Frontex auf der Grundlage dieser Bewertungsberichte die Anforderungen fest, die in der angefochtenen Auftragsbekanntmachung in der berichtigten Fassung, in den ihr als Anhang beigefügten Unterlagen, in den erläuternden Antworten und im Protokoll des Informative Meetings enthalten sind, die in der Klageschrift aufgeführt sind und die auch die Anforderungen umfassen, die die Klägerin als diskriminierend erachtet. Die Festlegung dieser Anforderungen erfolgte somit am Ende eines mehrstufigen Prozesses, der auf Erfahrungswerten beruhte, die es Frontex ermöglichen, die Notwendigkeit der Anforderungen detailliert und sorgfältig zu beurteilen.

**35**Zweitens ist zu dem Vorbringen der Klägerin, dass „die Vorgaben der Ausschreibung Klauseln enthalten, die contra legem und ungerechtfertigt sind sowie technisch nicht realisierbare Ansprüche an potenzielle Wettbewerber stellen“, festzustellen, dass drei Unternehmen ein Angebot eingereicht haben und dass zumindest zwei dieser drei Unternehmen alle technischen Spezifikationen erfüllten, da ihnen der Zuschlag erteilt wurde.

**36**Drittens hat die Klägerin weder nachgewiesen, dass die technischen Spezifikationen in ihrem Fall anders angewendet worden wären als bei den anderen Bewerbern, noch ganz allgemein, dass sie anders behandelt worden sei, obwohl sie sich in einer vergleichbaren Lage befand wie die anderen Bewerber.

**37**Viertens macht die Klägerin geltend, ihre Teilnahme sei „unmöglich gemacht“ worden oder „von derartig hohen wirtschaftlichen Lasten abhängig gemacht worden, dass kein wettbewerbsfähiges Angebot abgegeben werden konnte“. Diese Aussage kann jedoch keine Diskriminierung der Klägerin belegen. Wie Frontex zutreffend ausführt, deutet eine solche Behauptung vielmehr darauf hin, dass es der Klägerin aus einem ihrer eigenen Sphäre zuzuordnenden Grund nicht möglich gewesen war, ein Angebot abzugeben, und nicht aufgrund diskriminierender technischer Vorschriften. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin, übrigens nach eigenem öffentlichem Bekunden, derzeit an einem RPAS-Modell arbeitet, das sich eng am Großteil der von Frontex in der in Rede stehenden Ausschreibung genannten Anforderungen orientiert.

**38**Unter diesen Umständen hat die Klägerin nicht dargetan, dass sie durch die Anforderungen der fraglichen Ausschreibung hätte diskriminiert werden können.

**39**Sie hat somit nicht nachgewiesen, dass sie an der Abgabe eines Angebots gehindert worden ist, weshalb sie über kein Interesse an der Nichtigerklärung der angefochtenen Auftragsbekanntmachung in der berichtigten Fassung, der dieser Bekanntmachung als Anhang beigefügten Unterlagen, der erläuternden Antworten und des Protokolls des Informative Meetings, die in der Klageschrift angeführt sind, verfügt. Der Antrag auf

Nichtigerklärung dieser Rechtsakte und dementsprechend der gegen die Vergabeentscheidung gerichtete Nichtigkeitsantrag sind daher als unzulässig zurückzuweisen.

**40**Als Zweites ist darauf hinzuweisen, dass die Klageschrift den Streitgegenstand sowie eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten muss und dass diese Darstellung so klar und genau sein muss, dass sie dem Beklagten die Vorbereitung seines Verteidigungsvorbringens und den Unionsgerichten die Ausübung ihrer Kontrollaufgabe ermöglicht. Ebenso müssen die Anträge der Klageschrift eindeutig formuliert sein, damit der Gerichtshof nicht ultra petita entscheidet oder eine Rüge übergeht (vgl. Urteil vom 14. September 2017, Università del Salento/Kommission, T-393/15, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2017:604, Rn. 75 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**41**Demnach ist davon auszugehen, dass die Anträge auf Nichtigerklärung von Handlungen, die den anderen mit der Nichtigkeitsklage angefochtenen Handlungen vorausgingen, mit ihnen zusammenhängen oder ihnen nachfolgten, ohne dass diese vorausgehenden, damit zusammenhängenden oder nachfolgenden Handlungen benannt worden wären, diesen Anforderungen nicht genügen, da es ihnen in Bezug auf ihren Gegenstand an Präzision mangelt (vgl. Urteil vom 14. September 2017, Università del Salento/Kommission, T-393/15, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:T:2017:604, Rn. 76 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**42**Daraus folgt, dass die Anträge auf Nichtigerklärung der angefochtenen Handlungen, die in der Klageschrift und im Schriftsatz vom 11. August 2020 aufgeführt sind, unzulässig sind, soweit sie sich auf die dort aufgeführten, diesen Handlungen vorausgegangene, damit im Zusammenhang stehende oder nachfolgende Handlungen beziehen.

**43**Nach alledem sind die Anträge auf Nichtigerklärung der angefochtenen Handlungen als unzulässig zurückzuweisen, ohne dass über die Anforderungen an das Vorliegen einer anfechtbaren Handlung und die Klagebefugnis der Klägerin zu entscheiden ist und ohne dass es erforderlich wäre, über die Zweckmäßigkeit der beantragten Beweiserhebungen oder die Zulässigkeit der Schriftsätze vom 11. August und vom 1. September 2020 zu befinden.

Zum Antrag auf Schadensersatz

**44**Die Klägerin verlangt den Ersatz des gesamten entstandenen und noch entstehenden, unmittelbaren und mittelbaren Schadens, der sich aus welchem Grund auch immer aus der Rechtswidrigkeit der in Rede stehenden Ausschreibung ergibt. Der geltend gemachte Schaden ergebe sich aus dem Verlust des in Rede stehenden Auftrags, so dass die Höhe des Schadens dem Wert dieses Auftrags entspreche.

**45**Frontex tritt diesem Vorbringen entgegen.

**46**Nach ständiger Rechtsprechung ist die außervertragliche Haftung der Union nach Art. 340 Abs. 2 AEUV von mehreren Voraussetzungen abhängig: Das dem Organ vorgeworfene Verhalten muss rechtswidrig sein, es muss ein Schaden eingetreten sein, und zwischen dem Verhalten und dem behaupteten Schaden muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die Klage insgesamt abzuweisen ist, ohne dass die übrigen Voraussetzungen dieser Haftung geprüft zu werden bräuchten, wenn eine dieser Voraussetzungen nicht vorliegt (vgl. Urteil vom 14. Oktober 1999, Atlanta/Europäische Gemeinschaft, C-104/97 P, ECLI:EU:C:1999:498, Rn. 65 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**47**Hinsichtlich der Voraussetzung des tatsächlichen Vorliegens eines Schadens kann die Haftung der Union nur ausgelöst werden, wenn der Kläger einen „tatsächlichen und sicheren“

Schaden erlitten hat. Der Kläger hat den Unionsgerichten die Beweise zum Nachweis des Vorliegens und des Umfangs eines solchen Schadens vorzulegen (vgl. Urteil vom 8. November 2011, Idromacchine u. a./Kommission, T-88/09, ECLI:EU:T:2011:641, Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**48** Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Klägerin lediglich Ersatz für den gesamten entstandenen und noch entstehenden Schaden verlangt, der sich aus der Rechtswidrigkeit der in Rede stehenden Ausschreibung ergibt, aber keine Beweise für das Vorliegen und die Höhe dieses Schadens vorgelegt hat.

**49** Sie beschränkt sich auf das Vorbringen, dass sich der Wert des geltend gemachten Schadens aus dem Verlust des in Rede stehenden Auftrags ergebe und dass die Höhe des Schadens daher dem Wert dieses Auftrags entspreche.

**50** Was den Schaden betrifft, der der Klägerin durch den Verlust der Möglichkeit, den Zuschlag für den Auftrag zu erhalten, entstanden sein soll, ist darauf hinzuweisen, dass der Verlust der Möglichkeit, den Zuschlag für einen Auftrag zu erhalten, nur dann als tatsächlicher und sicherer Schaden angesehen werden könnte, wenn kein Zweifel daran bestünde, dass die Klägerin ohne das behauptete fehlerhafte Verhalten des Organs den Zuschlag für den Auftrag erhalten hätte (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 22. Juni 2011, Evropaiki Dynamiki/Kommission, T-409/09, ECLI:EU:T:2011:299, Rn. 85 und die dort angeführte Rechtsprechung). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Selbst unter der Annahme, dass die Auftragsunterlagen rechtswidrige Klauseln enthalten, steht fest, dass drei Unternehmen an dem mit der angefochtenen Auftragsbekanntmachung eingeleiteten Ausschreibungsverfahren teilgenommen haben und dass die Klägerin nicht dargetan hat, dass sie, hätten die angefochtenen Dokumente die angeblich rechtswidrigen Klauseln nicht enthalten, ohne jeden Zweifel den Zuschlag für den Auftrag erhalten hätte, und nicht eines dieser drei Unternehmen.

**51** Daraus folgt, dass für die außervertragliche Haftung der Union nach Art. 340 Abs. 2 AEUV die Voraussetzung des tatsächlichen Vorliegens eines Schadens nicht erfüllt ist.

**52** Da die Voraussetzungen für die außervertragliche Haftung der Union im Sinne von Art. 340 Abs. 2 AEUV kumulativ erfüllt sein müssen, brauchen die übrigen hierzu von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen nicht geprüft zu werden.

**53** Unter diesen Umständen ist der Antrag auf Schadensersatz zurückzuweisen.

**54** Nach alledem ist die vorliegende Klage insgesamt abzuweisen.

#### Kosten

**55** Nach Art. 134 Abs. 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag von Frontex die Kosten aufzuerlegen, einschließlich der Kosten der Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Neunte erweiterte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Leonardo SpA trägt neben ihren eigenen Kosten die Kosten der Europäischen Agentur für die Grenz- und Küstenwache (Frontex), einschließlich der Kosten der Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes.

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 26. Januar 2022.

Text1

ARRÊT DU TRIBUNAL (neuvième chambre élargie)

26 janvier 2022 \*

Dans l'affaire T-849/19,

Leonardo SpA, établie à Rome (Italie),

représentée par Mes M. Esposito, F. Caccioppoli et G. Calamo, avocats,

partie requérante,

contre

Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex),

représentée par MM. H. Caniard, C. Georgiadis, A. Gras et S. Drew, en qualité d'agents, assistés de Mes M. Umbach, F. Biebuyck, V. Ost et M. Clarich, avocats,

partie défenderesse,

ayant pour objet, d'une part, une demande fondée sur l'article 263 TFUE et tendant à l'annulation de l'avis de marché FRONTEX/OP/888/2019/JL/CG, du 18 octobre 2019, intitulé « Système d'aéronefs télépilotés (RPAS) pour la surveillance aérienne de longue durée à altitude moyenne des zones maritimes », tel que rectifié, des actes qui y sont joints en annexe, des questions-réponses publiées par Frontex, du procès-verbal de la réunion d'information organisée dans les locaux de Frontex le 28 octobre 2019, de la décision d'attribution de ce marché ainsi que de tout autre acte préalable, connexe ou consécutif et, d'autre part, une demande fondée sur l'article 268 TFUE et tendant à obtenir réparation du préjudice que la requérante aurait subi de ce fait,

LE TRIBUNAL (neuvième chambre élargie),

composé de M. S. Papasavvas, président, Mme M. J. Costeira, M. J. Schwarcz, Mmes M. Kancheva et T. Perišin (rapporteure), juges,

greffier : M. J. Palacio González, administrateur principal,

vu la phase écrite de la procédure et à la suite de l'audience du 11 juin 2021,

rend le présent

Arrêt

**Tenor:**

- 1) Le recours est rejeté.
- 2) Leonardo SpA supportera, outre ses propres dépens, ceux exposés par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex), y compris ceux des procédures en référencé.

**Gründe:**

Antécédents du litige et faits postérieurs à l'introduction du recours

Le 18 octobre 2019, par avis de marché publié au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne (JO 2019/S. 0202-490010), l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex) a lancé la procédure d'appel d'offres FRONTEX/OP/888/2019/JL/CG intitulé « Système d'aéronefs télépilotés (RPAS) pour la surveillance aérienne de longue durée à altitude moyenne des zones maritimes » (ci-après l'**« avis de marché attaqué »**), afin d'acquérir des services de surveillance aérienne du domaine maritime au moyen du système d'aéronef télépiloté de moyenne altitude et de longue endurance européen (**« MALE RPAS »**). Cet avis a fait l'objet de deux rectifications, les 8 et 22 novembre 2019, qui ont reporté la date limite de soumission et la date d'ouverture des offres.

**2**Le terme du délai de dépôt des offres a été fixé, conformément aux rectifications de l'avis de marché intervenues en cours de procédure, au 13 décembre 2019 et la date d'ouverture des offres au 20 décembre 2019. Trois entreprises ont présenté des offres.

**3**La requérante, Leonardo SpA, société active dans le secteur aérospatial, n'a pas participé à la procédure d'appel d'offres lancée par l'avis de marché attaqué.

**4**Le 31 mai 2020, le comité d'évaluation des offres a présenté son rapport d'évaluation à l'ordonnateur compétent.

**5**Le 12 juin 2020, l'ordonnateur compétent a approuvé le rapport d'évaluation des offres et a signé la décision d'attribution du marché (ci-après la « décision d'attribution attaquée ») ainsi que les lettres adressées aux trois soumissionnaires pour les informer de l'état de la procédure. N'ayant pas participé à la procédure, la requérante n'a pas reçu de lettre.

**6**Par une demande d'accès aux documents enregistrée le 30 juin 2020, la requérante a demandé à pouvoir obtenir copie de tous les documents relatifs à la procédure de passation du marché en cause, et notamment de la décision d'attribution attaquée, des procès-verbaux de la procédure d'appel d'offres, des documents présentés par le soumissionnaire ayant remporté le marché et de tous les autres documents versés au dossier de la procédure (ci-après la « demande d'accès »). Par lettre du 10 août 2020, Frontex a refusé l'accès aux documents demandés.

#### Procédure et conclusions des parties

**7**Par requête déposée au greffe du Tribunal le 16 décembre 2019, la requérante a introduit le présent recours.

**8**Par acte séparé déposé au greffe du Tribunal le même jour, la requérante a introduit une demande en référé dans laquelle elle conclut, en substance, à ce qu'il plaise au président du Tribunal de surseoir à l'exécution de l'avis de marché attaqué, tel que rectifié, des actes qui y sont annexés, des questions-réponses publiées par Frontex (ci-après les « questions-réponses »), du procès-verbal de la réunion d'information qui s'est tenue à Varsovie le 28 octobre 2019 (ci-après la « réunion d'information ») ainsi que de tout autre acte préalable, connexe ou consécutif. Le président du Tribunal, par ordonnance du 20 avril 2020, Leonardo/Frontex (T-849/19 R, non publiée, ECLI:EU:T:2020:154), a rejeté cette demande et réservé les dépens.

**9**Le 18 février 2020, Frontex a déposé le mémoire en défense.

**10**Par acte séparé, déposé au greffe du Tribunal le 11 août 2020, la requérante a déposé un nouveau mémoire dans lequel elle a conclu, en substance, à ce qu'il plaise au Tribunal d'annuler également la décision d'attribution attaquée, ainsi que tout autre acte préalable, connexe ou consécutif, et d'ordonner à Frontex de produire les documents sollicités dans la demande d'accès aux documents, conformément à l'article 91 du règlement de procédure du Tribunal.

**11**Par acte séparé, déposé au greffe du Tribunal le 12 août 2020, la requérante a introduit une demande en référé, dans laquelle elle a conclu, en substance, à ce qu'il plaise au président du Tribunal de surseoir à l'exécution des actes attaqués visés dans la requête ainsi que de ceux visés dans le mémoire du 11 août 2020. À la même date, la requérante a présenté un complément à la demande en référé. Le président du Tribunal, par ordonnance du 11 novembre 2020, Leonardo/Frontex (T-849/19 RII, non publiée, ECLI:EU:T:2020:539), a rejeté cette demande et réservé les dépens.

**12**Par acte séparé, déposé au greffe du Tribunal le 1<sup>er</sup> septembre 2020, la requérante a produit, en vertu de l'article 84 du règlement de procédure, des moyens nouveaux.

**13**Par acte déposé au greffe du Tribunal le 4 octobre 2020, Frontex a présenté des observations sur les mémoires des 11 août et 1<sup>er</sup> septembre 2020.

**14**Le 27 janvier 2021, dans le cadre d'une mesure d'organisation de la procédure, le Tribunal a invité les parties à répondre par écrit à plusieurs questions concernant la recevabilité du recours. Les parties ont déféré à cette mesure dans le délai imparti.

**15**Sur proposition de la neuvième chambre du Tribunal, le Tribunal a décidé, en application de l'article 28 de son règlement de procédure, de renvoyer l'affaire devant une formation de jugement élargie.

**16**Un membre de la neuvième chambre élargie du Tribunal ayant été empêché de siéger, le président du Tribunal a désigné un autre juge pour compléter la chambre.

**17**Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par le Tribunal à l'audience du 11 juin 2021.

**18**La requérante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

- annuler l'avis de marché attaqué, tel que rectifié, les actes qui y sont annexés, les questions-réponses, le procès-verbal de la réunion d'information, ainsi que tout autre acte préalable, connexe ou consécutif (ci-après, pris ensemble, les « actes attaqués visés dans la requête »);

- annuler la décision d'attribution attaquée, ainsi que tout autre acte préalable, connexe ou consécutif, visé dans le mémoire du 11 août 2020;

- condamner Frontex à la réparation de l'ensemble des dommages subis et à venir, directs et indirects, découlant, à quelque titre que ce soit, du caractère illégal de l'appel d'offres en cause;

- ordonner une expertise afin d'établir que les clauses contestées de l'avis de marché attaqué sont déraisonnables, inutiles et non conformes à la législation applicable en la matière, que ces clauses l'ont empêchée de formuler une offre et qu'il existait des raisons appropriées en termes de coûts et de faisabilité technique pour diviser le marché en deux ou plusieurs lots;

- ordonner à Frontex de produire les documents sollicités dans la demande d'accès aux documents relative à la procédure de passation du marché en cause;

- condamner Frontex aux dépens.

**19**Frontex conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

- rejeter le recours;

- condamner la requérante aux dépens.

En droit

Sur les demandes en annulation

**20**Il convient, d'abord, d'examiner la recevabilité des demandes en annulation des actes attaqués visés dans la requête et dans le mémoire du 11 août 2020.

**21**Dans ses réponses aux questions écrites du Tribunal, mentionnées au point 14 ci-dessus, Frontex fait valoir que la demande en annulation des actes attaqués visés dans la requête est irrecevable dans la mesure où elle ne répond pas aux exigences visées par l'article 263 TFUE. Elle affirme que l'avis de marché attaqué ne constitue pas un acte attaquable, que la

requérante n'est ni individuellement ni directement concernée par les actes attaqués visés dans la requête et qu'elle ne peut se prévaloir d'aucun intérêt à agir.

**22**La requérante considère que son recours remplit les conditions de recevabilité fixées par l'article 263 TFUE.

**23**À cet égard, en premier lieu, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, un recours en annulation intenté par une personne physique ou morale n'est recevable que dans la mesure où cette dernière a un intérêt à voir l'acte attaqué annulé. Un tel intérêt suppose que l'annulation de cet acte soit susceptible, par elle-même, d'avoir des conséquences juridiques et que le recours puisse ainsi, par son résultat, procurer un bénéfice à la partie qui l'a intenté (voir arrêt du 20 décembre 2017, Binca Seafoods/Commission, C-268/16 P, ECLI:EU:C:2017:1001, point 44 et jurisprudence citée).

**24**En l'espèce, la requérante soutient qu'elle n'a pas participé à la procédure d'appel d'offres en cause, car les prescriptions du cahier des charges l'auraient empêchée de déposer une offre. La question qui se pose est donc celle de savoir si, dans de telles conditions, elle justifie d'un intérêt à agir au sens de l'article 263 TFUE à l'encontre dudit appel d'offres.

**25**À cet égard, la Cour a jugé, en réponse à une question préjudicielle visant l'interprétation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO 2007, L 335, p. 31), que la participation à une procédure de passation d'un marché peut, en principe, valablement constituer une condition dont la satisfaction est requise pour établir que la personne concernée justifie d'un intérêt à obtenir le marché en cause ou risque de subir un préjudice du fait du caractère prétendument illégal de la décision d'attribution dudit marché (voir arrêt du 28 novembre 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e.a., C-328/17, ECLI:EU:C:2018:958, point 46 et jurisprudence citée).

**26**Toutefois, la Cour a jugé que, dans l'hypothèse où une entreprise n'a pas présenté une offre en raison de la présence de spécifications prétendument discriminatoires dans les documents relatifs à l'appel d'offres ou dans le cahier des charges, lesquelles l'auraient précisément empêchée d'être en mesure de fournir l'ensemble des prestations demandées, il serait excessif d'exiger d'elle qu'elle présente, avant de pouvoir utiliser les procédures de recours prévues par la directive 89/665 à l'encontre de telles spécifications, une offre dans le cadre de la procédure de passation du marché en cause, alors même que ses chances de se voir attribuer ce marché seraient nulles en raison de l'existence desdites spécifications (voir arrêt du 28 novembre 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e.a., C-328/17, ECLI:EU:C:2018:958, point 47 et jurisprudence citée).

**27**En outre, la Cour a précisé que, dans la mesure où ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'un droit de recours peut être reconnu à un opérateur qui n'a pas soumis d'offre, il ne saurait être considéré comme excessif d'exiger de celui-ci qu'il démontre que les clauses de l'appel d'offres rendent impossible la formulation même d'une offre (arrêt du 28 novembre 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e.a., C-328/17, ECLI:EU:C:2018:958, point 53).

**28**Bien que cet arrêt ait été rendu à la suite d'une question préjudicielle relative à l'interprétation de dispositions de la directive 89/665, laquelle ne lie que les États membres, la solution qu'il dégage peut être, mutatis mutandis, appliquée dans un cas comme celui de

l'espèce, dans lequel la requérante affirme avoir été empêchée de déposer une offre en raison des spécifications techniques des documents de l'appel d'offres lancé par une agence de l'Union européenne, spécifications techniques qu'elle conteste.

**29**Il convient donc de déterminer si la requérante a établi avoir été empêchée de déposer une offre et, partant, si elle justifie d'un intérêt à agir.

**30**Afin de démontrer qu'elle a été empêchée de déposer une offre, la requérante fait valoir que l'avis de marché attaqué, tel que rectifié, les actes qui y sont annexés, les questions-réponses et le procès-verbal de la réunion d'information, visés dans la requête, contenaient des clauses discriminatoires rendant impossible la fourniture, par ses soins, de l'ensemble des prestations demandées.

**31**À cet égard, ainsi que la Cour l'a déjà jugé, les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence revêtent une importance cruciale en ce qui concerne les spécifications techniques, eu égard aux risques de discrimination liés soit au choix de celles-ci, soit à la manière de les formuler [voir, s'agissant de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114), arrêt du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, point 62].

**32**Premièrement, il convient de rappeler que la phase d'évaluation et de définition des besoins est, en règle générale, unilatérale dans le cadre de la passation d'un marché public ordinaire. Le pouvoir adjudicateur se contente, en effet, de lancer un appel d'offres mentionnant les spécifications qu'il a lui-même arrêtées (arrêt du 4 juin 2020, Remondis, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436, point 33).

**33**Or, en l'espèce, la procédure d'appel d'offres en cause a été précédée par la procédure d'appel d'offres FRONTEX/OP/800/2017/JL, lancée en 2017, qui visait la réalisation d'essais de deux types de systèmes RPAS. L'objectif poursuivi par cette procédure était, selon les termes de l'avis de marché, « de permettre à Frontex de continuer son analyse et son évaluation des RPAS capables de procéder à la surveillance de longue durée des frontières maritimes ». En outre, il était indiqué que « cette analyse se concentrerait notamment sur la capacité d'une telle plateforme à fournir des services de surveillance de manière régulière, fiable et rentable ». Ce marché était divisé en deux lots, le premier visant l'essai d'un MALE RPAS de taille standard pour la surveillance aérienne de longue durée de la frontière maritime, pour un maximum de 600 heures de vol dans des zones indiquées de la Méditerranée entre le deuxième et le quatrième trimestre de 2018 et le second visant l'essai d'un MALE RPAS de petite taille pour la surveillance aérienne de longue durée de la frontière maritime, pour un maximum de 300 heures de vol dans des zones indiquées de la Méditerranée entre le deuxième et le quatrième trimestre de 2018. À cet égard, la requérante a remporté, le 29 décembre 2017, le marché pour le second lot.

**34**Une fois ces contrats exécutés, Frontex a effectué des évaluations détaillées. L'exécution du premier lot a fait l'objet d'une évaluation positive, ce qui a amené Frontex à recommander l'organisation d'une procédure de passation de marchés afin d'acquérir des services de surveillance aérienne au moyen du MALE RPAS de taille standard. En revanche, l'évaluation du second lot n'était positive que dans une certaine mesure, ce qui a amené Frontex à considérer que des évaluations supplémentaires étaient nécessaires afin de confirmer la fiabilité des RPAS de petite taille et leur capacité à voler au-delà de la ligne de visibilité. C'est ensuite sur le fondement de ces rapports d'évaluation que Frontex a défini les exigences

contenues dans l'avis de marché attaqué, tel que rectifié, les actes qui y sont annexés, les questions-réponses et le procès-verbal de la réunion d'information, visés dans la requête, parmi lesquelles figurent celles que la requérante estime discriminatoires. La définition de ces exigences a donc été formulée au terme d'un processus par étapes marqué par un retour d'expérience qui a permis à Frontex d'évaluer de manière détaillée et diligente leur nécessité.

**35**Deuxièmement, alors que la requérante affirme que « les règles de l'appel d'offres contiennent des clauses contra legem et injustifiées qui exposent les concurrents potentiels à des prétentions irréalisables d'un point de vue technique », force est de constater que trois entreprises ont présenté une offre et que deux d'entre elles, à tout le moins, remplissaient l'ensemble des spécifications techniques étant donné que le marché leur a été attribué.

**36**Troisièmement, la requérante n'établit ni que les spécifications techniques lui auraient été appliquées différemment par rapport aux autres candidats ni, d'une manière plus générale, avoir fait l'objet d'un traitement différent alors qu'elle se trouvait dans une situation analogue à celle des autres candidats.

**37**Quatrièmement, la requérante affirme que sa participation a été rendue « impossible » ou qu'elle a été subordonnée « à des charges économiques excessives au point de compromettre la formulation d'une offre concurrentielle ». Or, cette affirmation ne saurait démontrer une quelconque discrimination à son égard. Au contraire, comme le relève à juste titre Frontex, une telle affirmation suggère que l'impossibilité pour la requérante de déposer une offre tenait davantage à une cause qui lui était propre qu'à des prescriptions techniques discriminatoires. À titre surabondant, il convient de relever que, comme elle l'a d'ailleurs annoncé publiquement, la requérante travaille actuellement sur un modèle de RPAS qui se rapproche de la plupart des exigences émises par Frontex dans l'appel d'offres en cause.

**38**Dans ces conditions, la requérante n'a pas démontré que les exigences de l'appel d'offres en cause pouvaient être discriminatoires à son égard.

**39**Dès lors, la requérante n'a pas établi avoir été empêchée de déposer une offre et ne justifie donc pas d'un intérêt à demander l'annulation de l'avis de marché attaqué, tel que rectifié, des actes qui y sont annexés, des questions-réponses et du procès-verbal de la réunion d'information, visés dans la requête. Les conclusions aux fins d'annulation de ces actes doivent donc être rejetées comme irrecevables ainsi que, par voie de conséquence, celles dirigées contre la décision d'attribution.

**40**En second lieu, il convient de rappeler que toute requête introductory d'instance doit indiquer l'objet du litige ainsi que l'exposé sommaire des moyens et que cette indication doit être suffisamment claire et précise pour permettre à la partie défenderesse de préparer sa défense et au juge de l'Union d'exercer son contrôle. De même, les conclusions de la requête introductory d'instance doivent être formulées de manière non équivoque afin d'éviter que le juge de l'Union ne statue ultra petita ou bien n'omette de statuer sur un grief (voir arrêt du 14 septembre 2017, Università del Salento/Commission, T-393/15, non publié, ECLI:EU:T:2017:604, point 75 et jurisprudence citée).

**41**Il en découle que des conclusions qui tendent à l'annulation d'actes préalables, connexes ou consécutifs aux autres actes visés par le recours en annulation, sans que ces actes préalables, connexes ou consécutifs aient été identifiés, doivent être considérées comme non conformes à ces exigences, en ce qu'elles manquent de précision quant à leur objet (voir arrêt du 14 septembre 2017, Università del Salento/Commission, T-393/15, non publié, ECLI:EU:T:2017:604, point 76 et jurisprudence citée).

**42**Il s'ensuit que les demandes en annulation des actes attaqués visés dans la requête et dans le mémoire du 11 août 2020 sont irrecevables pour autant qu'elles visent tout acte préalable, connexe ou consécutif aux autres actes qui y sont visés.

**43**Eu égard à ce qui précède, les demandes en annulation des actes attaqués doivent être rejetées comme irrecevables, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les exigences relatives à l'existence d'un acte attaquable et à la qualité pour agir de la requérante, et sans qu'il soit besoin de se prononcer ni sur le caractère utile des mesures d'instruction sollicitées ni sur la recevabilité des mémoires des 11 août et 1<sup>er</sup> septembre 2020.

Sur la demande en indemnité

**44**La requérante demande réparation pour l'ensemble des dommages subis et à venir, directs et indirects, découlant, à quelque titre que ce soit, du caractère illégal de l'appel d'offres en cause. Les dommages invoqués résulteraient de la perte du marché en cause et le montant du préjudice correspondrait donc à la valeur de ce marché.

**45**Frontex conteste ces arguments.

**46**Selon une jurisprudence constante, l'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union, en vertu de l'article 340, deuxième alinéa, TFUE, suppose la réunion d'un ensemble de conditions relatives au caractère illégal du comportement reproché à l'institution, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre ce comportement et le préjudice allégué. En outre, il convient de rappeler que, dès lors que l'une de ces conditions n'est pas remplie, le recours doit être rejeté dans son ensemble sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres conditions de ladite responsabilité (voir arrêt du 14 octobre 1999, Atlanta/Communauté européenne, C-104/97 P, ECLI:EU:C:1999:498, point 65 et jurisprudence citée).

**47**À cet égard, s'agissant de la condition relative à la réalité du dommage, la responsabilité de l'Union ne saurait être engagée que si la partie requérante a effectivement subi un préjudice « réel et certain ». Il incombe à la partie requérante d'apporter des éléments de preuve au juge de l'Union afin d'établir l'existence et l'ampleur d'un tel préjudice (voir arrêt du 8 novembre 2011, Idromacchine e.a./Commission T-88/09, ECLI:EU:T:2011:641, point 25 et jurisprudence citée).

**48**En l'espèce, force est de constater que la requérante se contente de demander réparation pour l'ensemble des dommages subis et à venir découlant du caractère illégal de l'appel d'offres en cause, sans apporter d'éléments de preuve afin d'établir l'existence et l'ampleur de ces dommages.

**49**La requérante se borne à soutenir que la valeur des dommages invoqués résulterait de la perte du marché en cause et que le montant du préjudice correspondrait donc à la valeur de ce marché.

**50**Or, s'agissant des prétendus dommages subis par la requérante résultant d'une perte de chance de se voir attribuer le marché, il convient de rappeler que la perte de chance de se voir attribuer un marché ne constitue un préjudice réel et certain que dans l'hypothèse où, en l'absence de comportement fautif de l'institution, il ne ferait pas de doute que la requérante eût obtenu l'attribution dudit marché (voir, en ce sens, ordonnance du 22 juin 2011, Evropaïki Dynamiki/Commission, T-409/09, ECLI:EU:T:2011:299, point 85 et jurisprudence citée). Tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, à supposer même que les documents de marché contenaient des clauses illégales, il est constant que trois entreprises ont participé à la procédure d'appel d'offres lancée par l'avis de marché attaqué et que la

requérante n'a pas démontré que, dans l'hypothèse où les documents attaqués n'auraient pas contenu les clauses prétendument illégales, le marché lui aurait, sans aucun doute, été attribué, et non à l'une desdites trois entreprises.

**51**Il s'ensuit que la condition relative à la réalité du dommage n'est pas remplie pour engager la responsabilité non contractuelle de l'Union, en vertu de l'article 340, deuxième alinéa, TFUE.

**52**Par ailleurs, étant donné le caractère cumulatif des conditions auxquelles est soumis l'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union, au sens de l'article 340, deuxième alinéa, TFUE, il n'y a pas lieu d'examiner les autres conditions exigées par la jurisprudence à cet égard.

**53**Dans ces conditions, il y a lieu de rejeter la demande en indemnité.

**54**À la lumière de l'ensemble des considérations qui précèdent, le présent recours doit être rejeté dans son intégralité.

Sur les dépens

**55**Aux termes de l'article 134, paragraphe 1, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La requérante ayant succombé, il y a lieu de la condamner aux dépens, y compris ceux exposés pour les procédures en référé, conformément aux conclusions de Frontex.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (neuvième chambre élargie)

déclare et arrête :

1) Le recours est rejeté.

2) Leonardo SpA supportera, outre ses propres dépens, ceux exposés par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex), y compris ceux des procédures en référé.

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 26 janvier 2022.

---

\* Verfahrenssprache: Italienisch.

\* Langue de procédure : l'italien.

Zitievorschlag:

EuG Urt. v. 26.1.2022 – T-849/19, BeckRS 2022, 497