

KENDELSE AFSAGT AF RETTENS PRÆSIDENT

31. januar 2005 *

I sag T-447/04 R,

Capgemini Nederland BV, Utrecht (Nederlandene), ved advokaterne
M. Meulenbelt og H. Speyart,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved L. Parpala, som befuld-
mægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

angående en begæring om udsættelse af gennemførelsen af Kommissionens beslutning om ikke at antage sagsøgerens bud i forbindelse med udbudsproceduren JAI-C3-2003-01 vedrørende udvikling og installering af anden udgave af det nye Schengen-informationssystem (SIS II) og mulig udvikling og installering af et informationssystem for visa (VIS) inden for området Retlige og Indre Anliggender og af Kommissionens beslutning om at tildele kontrakten til en anden bydende,

* Processprog: engelsk.

har

PRÆSIDENTEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS
RET I FØRSTE INSTANS

afsagt følgende

Kendelse

Sagens omstændigheder

- 1 Den 25. juni 2003 offentliggjorde Kommissionen i supplementet til *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT S 119) et begrænset udbud med referencen JAI-C3-2003-01 vedrørende udvikling og installering af anden udgave af Schengen-informations-systemet (SIS II) og mulig udvikling og installering af et informationssystem for visa (VIS) inden for området Retlige og Indre Anliggender.
- 2 Sagsøgerens bud blev ikke antaget ved udbudsprocedurens afslutning. Kommissionens beslutning om at afvise sagsøgerens bud og antage en tredjemands bud blev meddelt sagsøgeren den 13. september 2004 (herefter »beslutningen af 13. september 2004«). I beslutningen angav Kommissionen, at den først to uger senere ville indgå kontrakten SIS II/VIS (herefter tillige »den omstridte kontrakt«) med den bydende, der havde afgivet det bedste bud.

- 3 Sagsøgeren anmodede i henhold til artikel 100, stk. 2, i Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 af 25. juni 2002 om finansforordning vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget (EFT L 248, s. 1, herefter »finansforordningen«) ved telefax af 16. september 2004 Kommissionen om at uddybe sin begrundelse for beslutningen af 13. september 2004. I telefaksen anfægtede sagsøgeren desuden, at Kommissionen havde til hensigt inden for en frist på to uger at tildele kontrakten, og påberåbte sig i den forbindelse Domstolens dom af 28. oktober 1999, sag C-81/98, Alcatel Austria m.fl., Sml. I, s. 7671.
- 4 Ved skrivelse af 30. september 2004 bekræftede Kommissionen sin hensigt om at tildele kontrakten til tredjemand, idet den henviste til evalueringsudvalgets rapport fra august 2004 (herefter »evalueringsrapporten«), der var vedlagt skrivelser. Ifølge rapporten var der efter den tekniske vurdering kun to bydende, heriblandt sagsøgeren, som skulle underkastes den finansielle vurdering.
- 5 Ved skrivelse af 8. oktober 2004 meddelte sagsøgeren Kommissionen, at sagsøgeren fandt, at afvisningen af budet på baggrund af evalueringsrapporten var i modstrid med fællesskabsretten. Sagsøgeren anmodede derfor Kommissionen om at stille udbudsproceduren i bero og afvente den analyse, som sagsøgeren forpligtede sig til at sende til Kommissionen inden for en uge.
- 6 Den 15. oktober 2004 underrettede sagsøgeren Kommissionen om resultatet af sin analyse og anmodede om en redegørelse for, hvorledes den samlede værdi af sagsøgerens bud blev beregnet. Sagsøgeren anmodede atter Kommissionen om ikke at fortsætte udbudsproceduren.
- 7 Den 22. oktober 2004 indgik Kommissionen den omstridte kontrakt med et konsortium ledet af selskaberne Steria-France og HP-Belgium (herefter »beslutningen af 22. oktober 2004«).

- 8 Den 26. oktober 2004 offentliggjorde Kommissionen pressemeddelelse IP/04/1300, der bekendtgjorde indgåelsen af den omstridte kontrakt til en samlet værdi af 40 mio. EUR med et konsortium ledet af selskaberne Steria-France og HP-Belgium (herefter »Steria/HP«).
- 9 Den 5. november 2004 anførte sagsøgeren over for Kommissionen, at beløbet på 40 mio. EUR, der var angivet i pressemeddelelsen, oversteg det samlede beløb, som sagsøgeren havde fremsat i sit bud. Sagsøgeren anmodede ligeledes Kommissionen om at besvare skrivelsen af 15. oktober 2004 og om ikke at indgå den omstridte kontrakt med Steria/HP.
- 10 Ved skrivelse af 11. november 2004 afviste Kommissionen sagsøgerens indsigelser i skrivelserne af 8. og 15. oktober 2004.

Retsforhandlingerne

- 11 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 15. november 2004 har sagsøgeren anlagt sag med påstand om annullation af beslutningen af 13. september 2004 og beslutningen af 22. oktober 2004.
- 12 Ved særskilt processkrift har sagsøgeren i henhold til artikel 76a i Rettens procesreglement begæret annullationssøgsmålet behandlet efter hasteproceduren.

- 13 Ved særskilt processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den samme dag har sagsøgeren indgivet nærværende begæring om foreløbige forholdsregler og heri nedlagt følgende påstande:
- Gennemførelsen af beslutningen af 13. september 2004 og af beslutningen af 22. oktober 2004 udsættes, indtil der er truffet afgørelse vedrørende nærværende begæring.
 - Gennemførelsen af beslutningerne udsættes, indtil Retten har truffet afgørelse i hovedsagen.
 - Gennemførelsen af den omstridte kontrakt udsættes, såfremt det viser sig, at kontrakten allerede er indgået, indtil Retten har truffet afgørelse i hovedsagen.
 - Der træffes enhver anden foreløbig forholdsregel, som måtte skønnes hensigtsmæssig.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 14 Som svar på Rettens skriftlige spørgsmål af 17. november 2004 har Kommissionen den følgende dag angivet datoen for den omstridte kontrakts indgåelse. Kommissionen har ligeledes oplyst, at den ikke har til hensigt at udsætte gennemførelsen heraf indtil Rettens kendelse.

- 15 Ved kendelse af 18. november 2004 har Retten i henhold til procesreglementets artikel 105, stk. 2, andet led, truffet bestemmelse om, at gennemførelsen af den omstridte kontrakt udsættes øjeblikkeligt, indtil der er afsagt endelig kendelse i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 16 Den 25. november 2004 fremsatte Kommissionen sine skriftlige bemærkninger til begæringen om foreløbige forholdsregler.
- 17 Parterne har afgivet forklaringer under retsmødet den 2. december 2004.
- 18 Den 8. december 2004 har Retten besluttet at efterkomme sagsøgerens begæring om, at der træffes afgørelse i denne sag i henhold til en hasteprocedure.

Retlige bemærkninger

- 19 I medfør af bestemmelserne i dels artikel 242 EF og 243 EF, dels artikel 225, stk. 1, EF kan Retten, hvis den skønner, at forholdene kræver det, udsætte gennemførelsen af den anfægtede akt eller i øvrigt foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler.
- 20 Procesreglementets artikel 104, stk. 2, bestemmer, at en begæring om foreløbige forholdsregler skal angive de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, samt de faktiske og retlige grunde til, at den begærede foreløbige forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget (*fumus boni juris*). Disse betingelser er

kumulative, således at der ikke kan anordnes foreløbige forholdsregler, når en af dem ikke er opfyldt (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 14.10.1996, sag C-268/96 P(R), SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. I, s. 4971, præmis 30).

Parternes argumenter

Fumus boni juris

- 21 For så vidt angår beslutningen af 13. september 2004 har sagsøgeren gjort gældende, at Steria/HP's bud hverken var i overensstemmelse med de finansielle betingelser eller de tekniske betingelser i udbudsdokumenterne.
- 22 De finansielle betingelser er ikke opfyldt af flere årsager.
- 23 For det første er den finansielle evalueringsmetode, som Kommissionen har valgt, »usædvanlig«, i det omfang den ikke var baseret på en fast pris for projektet eller på summen af buddene for hver af de 15 dele af projektet. Den var baseret på forholdene mellem priserne, nemlig forholdet mellem en bydendes pris og den laveste pris budt af de øvrige bydende, beregnet for hver af de 15 dele. Et samlet prisforhold blev herefter beregnet på grundlag af gennemsnittet af prisforholdene for hver af de 15 dele. I den forbindelse har sagsøgte understreget, at selv om det ubestrideligt tilkom Kommissionen at vælge den finansielle evalueringsmåde, har denne imidlertid medført urimelige resultater som følge af, at Kommissionen ikke har efterprøvet med en særlig omhu, om priserne indgivet af kandidaterne for hver del var troværdige og præcise, og at de ikke var unormalt lave. En urigtig analyse, særlig af de mindre væsentlige dele, vil have haft en uforholdsmæssig indvirkning på de samlede prisforhold.

- 24 Sagsøgeren har understreget, at udbudsbekendtgørelsen ved anvendelsen af denne evalueringsmåde har pålagt de bydende at angive en pris for hver af de 15 dele af projektet. I den forbindelse henviser sagsøgeren til flere bestemmelser i udbudsbetingelserne, heriblandt klausul 5.4 i de administrative retningslinjer. Forpligtelsen til at angive en pris var så meget mere nødvendig, da den finansielle evaluering ikke var baseret på den samlede pris for de 15 dele af projektet, men var baseret på prisforholdene beregnet for hver del.
- 25 I den foreliggende sag følger det utvetydigt af evalueringsrapporten, at Steria/HP bevidst har valgt ikke at angive en pris eller angivet prisen nul for del 6 (simulator), 7 (nationale grænseflader) og 11 (valgfri funktioner VIS). I stedet for at afvise Steria/HP's bud som uoverensstemmende har Kommissionen antaget det ved at fastsætte en pris på 0,01 EUR for hver af disse dele, hvilket har fordrejet det samlede prisforhold alvorligt.
- 26 For det andet er prisen på budet fra Steria/HP unormalt lav. Med hensyn til Kommissionens finansielle evalueringsmetode, hvorefter hver af de 15 dele har haft betydelig indvirkning på det samlede prisforhold, burde reglerne om unormalt lave bud have været anvendt for hver af de 15 dele. I den foreliggende sag burde del 1 (drift af projektet) og del 2 (detaljeret planlægning) i Steria/HP's bud, ud over del 6, 7 og 11 i budet, hvor der ikke var fastsat en pris, have foranlediget Kommissionen til at spørge, om der eventuelt var fastsat en unormalt lav pris. Alligevel følger det af Kommissionens skrivelse af 11. november 2004, at den i den foreliggende sag ikke har benyttet reglerne om unormalt lave bud.
- 27 For det tredje har Kommissionen tilsidesat princippet om det mest fordelagtige bud, der er fastslået ved artikel 138, stk. 3, i Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 2342/2002 af 23. december 2002 vedrørende gennemførelsesbestemmelser for finansforordningen (EFT L 357, s. 1, herefter »gennemførelsesforordningen«). Det

følger nemlig af Kommissionens pressemeddelelse af 26. oktober 2004, at det samlede beløb af Steria/HP's bud klart oversteg sagsøgerens bud. For så vidt angår det samlede beløb i sagsøgerens bud har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen havde medregnet et ukorrekt beløb, som indgik i det oprindelige bud, og som oversteg det reelle beløb, hvorved Kommissionen ulovligt havde set bort fra en rettelse, der var blevet tilsendt Kommissionen den 26. maj 2004.

- 28 Desuden er de tekniske betingelser i udbudsbekendtgørelsen blevet tilsidesat. Først og fremmest indeholder Steria/HP's bud ikke udviklingen af de nationale grænseflader i overensstemmelse med de tekniske betingelser i udbudsbekendtgørelsen, selv om de tekniske betingelser forudsatte installering af nationale grænseflader på nationalt plan. Beviserne, som sagsøgeren har til rådighed, antyder nemlig, at den løsning, Steria/HP har foreslået, ikke medførte installering af nationale grænseflader på brugernes hjemmesider, dvs. medlemsstaternes. Disse beviser giver ligeledes anledning til at tro, at Steria/HP's bud ikke omfattede udvikling og levering af nationale simulatorer, der imidlertid var nødvendige for at efterprøve, om de nationale grænseflader fungerede tilfredsstillende.
- 29 Ifølge fast retspraksis skal et bud, som ikke opfylder væsentlige tekniske krav, der er defineret i udbudsbekendtgørelsen, afvises. Denne regel skulle være udtrykkeligt bekræftet af punkt 1.3 i de tekniske betingelser, hvorefter teksten som helhed i udbudsdokumenterne var bindende for Kommissionen. Hvis Steria/HP havde tilbudt en alternativ teknisk løsning (en »variant«), skulle Kommissionen straks have afvist budet.
- 30 For så vidt angår beslutningen af 22. oktober 2004 har sagsøgeren gjort gældende, at beslutningen bør annulleres, eftersom Kommissionen har tilsidesat princippet om retten til effektiv domstolsbeskyttelse (jf. Domstolens dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 18, og af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 39). På de offentlige

nationale markeder skulle dette princip være udviklet i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33) og være bekræftet af Domstolen (dommen i sagen Alcatel Austria m.fl.).

- 31 I medfør af dette princip bør den ordregivende myndighed afvente, at der forløber en rimelig frist fra tildelingen af kontrakten til afslutningen af kontrakten for at give de forbigående bydende mulighed for inden for denne frist at indgive en begæring om foreløbige forholdsregler over for tildelingsbeslutningen. Selv om finansforordningen og gennemførelsesforordningen ikke indeholder bestemmelser om klageadgang til fællesskabsdomstolene, må en forpligtelse svarende til den i direktiv 89/665 finde anvendelse på den foreliggende sag i medfør af det almene princip om retten til effektiv domstolsbeskyttelse.
- 32 I den foreliggende sag har Kommissionen besluttet at indgå den omstridte kontrakt uden at fastsætte en rimelig frist i sin skrivelse af 30. september 2004, der indeholdt den første begrundelse for beslutningen af 13. september 2004. Denne frist ville have givet sagsøgeren mulighed for at forberede en effektiv domstolsbeskyttelse i form af et søgsmål med påstand om annullation af afvisningsbeslutningen efterfulgt af en begæring om foreløbige forholdsregler. Ved at fastsætte en frist på to uger har Kommissionen de facto tilsidesat sagsøgerens ret til at indgive et annullationssøgsmål og en begæring om foreløbige forholdsregler inden for en frist på to måneder, som bestemt i artikel 230 EF, og har som følge heraf tilsidesat denne bestemmelse.
- 33 Kommissionen har ved at træffe beslutningen af 22. oktober 2004 desuden tilsidesat artikel 103 i finansforordningen, hvorefter en ordregivende myndighed er forpligtet til at udsætte proceduren, når der foreligger mulighed for fejl eller uregelmæssigheder. Derudover følger det af gennemførelsesdirektivets artikel 153, stk. 1, at tilstedeværelsen af et problem ikke skal være uomtvisteligt fastslået, for at finansforordningens artikel 103, første led, finder anvendelse.

- 34 Kommissionen er af den opfattelse, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.
- 35 Kommissionen har indledningsvis bemærket, at den har et vidt skøn med hensyn til at evaluere de dele, der skal tages i betragtning, når den beslutter at tildele en kontrakt ved afslutningen af en udbudsprocedure. Desuden havde sagsøgeren accepteret evalueringsmetoden af priserne, klausul 3.1 i de administrative retningslinjer i udbudsbetingelserne, der udtrykkeligt bestemmer, at »de bydende ved indgivelsen af et bud uigenkaldeligt accepterer at deltage i alle evalueringsprocedurer, der er fastsat i denne udbudsbekendtgørelse«.
- 36 For så vidt angår den påståede tilsidesættelse af de finansielle betingelser har Kommissionen for det første gjort gældende, at sagsøgeren anfægter Steria/HP's bud, for så vidt som denne ikke har fastsat prisen for visse dele eller fastsat prisen til nul, skønt sagsøgeren selv har anvendt denne fremgangsmåde for flere dele, heriblandt del 8 (levering til brugerne).
- 37 Selv om klausul 2.8 i de administrative retningslinjer i udbudsbetingelserne virkelig pålagde de bydende at angive en pris for alle delene, vil en pris lig med nul ligeledes udgøre en pris, der må accepteres. Angivelsen af prisen nul kunne nemlig ifølge Kommissionen være direkte forbundet med kontraktens art og vise sig fuldstændigt berettiget.
- 38 Kommissionen har i den forbindelse gjort gældende, at det tilkom de bydende at foreslå de løsninger, de anså for at være bedst egnede til at opfylde de strategiske mål og behov i udbudsbekendtgørelsen. På den baggrund måtte det forventes af de bydende, at de leverede de egnede tekniske løsninger. Angivelsen af en pris lig med nul for visse dele kan således ikke fortolkes som prismanipulation.

- 39 Eftersom det drejer sig om en ændring af pris, der angiveligt er foretaget af Kommissionen, har denne påpeget, at prisen 0,01 EUR udelukkende blev fastsat med det formål at kunne foretage en matematisk beregning. Denne begrundelse fremgik ligeledes af evalueringsrapporten, og Kommissionen har gjort det samme for alle berørte dele og for alle de bydende.
- 40 For det andet er Kommissionen af den opfattelse, at den på ingen måde har tilsidesat reglerne vedrørende unormalt lave bud. Den samlede værdi af SIS II- og VIS-kontrakterne er ifølge udbudsbekendtgørelsen blevet vurderet til mellem 28 og 38 mio. EUR. Eftersom værdien af den underskrevne kontrakt overstiger 37 mio. EUR, kan budet ikke anses for at være unormalt lavt i gennemførelsesforordningens artikel 139's forstand.
- 41 Kommissionen har med hensyn til den påståede tilsidesættelse af princippet om det mest fordelagtige bud for det tredje gjort gældende, at sagsøgeren ikke havde fremsat et bud, hvis samlede værdi var lavere end Steria/HP's, og selv om det er korrekt, at sagsøgeren havde fremsendt rettelser til Kommissionen den 26. maj 2004, var Kommissionen ikke forpligtet til at tage disse i betragtning. I medfør af artikel 148, stk. 3, i gennemførelsesforordningen kunne den ordregivende myndighed kontakte den bydende, hvis åbenlyse fejl skulle rettes. I den foreliggende sag har sagsøgeren angiveligt begået en multiplikationsfejl, hvilket ikke har forpligtet Kommissionen til at kontakte sagsøgeren.
- 42 For så vidt angår den påståede tilsidesættelse af de tekniske betingelser har Kommissionen gjort gældende, at der vedrørende de nationale grænseflader skal sondres mellem en kommunikationsdel og en logisk softwaredel. Udelukkende kommunikationsdelen, som ikke var en del af udbudsbekendtgørelsen, skulle installeres lokalt i medlemsstaterne, mens softwaredelen kunne installeres centralt. Definitionen af nationale grænseflader, der blev givet i udbudsbekendtgørelsen, præciserede ikke, om de skulle installeres med alle sine dele på centralt eller nationalt niveau, men det er klart angivet, at ansvaret for de nationale grænseflader forblev under det centrale domæne. Muligheden for at installere en national grænseflades softwaredel på centralt niveau fremgår af den undersøgelse, Kommissi-

sionen har fået foretaget af selskabet Deloitte & Touche, og som var bilagt udbudsbekendtgørelsen blandt de tekniske dokumenter. Denne undersøgelse vurderede fordele og ulemper forbundet med at installere de nationale grænsefladers softwaredel på centralt niveau og nationalt niveau. Hvis installeringen af de nationale grænsefladers komponenter i medlemsstaterne blev anset for obligatorisk, ville den omstændighed, at undersøgelsen var bilagt de tekniske dokumenter, ikke have givet mening.

- 43 Endvidere har Kommissionen som svar på et af sagsøgerens anbringender præciseret, at Steria/HP's bud faktisk indeholdt simulatorer (del 6), men at denne del var indeholdt i del 5 (centrale domæne).
- 44 For så vidt angår de fremførte anbringender til støtte for, at beslutningen af 22. oktober 2004 er ulovlig, har Kommissionen gjort gældende, at den på ingen måde har tilsidesat princippet om retten til effektiv domstolsbeskyttelse, idet direktiv 89/665 og dommen i sagen Alcatel Austria m.fl. ikke er relevante for den foreliggende sag. Derudover har beslutningen af 13. september 2004 og skrivelsen af 30. september 2004 til sagsøgeren fuldt ud overholdt den begrundelsespligt, Kommissionen er pålagt i medfør af finansforordningens artikel 100, stk. 2, første punktum. Begrundelsen i skrivelsen af 30. september 2004 har nemlig utvetydigt givet sagsøgeren mulighed for at iværksætte et søgsmål.
- 45 Finansforordningens artikel 103, som sagsøgeren har påberåbt sig, finder ikke anvendelse i den foreliggende sag.

Uopsætteligheden

- 46 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis de begærede foreløbige forholdsregler ikke træffes.

- 47 Det tab, sagsøgeren ville lide, ville være alvorligt, idet de eneste bud, der blev overvejet ved den afsluttende del af udbudsproceduren, var sagsøgerens og Steria/HP's, og en afvisning af Steria/HP's bud ville have medført, at sagsøgeren ville have fået tildelt kontrakten.
- 48 Derudover medfører tabet af denne kontrakt og den mistede mulighed for at bevise evnen til at udvikle datasystemer af international målestok et øget tab for sagsøger, eftersom SIS II/VIS-projektet er af enestående omfang.
- 49 I den forbindelse har sagsøgeren tilføjet, at de selskaber, der er inddraget i projektet, vil opnå en meget fordelagtig stilling i forhold til deres konkurrenter ved fremtidige udbud, som Kommissionen måtte iværksætte i forbindelse med systemerne SIS II og VIS, navnlig med henblik på udvidelsen af systemerne til øvrige medlemsstater, og som medlemsstaterne eller kommunale og regionale myndigheder inden for Schengen-området måtte iværksætte, f.eks. med henblik på opdatering af deres nationale informationssystemer. Den samlede værdi af disse yderligere kontrakter vil være mærkbart højere end værdien af det »centrale system«, der i den foreliggende sag er udbudt af Kommissionen.
- 50 Det lidte tab ville ligeledes være uopretteligt. I den foreliggende sag ville tildelingen af kontrakten og desto mere gennemførelsen heraf, selv under behandlingen af sagen om foreløbige forholdsregler, hindre Kommissionen i at ændre de afgørelser, den har truffet. For at undgå at sagsøgeren stilles foran en fuldblyndet kendsgerning, er det således nødvendigt straks at udsætte gennemførelsen af disse beslutninger. Såfremt der ikke træffes foreløbige forholdsregler, vil det berøve en annullationsdom fra Retten enhver effektiv virkning. Desuden ville en realitetsbeslutning efter gennemførelsen af kontrakten, som fællesskabets retsinstanser har anerkendt, ikke kunne fjerne den lidte skade, der er påført såvel fællesskabets retsorden som de afviste bydende (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 22.4.1994, sag C-87/94 R, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1395, præmis 31). Det følger heraf, at tilkendelse af erstatning og renter ikke ville udgøre en passende genoprettelse.

- 51 Ved retsmødet har sagsøgeren gjort gældende, at den foreliggende sag adskiller sig fra de sager, hvori Rettens præsident afsagde kendelse den 27. juli 2004, TQ3 Travel Solutions Belgium mod Kommissionen (sag T-148/04 R, Sml. II, s. 3027) og den 10. november 2004, European Dynamics mod Kommissionen (sag T-303/04 R, Sml. II, s. 3889), idet det pågældende marked — i modsætning til de i disse sager omhandlede markeder — er meget snævert på grund af sin enestående karakter i Europa og måske i hele verden. Adgangen til det pågældende marked ville derfor kun være mulig ved at opnå kontrakten inden for rammerne i den anfægtede udbudsprocedure.
- 52 Kommissionen har understreget, at sagsøgeren ikke har nogen ret til at se sig selv få tildelt kontrakten, selv hvis beslutningen af 13. september 2004 og beslutningen af 22. oktober 2004 annulleres. Kommissionen har i øvrigt bemærket, at hvis Retten skulle finde, at der er begået en fejl ved den finansielle evaluering, ville fejlen ligeledes have påvirket sagsøgerens bud, eftersom sagsøgeren angav en pris lig med nul for visse dele.
- 53 Tabet af en fremtidig kontrakt eller en mulighed for at bevise sine evner kan ifølge fast retspraksis aldrig være årsag til en skade, der berettiger til vedtagelsen af foreløbige forholdsregler. Navnlig ville tabet af en fremtidig kontrakt ikke forhindre sagsøgeren i at deltage med succes i senere udbud. Derudover ville en skade, der afhænger af indtræden af fremtidige og usikre hændelser, ikke kunne begrunde anordning af de ønskede foreløbige forholdsregler, da den er rent hypotetisk.
- 54 For så vidt angår det angiveligt uoprettelige tab har Kommissionen indledningsvis understreget, at kendelsen i sagen Kommissionen mod Belgien på ingen måde er relevant for den foreliggende sag, eftersom artikel 226 EF og artikel 230, stk. 4, EF forfølger forskellige formål. Nærmere bestemt skyldtes en af de årsager, som kunne begrunde en foreløbig forholdsregel i sagen Kommissionen mod Belgien, at der ikke var andre muligheder for at beskytte de bydendes interesser.

- 55 Derudover kan et tab ikke anses for uopretteligt eller selv svært opretteligt, hvis det senere kan dækkes ved tilkendelse af en erstatning i henhold til artikel 288 EF.
- 56 Endelig er det lidte tabs omfang og realitet som følge af afvisningen af sagsøgerens bud ikke blevet bevist, hvilket heller ikke er tilfældet med tabets alvorlighed og uoprettelighed. Sagsøgeren har heller ikke bevist, at sagsøgerens eksistens risikerer at blive påvirket, eller at dennes markedsstilling skulle blive uopretteligt påvirket.
- 57 I henhold til Rettens faste retspraksis skaber den omstændighed, at den omstridte kontrakt vil være under gennemførelse på tidspunktet for domsafsigelsen i hovedsagen, ikke et gyldigt argument for at godtgøre uopsætteligheden (kendelsen i sagen TQ3 Travel Solutions Belgium mod Kommissionen, præmis 55). Hvis afvisningen af sagsøgerens bud skulle vise sig at være uberettiget, ville det nemlig kunne oprettes ved at opgøre sagsøgerens omkostninger ved deltagelse i udbudsproceduren, en økonomisk compensation kunne forudses, og sagsøgeren ville være frit stillet med hensyn til deltagelse i nye udbudsprocedurer. Ved retsmødet har Kommissionen i den forbindelse anført, at det i tilfælde af annullation af en beslutning tilkommer den pågældende institution i medfør af artikel 233 EF at drage konsekvenserne heraf og efterkomme dommen. Imidlertid har hverken de anvendelige regler eller Domstolens og Rettens retspraksis fastsat følgerne, når en kontrakt er blevet underskrevet og er under gennemførelse. I den foreliggende sag er der tale om en kontrakt i henhold til belgisk ret. Derudover vil en annullation af den omstridte kontrakt medføre væsentlige forsinkelser i udførelsen af SIS II/VIS-projektet, hvilket ville skade skabelsen og bevarelsen af et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed (artikel 2 EU).

Interesseafvejning

- 58 For det første har sagsøgeren gjort gældende, at tilsidesættelsen af fællesskabsretten om offentlige kontrakter og den skade, som denne tilsidesættelse har påført

fællesskabets retsorden og de øvrige bydendes rettigheder, i sig selv udgør en interesse, der er værdig at beskytte for fællesskabets retsinstanser (kendelsen i sagen Kommissionen mod Belgien).

- 59 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at en beskeden forsinkelse af iværksættelsen af SIS II/VIS-projektet ikke uforholdsmæssigt vil skade Kommissionens og medlemsstaternes interesser. Det ville nemlig ikke være nødvendigt at erstatte det nuværende Schengen-informationssystem med det fremtidige system før udgangen af 2007, og ej heller at den foreløbige overtagelse af SIS II-systemet finder sted før 31. marts 2007. Der er intet, der tyder på, at en beskeden forsinkelse ville medføre en meget væsentlig skade, eller at denne skade ikke ville kunne begrænses til et tilfredsstillende niveau ved at øge iværksættelseshastigheden lidt. Omvendt ville gennemførelsen af den omstridte kontrakt skabe eller medvirke til at skabe en fuldbyrdet kendsgerning, der kan påføre såvel sagsøgeren som fællesskabets retsorden et alvorligt og uopretteligt tab.
- 60 For det tredje ville en afvisning af Steria/HP's bud og tildeling af kontrakten til sagsøger kunne finde sted meget hurtigt. Der kunne ligeledes træffes andre forholdsregler for at afhjælpe tilsidesættelse af fællesskabsretten, som f.eks. at lade sagsøgeren fremsætte et bud på grundlag af de kriterier, der tilsyneladende er lagt vægt på ved tildelingen af kontrakten til Steria/HP, eller ved at sende projektet ud i en ny udbudsrunde.
- 61 For det fjerde ville Kommissionen, selv hvis udsættelsen af gennemførelsen af beslutningen af 13. september 2004 og beslutningen af 22. oktober 2004 medfører et tab for Kommissionen og medlemsstaterne, selv være skyld i et sådant tab. Sagsøgeren har hele tiden handlet med stor påpasselighed, hvilket er relevant ved interesseafvejningen (kendelsen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 34).

- 62 For det femte har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionens tilkendegivelser ved retsmødet vedrørende tidsplanen for udførelsen af projektet var lidet overbevisende. Tilkendegivelserne modsiges endvidere af et rådsdokument af 23. november 2001, der blev udvekslet mellem de ansvarlige medlemsstaters delegationer ved iværksættelsen af SIS-systemet, og hvoraf fremgår, at det selv med 30 medlemsstater ville være muligt at fortsætte med det nuværende SIS-system.
- 63 For det sjette har sagsøgeren ved Retsmødet ligeledes henvist til, at Rådet allerede i 2001 havde overladt opgaven med udviklingen af SIS II-systemet til Kommissionen. Herudover har sagsøgeren gjort gældende, at udviklingen af SIS II-systemet oprindeligt var fastsat til at begynde i januar 2004. Det kan ikke godtages, at Kommissionen kan gennemføre en udbudsprocedure senere end denne dato og samtidig påberåbe sig, at der er en sådan grad af uopsættelighed, at anordningen af foreløbige forholdsregler må udelukkes.
- 64 Kommissionen har gjort gældende, at iværksættelsen af foreløbige forholdsregler ville medføre et tab for Fællesskabet, Kommissionen, medlemsstaterne, tre tredjelande og medkontrahenten, og at et sådant tab overstiger det, der eventuelt måtte være påført sagsøgeren ved afvisningen af dennes bud.

Retlig bedømmelse

Fumus boni juris

- 65 Det skal bemærkes, at sagsøgeren i sin begæring om foreløbige forholdsregler sondrer mellem påstande, der sigter mod en annulation af beslutningen af 13. september 2004 (jf. præmis 21-29), og påstande, der sigter mod annulation af beslutningen af 22. oktober 2004 (jf. præmis 30-33).

- 66 For så vidt angår dette punkt finder Retten, at en eventuel annulation af beslutningen af 13. september 2004, hvorved sagsøgerens bud blev afvist til fordel for en tredjemands, ville fjerne retsgrundlaget for beslutningen af 22. oktober 2004. Sidstnævnte beslutning ville som følge heraf blive ugyldig og skulle derfor ligeledes annulleres.
- 67 I første omgang er det således tilstrækkeligt at undersøge, om de i begæringen om foreløbige forholdsregler fremførte grunde for annulation af beslutningen af 13. september 2004 kan tiltrædes.
- 68 Indledningsvis skal det bemærkes, at finansforordningens artikel 89, stk. 1, bestemmer, at offentlige indkøbsaftaler, der helt eller delvist finansieres over Fællesskabets budget, skal overholde principperne om gennemsigtighed, proportionalitet, ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling. Herefter bestemmer finansforordningens artikel 97, stk. 1, at tildelingskriterierne, der skal gøre det muligt at vurdere buddenes indhold, skal være fastlagt på forhånd og angivet i udbudsdokumenterne. Endelig følger det af veletableret retspraksis i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, at kriterierne for tildeling skal angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen, således at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende at fortolke dem på samme måde (jf. analogt Domstolens dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction, Sml. I, s. 7725, præmis 42).
- 69 Det skal ligeledes bemærkes, at Kommissionen ifølge fast retspraksis har et vidt skøn for så vidt angår de faktorer, der tages i betragtning ved beslutningen om tildelingen af en kontrakt efter udbud, og at Fællesskabets retsinstansers kontrol skal begrænse sig til en undersøgelse af, om der foreligger en åbenbar og alvorlig vildfarelse (Domstolens dom af 23.11.1978, sag 56/77, Agence européenne d'intérims mod Kommissionen, Sml. s. 2215, præmis 20, og Rettens dom af 8.5.1996, sag T-19/95, Adia interim mod Kommissionen, Sml. II, s. 321, præmis 49).

- 70 På baggrund af disse indledende bemærkninger finder Retten, at to af de af sagsøgeren fremførte påstande er af alvorlig karakter.
- 71 Den første påstand vedrører et åbenbart urigtigt skøn ved den finansielle evaluering af Steria/HP's bud, idet Steria/HP ikke har angivet en pris for alle 15 dele i sit bud.
- 72 I den foreliggende sag skal det afklares, om sagsøgeren har fremlagt faktorer, der gør det muligt at fastslå, at det ikke umiddelbart kan udelukkes, at Kommissionen har begået en åbenbar fejl ved vurderingen, for så vidt som den har anvendt den finansielle evalueringsmetode, der forudsættes i udbudsbekendtgørelsen, på en sådan måde, at de finansielle bud ikke giver udtryk for deres reelle værdi.
- 73 Som led i denne procedure har Kommissionen bekræftet, at de bydende i medfør af klausul 2.8 i de administrative retningslinjer i udbudsbetingelserne var forpligtede til at angive en pris for hver af delene, og at denne forpligtelse var opfyldt ved angivelse af en pris lig med nul. Det skal i den forbindelse bemærkes, at der i Steria/HP's bud ikke var angivet en pris eller var angivet en pris lig med nul for del 6 (simulatorer), del 7 (nationale grænseflader) og del 11 (valgfrie funktioner VIS), men at prisen for hver af disse dele var indeholdt i evalueringen af beløbene for andre, teknisk uadskillelige dele. Således var priserne for del 6, 7 og 11 indeholdt i priserne for henholdsvis del 4 (det centrale system), del 3 (systemomgivelser) og del 2 (udarbejdelsen).
- 74 Det skal herefter belyses, om Kommissionens accept af, at fraværet af angivelse af pris eller angivelse af en pris lig med nul for en eller flere dele af udbuddet var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, umiddelbart kan udgøre en åbenbar bedømmelsesfejl, når den løsning, der var foreslået for det eller disse dele og de dertil hørende priser var inkluderet i en eller flere andre dele af dette bud.

- 75 Det skal herved bemærkes, at klausul 2.8 i de administrative retningslinjer i udbudsbetingelserne bestemte, at de bydende med henblik på den finansielle evaluering skulle angive en pris for alle delene, og at alle priserne for så vidt angår finansieringsoversigten skulle være angivet i euro, være klart angivet og i givet fald indeholde alle elementerne i prisberegningen for alle delene og underdelene.
- 76 Det følger af denne bestemmelse, at prisen skulle angives for hver del, der var fremsat i budet, og at den ikke kunne indeholdes i en anden del.
- 77 Konklusionen styrkes af formålet med den finansielle evalueringsmetode, der blev anvendt i forbindelse med den anfægtede udbudsprocedure.
- 78 Klausul 5.4 i de administrative retningslinjer i udbudsbetingelserne, der bærer overskriften »finansiell evaluering«, indeholder således en metode, der er baseret på 15 adskilte dele. Det følger heraf, at buddene, til brug for den finansielle evaluering, ikke blev vurderet ved at lægge den samlede pris for de 15 dele af budet til grund, men ved at vurdere forholdet mellem priserne for hver enkelt del. Den evalueringsmetode, der blev benyttet af Kommissionen for hver enkelt del, var nemlig baseret på et antal point, der blev tildelt hver bydende på baggrund af forholdet mellem den bydendes prisbud og den laveste pris budt af de øvrige bydende, der skulle underkastes den finansielle evaluering. Som sagsøgeren har understreget, uden at Kommissionen har modsagt det, havde hver del fået tildelt det samme antal point, uanset omfanget og kompleksiteten af de forskellige dele.
- 79 Som følge heraf ville fastholdelsen af Kommissionens påstand og accepten af, at en pris lig med nul kan angives for en del, der faktisk svarer til en teknisk løsning, medføre, at en bydende kunne forbedre sit samlede prisforhold kunstigt og på baggrund heraf opnå det bedste samlede prisforhold, uden at den samlede værdi af budet alligevel var den laveste. Som sagsøgeren med rette har gjort gældende, gav

denne ordning nemlig en bydende mulighed for kunstigt at forbedre sit samlede prisforhold, f.eks. ved at fjerne 500 000 EUR fra to dele, der hver især var 1 mio. EUR værd, og tilføje disse beløb til en del, der var 10 mio. EUR værd. En bydende kunne ligeledes opnå et særligt fordelagtigt prisforhold ved at byde en kunstig pris, der var lavere end halvdelen af konkurrentens pris for fem eller seks mindre dele. Det bedste prisforhold kunne således opnås på denne måde, selv om den samlede pris på budet var åbenbart højere end alle de andre bud. Retten fastslår, at Kommissionen ikke har forklaret, hvorledes anvendelsen af den finansielle evalueringsmetode, som den har benyttet i dette tilfælde, gjorde det muligt at undgå en sådan risiko.

- 80 Denne vurdering påvirkes på ingen måde af Kommissionens argument, hvorefter den ikke ville nægte de bydende muligheden for frit at foreslå deres tekniske løsninger. Ud over at denne argumentation vedrører den tekniske bedømmelse og ikke den finansielle vurdering, er det heller ikke anført, at det ikke ville have været muligt at anmode de bydende om at angive en cirkapris for hver af buddets dele, når den tekniske løsning var omfattet af en anden del.
- 81 Kommissionens fortolkning af de finansielle instrukser i udbudsbetingelserne sikrede således på ingen måde, at det økonomisk mest fordelagtige bud blev antaget, hvilket er i strid med princippet om udvælgelse af det økonomisk mest fordelagtige bud, der finder anvendelse i den foreliggende sag (udbudsbekendtgørelsens punkt IV.2).
- 82 Under disse omstændigheder findes det umiddelbart, at Kommissionen har tilsidesat udbudsbetingelserne og foretaget en åbenbar fejlagtig bedømmelse ved at acceptere, at der ikke er angivet en pris, eller at der er angivet en pris lig med nul, for visse dele af Steria/HP's bud, da det ikke kan udelukkes, at Kommissionen skulle have afvist budet, fordi det ikke var i overensstemmelse med betingelserne i udbudsbekendtgørelsen.

- 83 Det andet anbringende, som Retten har fundet alvorligt, vedrører buddets tilsidesættelse af den tekniske betingelse vedrørende de nationale grænseflader (del 7). Sagsøgeren har nemlig kritiseret den løsning, Steria/HP har foreslået, for så vidt som den ikke forudsatte installeringen af nationale grænseflader på brugerstederne, dvs. medlemsstaterne, således som det var krævet i udbudsbekendtgørelsen.
- 84 I den forbindelse skal det fastslås, at bestemmelserne i udbudsbekendtgørelsen umiddelbart bekræfter analysen, hvorefter de nationale grænseflader skal installeres på brugerstederne (punkt 2.2 i SIS II-modulet, punkt 2.1.2, 4.1 og 4.3 i de fælles bestemmelser og punkt 2.5.2 i de administrative retningslinjer). Det følger særligt af punkt 4.1 i de fælles bestemmelser, at de nationale grænseflader »skal installeres på selve brugerstederne«. Punkt 2.5.2 i de administrative retningslinjer bestemte, at »leveringsstederne for de ydelser i kontrakten, der er beregnet til brugerne (dvs. de nationale grænseflader), fastsættes ved kontraktens underskrivelse«.
- 85 Derudover har sagsøgeren i såvel sin begæring som ved retsmødet mere udførligt redegjort for årsagerne til, at installeringen af nationale grænseflader på nationalt plan er altafgørende.
- 86 På dette stadie kan Kommissionens svar på disse argumenter ikke fjerne unøjagtighederne i de tekniske bestemmelser, for så vidt de vedrører installeringsstedet for de nationale grænseflader.
- 87 Det kan derfor ikke udelukkes, at sagsøgerens fortolkning af de tekniske bestemmelser er korrekt, og at Steria/HP's bud således er i strid med udbudsbekendtgørelsens tekniske bestemmelser.

88 Det må herefter konkluderes, at betingelsen for fumus boni juris er opfyldt.

Uopsætteligheden

89 Som det er blevet pådømt i kendelsen afsagt af Domstolens præsident den 25. marts 1999, Willeme mod Kommissionen (sag C-65/99 P(R), Sml. I, s. 1857), er formålet med en sag om foreløbige forholdsregler ikke at sikre erstatning for et tab, men at sikre virkningen af dommen vedrørende sagens realitet. For at denne målsætning kan opfyldes, skal de begærede forholdsregler være uopsættelige, dvs. at det for at undgå et alvorligt og uopretteligt tab for sagsøgeren er nødvendigt at foreskrive dem og tillægge dem retsvirkninger før afgørelsen i hovedsagen (præmis 62). Den part, der har fremsat begæring om den foreløbige forholdsregel, skal dokumentere, at vedkommende ikke kan afvente afgørelsen i hovedsagen uden at blive påført en alvorlig og uoprettelig skade (kendelse afsagt af Rettens præsident den 20.7.2000, sag T-169/00 R, Esedra mod Kommissionen, Sml. II, s. 2951, præmis 43).

90 I dette tilfælde har sagsøgeren gjort gældende, at den skade, der er blevet påført sagsøgeren som følge af, at denne ikke fik tildelt den pågældende kontrakt er uoprettelig, idet annullationen af beslutningen af 13. september 2004 og af beslutningen af 22. oktober 2004 ikke vil have nogen effektiv virkning, hvis ikke der træffes foreløbige forholdsregler.

91 Denne argumentation kan ikke tiltrædes.

- 92 For det første er det, i modsætning til hvad sagsøgeren har hævdet, på ingen måde godtgjort, at kontrakten vil blive tildelt sagsøgeren, selv om Retten måtte annullere de nævnte beslutninger. I den forbindelse har sagsøgeren, ganske som tilslagsmodtager, budt en pris lig med nul for en del af projektet, nærmere bestemt del 8. Derfor var sagsøgerens bud umiddelbart behæftet med en fejl svarende til fejlen i tilslagsmodtagers bud.
- 93 Dernæst kan det ikke sluttes, således som sagsøgeren har gjort gældende, at sagsøgerens interesser ikke beskyttes tilstrækkeligt i tilfælde af Rettens annullation af beslutningen af 13. september 2004 og af beslutningen af 22. oktober 2004.
- 94 Det bemærkes for det første, at det ikke er korrekt, når det anførtes, at en skadeserstatning udgør den eneste mulighed for gennemførelsen af en annullationsdom.
- 95 Ifølge artikel 233 EF har den institution, fra hvilken en annulleret retsakt hidrører, pligt til at gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger. Det følger heraf, at den annullerende retsinstans ikke har kompetence til at fastsætte, hvorledes den institution, fra hvilken den annullerede retsakt hidrører, skal gennemføre retsafgørelsens opfyldelse (Domstolens kendelse af 26.10.1995, forenede sager C-199/94 P og C-200/94 P, Pevasa og Inpesca mod Kommissionen, Sml. I, s. 3709, præmis 24), og at Retten ikke kan foregribe de foranstaltninger, som kunne træffes som følge af en eventuel annullationsdom. Gennemførelsen af en annullationsdom afhænger ikke kun af den annullerede bestemmelse og rækkevidden af den pågældende dom, som skal vurderes i forhold til dens motiver (Domstolens dom af 26.4.1988, forenede sager 97/86, 193/86, 99/86 og 215/86, Asteris m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2181, præmis 27, og Rettens dom af 20.4.1999, forenede sager T-305/94 — T-307/94, T-313/94 — T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 931, præmis 184), men ligeledes af omstændighederne i hver enkelt sag, såsom tidspunktet for den anfægtede retsakts annullation eller de berørte tredjemænds interesser.

- 96 Ved en annullation af beslutningen af 13. september 2004 og af beslutningen af 22. oktober 2004 ville det tilkomme Kommissionen, under hensyn til omstændighederne i denne sag, at træffe de nødvendige foranstaltninger for på en passende måde at beskytte sagsøgerens interesser (jf. i den retning kendelse afsagt af Rettens præsident den 25.1994, sag T-108/94 R, Candiotte mod Rådet, Sml. II, s. 249, præmis 27, kendelsen i sagen Esedra mod Kommissionen, præmis 51, og i sagen TQ3 Travel Solutions Belgium mod Kommissionen, præmis 55).
- 97 I den sammenhæng skal det understreges, at sagsøgeren har anlagt sag og fremsat begæring om foreløbige forholdsregler efter afslutningen af den omstridte kontrakt, og at begæringen som følge heraf ikke har givet Retten mulighed for at forhindre underskrivelsen af denne kontrakt, hvorimod sagsøgeren kunne have anlagt sag med påstand om annullation af beslutningen af 13. september 2004, ledsaget af en begæring om foreløbige forholdsregler inden for de tre uger, som gik, fra Kommissionen den 30. september 2004 sendte sagsøgeren evalueringsrapporten, til kontrakten blev underskrevet den 22. oktober 2004. Det bemærkes dog, at Rettens kendelse om udsættelse som retssikrende foranstaltning (jf. præmis 15 ovenfor) på den ene side har medført, at gennemførelsen af den omstridte kontrakt er blevet udsat, og på den anden side, at Retten har accepteret at behandle hovedsagen efter hasteproceduren (jf. præmis 18 ovenfor), og at en dom følgelig vil blive afsagt snarest muligt (jf. vedrørende en lignende situation Rettens dom af 27.9.2002, sag T-211/02, Tideland Signal mod Kommissionen, Sml. II, s. 3781). Under disse omstændigheder kan det på ingen måde udelukkes, at Kommissionen vil skulle ophæve den omstridte kontrakt og gennemføre en ny udbudsprocedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, i hvilken sagsøgeren vil kunne deltage.
- 98 Det skal for det andet fastslås, at selv om Kommissionen beslutter at betale sagsøgeren erstatning og renter for det lidte tab, kan en sådan gennemførelse af en eventuel annullationsdom ifølge fast retspraksis anses for en tilstrækkelig genoprettelse. Som følge heraf ville sagsøgerens eventuelle skade ikke kunne betragtes som uoprettelig, når der senere kan betales økonomisk erstatning herfor (jf. kendelsen i sagen Esedra mod Kommissionen, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis, og kendelsen i sagen TQ3 Travel Solutions Belgium mod Kommissionen, præmis 43).

- 99 Selv om Kommissionen ikke frivilligt erstatter tabet, skal det under alle omstændigheder bemærkes, at sagsøgeren, i mangel af angivelser af det modsatte, ville kunne indgive et erstatningssøgsmål ved Retten, da tabet af en kontrakt udgør et tab, der økonomisk kan erstattes inden for rammerne af et søgsmål i henhold til artikel 288 EF (kendelsen i sagen Esedra mod Kommissionen, præmis 47, kendelse afsagt af Rettens præsident den 27.2.2002, sag T-132/01 R, Euroalliances m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 777, præmis 51-53, og kendelsen i sagen TQ3 Travel Solutions Belgium mod Kommissionen, præmis 45).
- 100 På baggrund af disse vurderinger må det konstateres, at situationen, der ligger til grund for denne sag, er grundlæggende forskellig fra den, der lå til grund for den nævnte kendelse i sagen Kommissionen mod Belgien, som sagsøgeren har påberåbt sig. I modsætning til det, der blev anført i sidstnævnte sag, kan det ikke i den foreliggende sag fastslås, at en afgørelse om realiteten ikke vil kunne genoprette den lidte skade for såvel Fællesskabets retsorden som for sagsøgeren, selv om afgørelsen skulle blive truffet under gennemførelsen af kontrakten.
- 101 Henset til det ovenfor anførte bemærkes, at begæringen om foreløbige forholdsregler i den foreliggende sag således kun kan begrundes under særlige omstændigheder, nemlig hvis det viser sig, at sagsøgeren, hvis sådanne forholdsregler ikke blev truffet, ville befinde sig i en situation, der kunne true selskabets eksistens eller ændre dets markedsposition på uoprettelig vis (jf. i samme retning kendelsen i sagen Esedra mod Kommissionen, præmis 45, og i sagen TQ3 Travel Solutions Belgium mod Kommissionen, præmis 46).
- 102 Det skal i den forbindelse bemærkes, at selv om sagsøgeren har gjort gældende, at sagsøgeren ville få tildelt denne kontrakt, har sagsøgeren derimod ikke gjort gældende, at beslutningerne af 13. september og 22. oktober 2004 har økonomiske

konsekvenser, der udgør en trussel mod selve sagsøgerens eksistens. Sagsøgeren har ikke fremsat et sådant argument og har ikke fremlagt nogen beviser vedrørende sin økonomiske situation, der kunne føre Retten til at fastslå, at sagsøgerens eksistens skulle være truet.

- 103 Den eneste reelle virkning, som sagsøgeren forbinder med gennemførelsen af beslutningen af 13. september 2004 og beslutningen af 22. oktober 2004, er således tabet af en større kontrakt og angivelige vanskeligheder ved i fremtiden at kunne afgive et hensigtsmæssigt bud i forbindelse med projekter, der er forbundet med den pågældende kontrakt. For så vidt som disse virkninger kunne antages at godtgøre, at det påståede tab er uopretteligt, giver sagsakterne imidlertid ikke mulighed for at vurdere deres reelle indvirkning på sagsøgerens situation. Sagsøgeren har navnlig ikke godtgjort, at denne kontrakt var nødvendig, eller at sagsøgeren for fremtiden ville være forhindret i at gennemføre andre projekter af samme omfang. Derudover har sagsøgeren ikke fremført beviser for, at sagsøgerens omdømme er krænket på en alvorlig og uoprettelig måde, og endog at en sådan krænkelse vil forhindre sagsøgeren i at deltage i Kommissionens fremtidige udbud i forbindelse med SIS II- og VIS-systemerne. Det skal i den forbindelse tilføjes, at deltagelsen i en offentlig udbudsprocedure, der i sig selv er stærkt konkurrencepræget, nødvendigvis indebærer risici for alle de bydende, og udelukkelse af en tilbudsgiver i medfør af udbudsreglerne er ifølge fast retspraksis ikke i sig selv på nogen måde skadelig og kan således ikke i princippet anses for en krænkelse af sagsøgerens omdømme (jf. i denne retning kendelsen afsagt af Domstolens præsident den 5.8.1983, sag 118/83 R, CMC mod Kommissionen, Sml. s. 2583, præmis 51, og kendelsen i sagen Esedra mod Kommissionen, præmis 48).
- 104 Under disse omstændigheder må det konkluderes, at det bevismateriale, som sagsøgeren har fremlagt, ikke udgør tilstrækkeligt bevis for, at sagsøgeren vil lide en alvorlig og uoprettelig skade, såfremt de foreløbige forholdsregler, der er fremsat begæring om, ikke foreskrives.
- 105 I lyset af det ovenfor anførte må det konkluderes, at kravet om uopsættelighed ikke er opfyldt, og at begæringen om foreløbige forholdsregler derfor ikke bør tages til følge.

På grundlag af disse præmisser bestemmer

RETTENS PRÆSIDENT

- 1) **Begæringen om foreløbige forholdsregler afvises.**
- 2) **Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.**

Luxembourg, den 31. januar 2005.

H. Jung

Justitssekretær

B. Vesterdorf

Præsident