



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

7. oktober 2015*

»Offentlige tjenesteydelseskontrakter — udbudsprocedure — levering af eksterne tjenesteydelser til program- og projektledelse og teknisk rådgivning på it-området — placering af en tilbudsgiver i en kaskadeprocedure — tildelingskriterier — lige muligheder — gennemsigtighed — åbenbart urigtigt skøn — begrundelsespligt — ansvar uden for kontraktforhold — fortabelse af mulighed«

I sag T-299/11,

European Dynamics Luxembourg SA, Ettelbrück (Luxembourg),

Evropaïki Dynamiki – Proigmaena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, Athen (Grækenland),

European Dynamics Belgium SA, Bruxelles (Belgien),

først ved advokaterne N. Korogiannakis og M. Dermitzakis, derefter ved advokat I. Ampazis,

sagsøgere,

mod

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved N. Bambara og M. Paolacci, som befuldmægtigede, bistået af advokaterne P. Wytinck og B. Hoorelbeke,

sagsøgt,

angående dels en påstand om annulation af afgørelse vedtaget af Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) som led i udbudsprocedure AO/021/10 »Eksterne tjenesteydelser til program- og projektledelse og teknisk rådgivning på it-området«, som blev meddelt til sagsøgerne ved skrivelse af 28. marts 2011, om at placere den første sagsøgers bud som den tredje kontrahent i rækkefølgen ved kaskademekanismen med henblik på tildelingen af en rammekontrakt, dels påstande om erstatning,

har

RETTEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Prek, og dommerne I. Labucka og V. Kreuschitz (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig S. Spyropoulos,

* Processprog: engelsk.

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 21. januar 2015,
afsagt følgende

Dom¹

Sagens baggrund

- 1 Sagsøgerne, European Dynamics Luxembourg SA, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE og European Dynamics Belgium SA, virker inden for sektoren for informationsteknologi og kommunikation og afgiver jævnligt bud som led i udbudsprocedurer, som iværksættes af Den Europæiske Unions institutioner og organer, herunder Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter: »Harmoniseringskontoret«).
- 2 Ved udbudsbekendtgørelse af 28. august 2010 offentliggjorde Harmoniseringskontoret i supplementet til *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2010/S 167 255574) et udbud med reference AO/021/10 med titlen »Eksterne tjenesteydelser til program- og projektledelse og teknisk rådgivning på it-området«, hvorefter den første sagsøger afgav et bud den 11. september 2010. Den kontrakt, der skulle tildeles, vedrørte eksterne tjenesteydelser til program- og projektledelse på it-området samt til teknisk rådgivning forbundet med alle typer informationssystemer og på alle teknologiske områder.

[udelades]

- 4 I henhold til udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.4 vedrørte udbuddet indgåelse af rammeaftaler af en maksimal varighed på fire år med maksimalt tre tjenesteydere. Udbudsspecifikationens punkt 14.2 (bilag I til udbudsmaterialet) præciserede i denne henseende, at rammeaftalerne skulle indgås i henhold til en såkaldt »kaskade«-mekanisme. Denne mekanisme indebærer, at hvis højest klassificerede tilbudsgiver ikke er i stand til at levere de krævede tjenesteydelser, vender Harmoniseringskontoret sig mod den næsthøjest klassificerede osv. Ifølge udbudsbekendtgørelsens punkt IV.2 skulle aftalen i øvrigt tildeles det tilbud, der var det økonomisk mest fordelagtige.
- 5 Med henblik på den tekniske vurdering indeholdt udbudsmaterialet en opfordring til tilbudsgiverne om at beskrive »de opgaver og aktiviteter, der skal udføres med henblik på at lede og gennemføre det projekt, der er omfattet af arbejdshypotese nr. 1«. Denne arbejdshypotese, der er angivet i bilag 18 til udbudsbetingelserne, tilsigtede Harmoniseringskontorets oprettelse af et »projekt for opbygning af et informationssystem«.
- 6 Med henblik herpå fremsattes i udbudsbetingelsernes punkt 13.3 fem kriterier, der var beskrevet således:
 - »[Tildelings]kriterium nr. 1: Tilbudsgiveren beskriver de opgaver og aktiviteter, som han vil gennemføre vedrørende projektledelsen, på grundlag af sin metodologi og erfaring, herunder bl.a. (men ikke udelukkende) følgende:
 - a) progressionskontrol [dvs. kontrol af arbejdets udvikling]
 - b) procedure for forvaltning af konkrete spørgsmål
 - c) procedure for forvaltning af ændringer

1 — Der gengives kun de præmisser i nærværende dom, som Retten finder det relevant at offentliggøre.

- d) forvaltning af eskalationsprocedurer
- e) program for erfaringsopgørelse
- f) kommunikationsplan
- g) godkendelsesprocedure for det produkt, der skal leveres

(40 point med en minimumsgrænse på 20 point).

- [Tildelings]kriterium nr. 2: Tilbudsgiveren beskriver de opgaver og aktiviteter, som han vil gennemføre vedrørende teknisk rådgivning, på grundlag af sin metodologi og erfaring, herunder bl.a. (men ikke udelukkende) følgende:

- a) opbygningsvurdering
- b) præstationsanalyse
- c) sikkerhedsvurdering
- d) integration af andre systemer

(30 point med en minimumsgrænse på 10 point).

- [Tildelings]kriterium nr. 3: den anslåede indsats, der er knyttet til hver opgave og aktivitet vedrørende projektledelse (10 point)
- [Tildelings]kriterium nr. 4: den anslåede indsats, der er knyttet til hver opgave og aktivitet vedrørende teknisk rådgivning (10 point)
- [Tildelings]kriterium nr. 5: planlægningen af gennemførelsen af alle disse opgaver og aktiviteter (med anvendelse af Microsoft Project eller et tilsvarende program) (10 point).«

[udelades]

- 8 Ved skrivelse af 28. marts 2011 oplyste Harmoniseringskontoret sagsøgerne om resultatet af udbudsprocedure AO/021/10 (herefter »tildelingsafgørelsen«) og meddelte dem, at den første sagsøger var blevet placeret som den tredje kontrahent i rækkefølgen, hvilket havde placeret denne som reservekontrahent i kaskaden.

[udelades]

- 11 Ved skrivelse af 11. april 2011 oplyste Harmoniseringskontoret den første sagsøger om navnene på de andre tilslagsmodtagere, der var blevet placeret som den første og anden kontrahent i rækkefølgen, nemlig for det første henholdsvis Consortium Unisys SLU og Charles Oakes & Co. Sàrl, med underkontrahenten Unisys Belgium SA, og for det andet ETIQ Consortium (by everis og Trasys). Denne skrivelse indeholdt endvidere en tabel, der angav de karakterer, som hver tilslagsmodtager havde opnået for de forskellige kriterier for teknisk kvalitet.
- 12 Det drejer sig om følgende tabel:

Kvalitativt kriterium	Consortium Unisys	ETIQ Consortium	European Dynamics
Kvalitativt kriterium 1 (40)	40,00	21,88	22,81
Kvalitativt kriterium 2 (30)	28,00	20,00	24,50
Kvalitativt kriterium 3 (10)	10	6	4
Kvalitativt kriterium 4 (10)	6	6	8
Kvalitativt kriterium 5 (10)	7	7	8
Point i alt (100)	91,00	60,88	67,31
Tekniske point i alt	99,86	66,80	73,87

- 13 Harmoniseringskontoret har endvidere i denne skrivelse anført årsagerne til, at det havde tildelt den første sagsøger de respektive antal point, som fremgår af den sidste kolonne i ovennævnte tabel for hvert relevant teknisk kvalitetskriterium. Hvad angår den første sagsøgers tredje, fjerde og femte begæring (jf. præmis 9 ovenfor) har Harmoniseringskontoret anført, at det i henhold til retningslinjerne for aktindsigt i dokumenter vedrørende offentlige udbud hverken kunne offentliggøre evalueringsrapporten, navnene på evalueringsudvalgets medlemmer eller de andre tilslagsmodtageres økonomiske bud.

[udelades]

- 19 Ved fælles skrivelse af 18. april 2011 meddelte sagsøgerne Harmoniseringskontoret, at de fandt, at den uklare og generelle begrundelse, som fremgik af skrivelsen af 11. april 2011, var utilstrækkelig og ikke gav dem mulighed for at udøve deres rettigheder. De har endvidere gentaget deres krav om bl.a. at få oplyst de andre tilbudsgiveres økonomiske bud samt en fuldstændig kopi af evalueringsrapporten. Sagsøgerne har desuden for hver af Harmoniseringskontorets vurderinger af de forskellige kriterier om teknisk kvalitet for deres bud givet en detaljeret beskrivelse af, hvorfor den ordregivende myndigheds vurdering efter deres opfattelse var mangelfuld og urigtig, henholdsvis behæftet med åbenbart urigtige skøn. Endelig har sagsøgerne opfordret Harmoniseringskontoret til at genoverveje resultatet af sin analyse, give dem detaljerede begrundelser for sine afgørelser og rette de anførte åbenbart urigtige skøn.
- 20 Ved skrivelse af 29. april 2011 har Harmoniseringskontoret meddelt sagsøgerne følgende tabel, der viser de point, som blev tildelt deres økonomiske bud samt de andre tilslagsmodtageres bud:

	Kriterium 1 (60)	Kriterium 2 (40)	I alt (100)	Økonomiske ressourcer
ETIQ Consortium (by everis og Trasys)	60,00	35,59	95,59	100,00
European Dynamics	40,00	40,00	80,00	83,69
Consortium Unisys SLU og Charles Oakes & Co Sàrl	34,14	38,61	72,75	76,11

Endvidere oplyste Harmoniseringskontoret hvad angår vurderingen af kriterierne om teknisk tildeling sagsøgerne om, at det de følgende arbejdsdage ville give dem et fyldestgørende svar.

[udelades]

- 22 Ved skrivelse af 2. maj 2011, som blev tilsendt ved fax af 12. maj 2011, gentog Harmoniseringskontoret i det væsentlige de vurderinger, der var indeholdt i dets skrivelse af 11. april 2011 hvad angår vurderingen af den første sagsøgers buds tekniske kvalitet.

[udelades]

- 28 Ved skrivelse af 13. maj 2011 bestred sagsøgerne Harmoniseringskontorets tilgang og anførte, at de nu var forpligtede til at indlede et søgsmål for Retten.

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 29 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 6. juni 2011 har sagsøgerne anlagt den foreliggende sag.
- 30 Da sammensætningen af Rettens afdelinger blev ændret, blev den refererende dommer tilknyttet Fjerde Afdeling, hvortil den foreliggende sag følgelig blev henvist.
- 31 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Fjerde Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.
- 32 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret mundtlige spørgsmål fra Retten under retsmødet den 21. januar 2015.
- 33 Under retsmødet har sagsøgerne dels givet afkald på deres fjerde anbringende om tilsidesættelse af bl.a. ligebehandlingsprincippet, artikel 93, stk. 1, litra f), artikel 94 og 96 i Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 af 25. juni 2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget (EFT L 248, s. 1, herefter »den generelle finansforordning«), som ændret ved Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1995/2006 af 13. december 2006 (EUT L 390, s. 1), og af artikel 133 og 134 i Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 2342/2002 af 23. december 2002 om gennemførelsesbestemmelser til [den generelle finansforordning] (EFT L 357, s. 1, herefter »gennemførelsesbestemmelserne«), dels deres påstand om erstatning for tab af den fortjeneste, der med rimelighed kunne forventes. I betragtning af kendelse af 12. september 2013, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod KHIM (T-556/11, Sml., EU:T:2013:514), har Harmoniseringskontoret endvidere tilbagetrukket sin formalitetsindsigelse vedrørende annullations- og erstatningspåstandene. Disse erklæringer er blevet tilført retsbogen.
- 34 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:
- Tilslagsafgørelsen, som blev meddelt ved skrivelse af 28. marts 2011, annulleres hvad angår placeringen af deres bud som den tredje kontrahent i rækkefølgen ved kaskademekanismen.
 - Alle Harmoniseringskontorets relaterede afgørelser, herunder dem, som tildeler den pågældende kontrakt til den første og den anden tilbudsgiver i rækkefølgen ved kaskademekanismen, annulleres.
 - Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagsøgerne erstatning for tab for fortabt mulighed og krænkelse af omdømme og troværdighed med 650 000 EUR.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

35 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

1. Om annullationspåstanden

Resumé af annullationsanbringenderne

36 Sagsøgerne har til støtte for deres annullationspåstand fremsat tre anbringender, efter at de gav afkald på det fjerde anbringende (jf. præmis 33 ovenfor).

37 Sagsøgerne har med deres første anbringende kritiseret Harmoniseringskontoret for at have tilsidesat den generelle finansforordnings artikel 100, stk. 2, første afsnit, og gennemførelsesbestemmelsernes artikel 149 samt begrundelsespligten som omhandlet i artikel 296, stk. 2, TEUF, idet det har afvist at give en tilstrækkelig forklaring og begrundelse for sin tilslagsafgørelse.

38 Sagsøgerne har med deres andet anbringende påberåbt sig en »tilsidesættelse af udbudsbetingelserne«, idet Harmoniseringskontoret til skade for sagsøgerne fastsatte nye tildelingskriterier, der ikke fremgik af disse udbudsbetingelser.

39 Sagsøgerne har med deres tredje anbringende kritiseret Harmoniseringskontoret for at have foretaget flere åbenbart urigtige skøn.

40 Retten finder det hensigtsmæssigt først at undersøge det andet anbringende, derefter det tredje anbringende og endelig det første anbringende.

Det andet anbringende om tilsidesættelse af kravene fastsat i udbudsbetingelserne

41 Som led i dette anbringende har sagsøgerne bl.a. i forhold til det første tildelingskriterium bestridt den komparative analyse af deres bud med de andre tilslagsmodtageres bud, som den ordregivende myndighed har fremlagt i sin skrivelse af 2. maj 2011. I denne skrivelse anføres det bl.a. herom, at »[de øvrige tilslagsmodtageres] bud, som for det første tildelingskriterium blev vurderet til meget gode, eller endda fremragende, udviste en »meget god anvendelse af Prince2-rammen ved først at forklare rammen«, inden de definerede den måde, hvorpå den skulle anvendes på Harmoniseringskontoret, hvorved disse bud dækkede både teoretiske og praktiske forhold ved anvendelsen af Prince2-rammen«. Det fremgår endvidere af samme skrivelse, at disse bud »identificerede forvaltningen af ændringer og kommunikation som de to væsentligste opgaver for dette projekts succes« (jf. præmis 23 ovenfor).

42 Det er i det væsentlige sagsøgernes opfattelse, at de ordregivende myndigheders vurdering ikke understøttes af udbudsbetingelserne og er støttet på forhold, herunder Prince2-metodologien, som tilbudsgiverne ikke blev gjort bekendt med i tide. Det følger heller ikke af udbudsbetingelserne, at de to underkriterier »forvaltning af ændringer« og »kommunikation« efter Harmoniseringskontorets opfattelse var de »væsentligste«. De ordregivende myndigheder har således efterfølgende indført et nyt kriterium og har tillagt de nævnte underkriterier en ny vægt.

- 43 Ifølge Harmoniseringskontoret er dette anbringende støttet på en urigtig læsning af skrivelsen af 2. maj 2011, som ikke angiver, at der indføres nye tildelingskriterier. For det første har Harmoniseringskontoret anført, at tilbudsgiverne i medfør af det første tildelingskriterium blev opfordret til at beskrive de opgaver og aktiviteter, som de ville udføre som led i projektledelsen. Prince2 var en af de metodologier, der var til rådighed, som sagsøgerne selv valgte med henblik herpå. Endvidere medfører den omstændighed, at de bedste bud »identificerede forvaltning af ændringer og kommunikation som de to væsentligste opgaver for dette projekts succes«, ikke, at der er indført et nyt tildelingskriterium, eller at der anvendes en afvejningsfaktor, som er fastsat efterfølgende, idet det i udbudsbetingelserne præciseres, at tilbudsgiverne skulle beskrive de opgaver og aktiviteter, de ville gennemføre som led i projektledelsen, herunder processer for forvaltning af ændringer og kommunikationsplaner. Der er ikke knyttet en bestemt note til disse underkriterier, og Harmoniseringskontoret har blot bekræftet, at de øvrige tilslagsmodtagere korrekt havde forstået, at forvaltningen af ændringer og kommunikation var de to væsentligste opgaver.
- 44 Det bemærkes, at den ordregivende myndighed er forpligtet til på alle stadier i en udbudsprocedure at overholde princippet om ligebehandling og følgelig chanceligheden for alle tilbudsgivere. Ligebehandlingsprincippet indebærer endvidere, at tilbudsgivere skal behandles lige, både når de udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene. Det betyder nærmere bestemt, at tildelingskriterierne skal angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen, således at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere at fortolke dem på samme måde, og at disse kriterier ved vurderingen af deres bud skal anvendes på en objektiv og ensartet måde over for alle tilbudsgivere (dom af 17.2.2011, Kommissionen mod Cypern, C-251/09, EU:C:2011:84, præmis 39 og 40; jf. ligeledes i denne retning dom af 25.10.2012, Astrim og Elyo Italia mod Kommissionen, T-216/09, EU:T:2012:574, præmis 35 og 36 og den deri nævnte retspraksis). Endvidere indebærer gennemsigtighedsprincippet, der i det væsentlige har til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side, og at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at det på den ene side gøres muligt for alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige tilbudsgivere at forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde, og at der på den anden side gives den ordregivende myndighed mulighed for effektivt at efterprøve, om de afgivne bud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt (jf. i denne retning dom Astrim og Elyo Italia mod Kommissionen, EU:T:2012:574, præmis 37, og dom af 16.9.2013, Spanien mod Kommissionen, T-402/06, Sml., EU:T:2013:445, præmis 67 og den deri nævnte retspraksis).
- 45 Hvad angår det første anbringende om, at Harmoniseringskontoret har anvendt et tildelingskriterium, der ikke er fastsat i udbudsbetingelserne, er det ganske vist korrekt, at Prince2-rammen eller -metodologien ikke udtrykkeligt er nævnt heri, idet det første tildelingskriterium bl.a. kræver, at »tilbudsgiveren beskriver de opgaver og aktiviteter, som han vil gennemføre vedrørende projektledelsen på grundlag af sin metodologi og erfaring«. Det følger ikke desto mindre for det første klart af den første sagsøgers bud, at den metodologi, der blev foreslået heri, er »støttet på metoden for ledelse af OGC's Prince2-projekt, som henhører under bedste praksis og benyttes i vidt omfang på internationalt plan og ligeledes anvendes til at definere tilgangen i projekter inden for ITIL-rammen«, og at denne metode »er den mest anvendte metodologi for dette projekt«. For det andet står det fast, at de øvrige tilslagsmodtageres bud ligeledes er støttet på Prince2-metodologien, hvilket gav den ordregivende myndighed mulighed for at foretage den komparative analyse, der er omtalt ovenfor i præmis 41.
- 46 På den baggrund kan sagsøgernes anbringende om, at Harmoniseringskontoret efterfølgende har fastsat et nyt tildelingskriterium, nemlig Prince2-metodologien, som hverken var foreskrevet i udbudsbetingelserne eller meddelt tilbudsgiverne i tide, ikke tiltrædes. Harmoniseringskontorets vurdering af den første sagsøgers bud var nemlig åbenbart ledet af kriteriet »på grundlag af sin metodologi og erfaring«, hvilket ikke drages i tvivl ved den omstændighed, at denne metodologi i dette bud og i de øvrige tilslagsmodtageres bud netop svarede til Prince2-metodologien. Denne

omstændighed godtgør derimod i sig selv, at alle tilslagsmodtagerne havde forstået, at det første tildelingskriterium gav dem mulighed for at støtte deres bud på den nævnte metodologi. Den ordregivende myndighed kan således ikke kritiseres for at have sammenlignet de pågældende bud i betragtning af kriterierne ved denne metodologi, hvilket blot kunne lette sammenligningen af deres respektive kvaliteter og fremme den komparative vurderings objektivitet. Endelig skal der klart sondres mellem kravene i dette tildelingskriterium og dem, der fremgår af punkt 2.3 i bilag II til udbudsbetingelserne, hvorefter »[d]en af [Harmoniseringskontoret] anvendte metodologi til projektledelse er en personaliseret tilpasning af Prince2«, hvori det er klart anført, at den »[først] stilles kontrahenten til rådighed ved indledningen af rammekontrakten«, hvorfor den ikke kunne udgøre en model, som tilbuddene skulle tilpasses.

- 47 Følgelig skal det første anbringende forkastes som ugrundet.
- 48 Hvad angår det andet klagepunkt finder Retten, at sagsøgerne med føje har gjort gældende, at den ordregivende myndighed rent faktisk tillagde underkriterierne »forvaltning af ændringer« og »kommunikation« større vægt end de andre underkriterier, der var fremført inden for det første tildelingskriterium. Den utvetydige begrundelse i Harmoniseringskontorets skrivelse af 2. maj 2011, hvorefter de øvrige tilslagsmodtagers bud »identificerede forvaltningen af ændringer og kommunikation som de to væsentligste opgaver for dette projekts succes«, kan nemlig ikke forstås anderledes. Det godtgør, at den ordregivende myndighed har bekræftet den af de andre tilslagsmodtagere foreslåede tilgang, idet den har støttet sig på en vægtning af disse underkriterier, som ikke fremgår af det første tildelingskriteriums ordlyd. Under hensyn til den ovenfor i præmis 44 nævnte retspraksis har den ordregivende myndighed ikke ret til at anvende bestemmelser om vægtning eller underkriterier, som ikke forudgående er bragt til tilbudsgivernes kundskab (jf. i denne retning dom af 24.1.2008, Lianakis m.fl., C-532/06, Sml., EU:C:2008:40, præmis 38).
- 49 Det skal i den forbindelse præciseres, at »forvaltningen af ændringer« og »kommunikationsplanen« kun udgjorde to af i alt syv underkriterier, der var opstillet som ligeværdige og ikke-eksklusive som led i det første tildelingskriterium, nemlig progressionskontrol, proceduren for forvaltning af konkrete spørgsmål, proceduren for forvaltning af ændringer, forvaltning af fejlafhjælpningsprocedurer, program for erfaringsopgørelse, kommunikationsplan og godkendelsesprocedurer for det produkt, der skal leveres, for hvilke den ordregivende myndighed ville tildele maksimalt 40 point (jf. præmis 5 ovenfor). Det følger hverken af dette kriteriums ordlyd eller af andre vendinger i udbudsbetingelserne, at den ordregivende myndighed i givet fald og af ikke-offentliggjorte, specifikke årsager tilsigtede at tillægge disse underkriterier en anden betydning med henblik på projektfremlæggelsen nævnt i arbejdshypotese nr. 1, dvs. i forbindelse med vurderingen af de indgivne bud i betragtning af det første tildelingskriterium at tildele flere eller færre point, alt efter om disse bud lagde vægt på det ene eller andet af de nævnte underkriterier. Det forholder sig navnlig således med underkriterierne »forvaltning af ændring« og »kommunikationsplan«, hvorom det i udbudsbetingelserne ikke er anført, at den ordregivende myndighed anså dem for at udgøre »de to væsentligste opgaver for dette projekts succes«.
- 50 For det andet og i overensstemmelse med den generelle beskrivelse i udbudsbetingelserne af de betingelser, som tilbudsgiverne skulle opfylde, skulle de beskrive »de opgaver og aktiviteter, der skal udøves med henblik på at lede og gennemføre arbejdshypotese nr. 1«, der er angivet i bilag 18 til udbudsbetingelserne, og tilsigtede Harmoniseringskontorets oprettelse af et »projekt for opbygning af et informationssystem«. Det følger heraf, at beskrivelsen i de fremsatte bud af de opgaver og aktiviteter, hvad angår de forskellige underkriterier inden for det første tildelingskriterium, nødvendigvis vedrørte dette projekt, som pr. definition var det samme for alle tilbudsgiverne.
- 51 På den baggrund kan sætningen »identificerede forvaltningen af ændringer og kommunikation som de to væsentligste opgaver for dette projekts succes« kun forstås som at indebære en absolut og generel vurdering af værdien af den særlige betydning af underkriterierne »forvaltning af ændringer« og »kommunikationsplan« (»de væsentligste«) inden for rammerne af det projekt, som

Harmoniseringskontoret har planlagt i medfør af arbejdshypotese nr. 1 (»for dette projekts succes«), hvilket de andre tilslagsmodtageres bud tog hensyn til, og omvendt som en kritik af den første sagsøgers bud for ikke at have fulgt en tilsvarende tilgang, som den af disse tilslagsmodtagere fulgte desangående.

- 52 Harmoniseringskontoret har i den forbindelse i det væsentlige gjort gældende, at den ovennævnte begrundelse skal forstås som en vurdering af værdien af den gode kvalitet af buddene fra de andre tilslagsmodtagere, som var støttet på identificeringen af to bestemte underkriterier, nemlig »forvaltning af ændringer« og »kommunikation«, idet denne vurdering ikke kunne adskilles fra en særlig, forudgående og abstrakt vurdering af disse underkriterier i forhold til de øvrige fem underkriterier, som er opstillet under det første tildelingskriterium. Desuden, og uanset om det alene var på grundlag af de årsager, der er anført ovenfor i præmis 48-51, forekommer det ikke troværdigt, at den ordregivende myndighed ikke tildelte konkrete point, ud af de samlede tilgængelige 40 point, til de forskellige underkriterier, som var omfattet heraf (jf. ligeledes præmis 93 og 94 nedenfor).
- 53 Det skal således fastslås, at den negative, komparative vurdering, som den ordregivende myndighed har givet af den første sagsøgers bud vedrørende dette punkt, ikke finder støtte i det første tildelingskriteriums ordlyd. Den afvejning, der ligger til grund for denne vurdering, fremgår navnlig ikke tilstrækkeligt klart, præcist og utvetydigt af dette kriterium, således at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere at forstå dets nøjagtige rækkevidde og fortolke det på samme måde. Harmoniseringskontoret har således ved i strid med de krav, der er fastsat i den ovenfor i præmis 44 og 48 nævnte retspraksis, at foretage en afvejning af de forskellige underkriterier inden for dette tildelingskriterium, som hverken var fastsat i udbudsbetingelserne eller meddelt tilbudsgiverne på forhånd, til skade for sagsøgerne tilsidesat princippet om lige muligheder og gennemsigtighedsprincippet.
- 54 Det andet klagepunkt må derfor tiltrædes.
- 55 Følgelig skal det andet anbringende delvist forkastes, delvist tiltrædes.

Det tredje anbringende om åbenbart urigtige skøn

Indledende bemærkninger

- 56 Sagsøgerne har gjort gældende, at de blotte mangelfulde oplysninger, som Harmoniseringskontoret har fremlagt, afslører talrige alvorlige fejl og åbenbart urigtige skøn, uden hvilke den første sagsøgers bud kunne være placeret som den første kontrahent i rækkefølgen ved kaskademekanismen. Det er sagsøgernes opfattelse, at disse fejl gør den ordregivende myndigheds vurdering ugyldig i forhold til hvert tildelingskriterium, der er fastsat i udbudsbetingelserne. Sagsøgerne har i den sammenhæng bl.a. bestridt de negative kommentarer, der er fremsat i Harmoniseringskontorets skrivelser af 11. april og 2. maj 2011.
- 57 Hvad angår den ordregivende myndigheds vurdering af det første tildelingskriterium har sagsøgerne påberåbt sig 11 klagepunkter, som nedenfor behandles enten individuelt eller, når de overlapper hinanden, samlet. Det bemærkes i den forbindelse, at dette tildelingskriterium krævede, at tilbudsgiver beskriver »de opgaver og aktiviteter, som han vil gennemføre vedrørende projektledelsen på grundlag af sin metodologi og erfaring«, hvilket bl.a., men ikke udelukkende, skulle omfatte syv underkriterier, nemlig progressionskontrol, procedure for forvaltning af konkrete spørgsmål, procedure for forvaltning af ændringer, forvaltning af eskalationsprocedurer, program for erfaringsopgørelse, kommunikationsplan og godkendelsesprocedure for det produkt, der skal leveres (jf. præmis 5 ovenfor).

- 58 Det skal endvidere fremhæves, at den ordregivende myndighed har et vidt skøn i relation til de faktorer, der skal tages i betragtning i forbindelse med en afgørelse om indgåelse af en aftale efter et udbud, og at Rettens kontrol skal begrænse sig til en efterprøvelse af, om procedurereglerne og reglerne om begrundelsespligt er overholdt, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et alvorligt åbenbart fejlskøn eller magtfordrejning (jf. dom af 23.11.2011, bpost mod Kommissionen, T-514/09, EU:T:2011:689, præmis 121 og den deri nævnte retspraksis).

Om de angivelige, åbenbart urigtige skøn forbundet med det første tildelingskriterium [*udelades*]

– Det sjette klagepunkt

- 81 Med det sjette klagepunkt har sagsøgerne bestridt Harmoniseringskontorets vurdering, hvorefter en programleder, hovedprojektleder og projektleder ikke var nødvendige for hvert projekt. I betragtning af kravene i arbejdshypotese nr. 1 har sagsøgerne i deres buds kapitel 2 og 4 på grundlag af deres erfaring, som krævet i udbudsbetingelserne, fremsat og begrundet deres forslag om at oprette et projektkontor, som omfatter en programleder og en hovedprojektleder.
- 82 Det bemærkes, at Harmoniseringskontoret i sin skrivelse af 11. april 2011 bemærkede, at »projekterne fremsat i [sagsøgernes] bud ikke alle kræver en programleder, hovedprojektleder og projektleder«. Harmoniseringskontoret har i sine processkrifter for Retten bekræftet, at sagsøgerne med urette formodede, at Harmoniseringskontoret ledede alle sine projekter som led i det samme program, hvilket førte dem til at foreslå en løsning med en programleder, hovedprojektleder og projektleder for hvert projekt. Den begrænsede størrelse og rækkevidde af det projekt, der skulle benyttes som eksempel, nemlig arbejdshypotese nr. 1, begrundede ikke anvendelse af disse tre profiler.
- 83 Det bemærkes i den forbindelse, at det fremgår af den generelle beskrivelse i udbudsbetingelserne af de betingelser, som tilbudsgiverne skulle opfylde, at disse skulle beskrive »de opgaver og aktiviteter, der skal udøves med henblik på at lede og gennemføre det projekt, der er omfattet af arbejdshypotese nr. 1«. Endvidere begrænsede arbejdshypotese nr. 1, der er angivet i bilag 18 til udbudsbetingelserne, sig til at fremlægge et enkelt »projekt for opbygning af et informationssystem«, og ikke et program, der omfattede alle de forskellige projekter af denne art, hvorfor den ordregivende myndighed med føje kunne kritisere sagsøgernes forslag om en programleder.
- 84 Det fremgår derimod ikke af udbudsbetingelserne med den i henhold til den ovenfor i præmis 44 nævnte retspraksis krævede klarhed og præcision, navnlig af det første tildelingskriterium og definitionen af arbejdshypotese nr. 1, at Harmoniseringskontoret havde til hensigt at opfordre tilbudsgiverne til at fremlægge en løsning, der ikke omfattede profilerne hovedprojektleder og projektleder, som sagsøgerne har foreslået. Harmoniseringskontoret har heller ikke forklaret årsagerne til, at forslaget om disse profiler er uforeneligt med arbejdshypotese nr. 1. Harmoniseringskontoret har i modsætning til sit forsvar mod det første til femte klagepunkt endelig ikke gjort gældende, at sagsøgerne på dette punkt afveg fra Prince2-metodologien. I betragtning af udbudsbetingelsernes manglende præcision herom bemærkes, at sagsøgerne i medfør af det første tildelingskriterium frit kunne fremlægge de opgaver og aktiviteter, der skulle gennemføres inden for projektledelse, på grundlag af deres egen metodologi og erfaring.
- 85 Under hensyn til bl.a. denne mangel på præcision i udbudsbetingelserne samt til evalueringsudvalgets kortfattede og vage afgørelse, er det hverken muligt for sagsøgerne eller Retten at efterprøve plausibiliteten af den kritik, som er fremsat hvad angår omfattelsen af en hovedprojektleder og en projektleder og dermed at behandle spørgsmålet, om kritikken er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.

86 På den baggrund skal det fastslås, at der foreligger en begrundelsesmangel på dette punkt som omhandlet i artikel 296, stk. 2, TEUF, sammenholdt med den generelle finansforordnings artikel 100, stk. 2 (jf. præmis 125-135 nedenfor).

– Det ottende klagepunkt

87 Med det ottende klagepunkt har sagsøgerne bestridt evalueringsudvalgets endelige kommentar som led i det første tildelingsanbringende, hvorefter »[den første sagsøgers] bud som helhed er meget operationelt i stedet for strategisk og fokuserer på en anden type projektleder end den af Harmoniseringskontoret forudsatte«. Denne kommentar er vilkårlig og understøttes ikke af udbudsbetingelserne. Den første sagsøgers bud opfylder alle betingelserne i udbudsbetingelserne og god praksis inden for sektoren for projektledelse, dvs. Prince2. Sagsøgerne har i den forbindelse henvist til punkt 4.1.1 i deres bud med titlen »Organisationens struktur«, hvori foreslås en samlet og centraliseret struktur, inden for hvis rammer et projektkontor leder, forvalter, kontrollerer og følger alle projekter, herunder uafhængige projekter som det af arbejdshypotese nr. 1 omfattede, eller projekter, der er en del af et program. Programlederen vil være medlem af projektkontoret og har et samlet overblik, mens vedkommende udøver en generel kontrol over alle de projekter og programmer, der gennemføres i medfør af rammekontrakten, for således at sikre, at de ledes effektivt, homogent og passende. Følgelig har Harmoniseringskontoret ved at straffe den første sagsøgers bud på grundlag af en betingelse, som ikke er fastsat i udbudsbetingelserne, nemlig den omstændighed, at »Harmoniseringskontoret ledede alle sine projekter inden for et og samme program«, begået et åbenbart urigtigt skøn.

88 Harmoniseringskontoret har herom for Retten blot anført det argument, der er nævnt ovenfor i præmis 82. I lighed med betragtningerne fremført ovenfor i præmis 84 skal det bemærkes, at når der ikke er fastsat tilstrækkeligt klare og præcise kriterier i udbudsbetingelserne, er evalueringsudvalgets endelige kommentar, navnlig den vage kritik om, at Harmoniseringskontoret forudsatte en »anden type projektleder«, ikke forståelig, hvorfor hverken sagsøgerne eller Retten kan efterprøve plausibiliteten heraf og dermed spørgsmålet, om denne kritik er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn eller ej. Dette gælder så meget desto mere, når tilbudsgiverne i medfør af det første tildelingskriterium skulle beskrive de opgaver og aktiviteter, som skulle gennemføres inden for projektledelse, på grundlag af deres egen metodologi og erfaring og dermed ikke på grundlag af Harmoniseringskontorets eventuelle praksis og erfaring, som ikke er beskrevet i udbudsbetingelserne.

89 På den baggrund skal det fastslås, at der foreligger en begrundelsesmangel på dette punkt som omhandlet i artikel 296, stk. 2, TEUF, sammenholdt med den generelle finansforordnings artikel 100, stk. 2 (jf. præmis 125-135 nedenfor).

– Det 9.-11. klagepunkt

90 Med det 9.-11. klagepunkt har sagsøgerne i det væsentlige bestridt Harmoniseringskontorets angiveligt mangelfulde, undvigende og vage svar i sin skrivelse af 2. maj 2011, bl.a. hvad angår pointgivningen og den komparative vurdering af deres bud ud fra det første tildelingskriterium i forhold til de andre tilbudsgiveres bud. Harmoniseringskontoret har blot vagt anført, at de to andre bud blev anset for bedre, for så vidt som de indeholdt hvert »teoretisk og praktisk aspekt ved anvendelsen af Prince2-rammen« og »identificerede forvaltningen af ændringer og kommunikation som de to væsentligste opgaver for dette projekts succes«. Sagsøgerne har imidlertid i punkt 2.1.1 og 2.1.2 i deres bud også selv beskrevet Prince2-metodologiens teoretiske og praktiske aspekter til projektledelse og givet et detaljeret forslag til opgaverne med forvaltning af ændringer og kommunikation, som skal finde anvendelse i Harmoniseringskontorets projekt. Endvidere har sagsøgerne i buddets punkt 2.2-2.11 givet en detaljeret fremlæggelse af de praktiske aspekter ved anvendelsen af deres metodologiske tilgang støttet på Prince2 til projektledelse og for at gennemføre projektledelsesopgaver i medfør af arbejdshypotese nr. 1. På samme måde beskrives i dette buds punkt 2.5 omhyggeligt den

tilgang, der skal følges for at forvalte ændringer, og i dets punkt 2.10 og 2.8 fremlægges kommunikationsplanen og de foreslåede eskalationsprocedurer, uden at Harmoniseringskontoret i den forbindelse har forklaret de angivelige mangler eller de andre buds angiveligt bedre indhold (niende klagepunkt). Det første tildelingskriterium kræver endvidere ikke, at vigtigheden af de foreslåede opgaver inden for projektledelse specificeres, hvilket var i strid med god praksis og fast metodologi på internationalt plan. Under alle omstændigheder har sagsøgerne fremlagt en metodologi til projektledelse, som er meget veldefineret, sammenhængende og stærkt struktureret, idet det foreskriver, at procedurerne, aktiviteterne og opgaverne med projektledelse alle er væsentlige med henblik på projektets succes (10. klagepunkt). Endelig har Harmoniseringskontoret ikke begrundet den meget lave pointtildeling på 22,81, som den første sagsøgers bud blev tildelt, mens den tilbudsgiver, der blev placeret som den første kontrahent i rækkefølgen, opnåede de maksimale 40 point (11. klagepunkt).

- 91 Der skal først henvises til betragtningerne ovenfor i præmis 48-53 som svar på det andet anbringende, idet det fremhæves, at den negative, komparative vurdering af den første sagsøgers bud, hvorefter de andre tilslagsmodtageres bud »identificerede forvaltningen af ændringer og kommunikation som de to væsentligste opgaver for dette projekts succes«, er behæftet med en tilsidesættelse af princippet om lige muligheder og gennemsigtighedsprincippet, idet den ikke støttes af det første tildelingskriteriums ordlyd og dermed ikke viser en afvejning af de forskellige underkriterier inden for dette tildelingskriterium, som var meddelt tilbudsgiverne på forhånd. Det følger nødvendigvis heraf, at denne vurdering ikke er plausibel og ligeledes er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn ved afvejningen af disse underkriterier.
- 92 Endvidere har Harmoniseringskontoret under sagen hverken fundet det relevant at tage stilling til sagsøgernes grundige argumentation eller til den måde, hvorpå evalueringsudvalget nåede frem til en samlet score på 22,81 ud af i alt 40 point for den første sagsøgers bud, således som det er anført i Harmoniseringskontorets skrivelse af 2. maj 2011. Ikke desto mindre har Harmoniseringskontoret under retsmødet som svar på et præcist spørgsmål fra Retten grundlæggende forklaret, at vurderingsmændenes vurdering af den første sagsøgers bud i nærværende sag ikke fulgte af en matematisk formel, der medførte fratrækning af bestemte point pr. underkriterium eller for bestemte negative kommentarer, idet disse vurderingsmænd tildelte en samlet karakter for den generelle kvalitet af hele den del af buddet, der hører under det første tildelingskriterium. I den forbindelse skyldes fastsættelsen af en karakter med to cifre efter kommaet (22,81), at buddene blev evalueret af flere vurderingsmænd, hvis sammenlagte karakterer derefter blev divideret med antallet af de pågældende vurderingsmænd.
- 93 Retten finder, at disse forklaringer, som ikke fremgår af Harmoniseringskontorets skrivelse af 2. maj 2011, er fremsat for sent og ligeledes ikke er plausible. I den forbindelse skal Harmoniseringskontorets argument, hvorefter vurderingsmændene ikke knyttede tildelingen af bestemte point til de nævnte underkriterier, som var opstillet inden for dette tildelingskriterium, og hvorefter tilbudsgiverne maksimalt kunne opnå 40 point, når der ikke af udbudsbetingelserne følger præciseringer vedrørende den egentlige afvejning af de forskellige underkriterier inden for det første tildelingskriterier og Harmoniseringskontoret ikke har fremlagt dokumentation i den henseende, forkastes som utroværdigt. Som sagsøgerne har anført under retsmødet, forekommer det herefter heller ikke troværdigt, at vurderingsmændene ikke har haft afgang til en matematisk formel eller i det mindste tildelt dele af point pr. underkriterium med henblik på at evaluere buddene i medfør af dette tildelingskriterium. Selv om det forudsættes, at de samlede evalueringer divideres med det samlede antal vurderingsmænd, således som Harmoniseringskontoret har gjort gældende, var det, såfremt der ikke forelå en sådan matematisk tilgang eller tildeling af dele af point pr. underkriterium, ikke muligt at nå til en samlet karakter, der indebærer to cifre efter kommaet. Harmoniseringskontorets argument om, at det tildelte en samlet karakter for hele den del af den første sagsøgers bud, der hører under det første tildelingskriterium, kan derfor ikke tiltrædes.

- 94 Det skal fastslås, at Harmoniseringskontorets skrivelse af 2. maj 2011 ikke anfører nogen relevant forklaring desangående. I denne skrivelse konstateres det blot vagt, at »[de øvrige tilslagsmodtageres] bud, som for det første tildelingskriterium blev vurderet til meget gode, eller endda fremragende, udviste en meget god anvendelse af Prince2-rammen ved først at forklare rammen, inden de definerede den måde, hvorpå den skulle anvendes på Harmoniseringskontoret, hvorved disse bud dækkede både teoretiske og praktiske forhold ved anvendelsen af Prince2-rammen«. Endvidere har Harmoniseringskontoret heri blot bemærket, at disse bud »identificerede forvaltningen af ændringer og kommunikation som de to væsentligste opgaver for dette projekts succes«, for at konkludere, at »evalueringsudvalget ved sammenligningen fandt, at forslagene var af bedre kvalitet end [sagsøgernes]«. På baggrund af de upræcise og mangelfulde vurderinger, der er fremsat i denne skrivelse, som kun dækker visse underkriterier til det første tildelingskriterium og undlader at anføre den præcise pointtildeling, som den ordregivende myndighed planlagde at yde hvert underkriterium, samt udbudsbetingelsernes manglende oplysninger om vægtningen af disse underkriterier i den samlede afvejning, kan hverken sagsøgerne eller Retten forstå den måde, hvorpå den ordregivende myndighed som led i sine individuelle og komparative vurderinger af de afgivne bud tildelte de tilgængelige point inden for det første tildelingskriterium og dets forskellige underkriterier.
- 95 Ud over konstateringen af et åbenbart urigtigt skøn, som anført ovenfor i præmis 91, kan Retten følgelig ikke konkludere, om der foreligger sådanne åbenbare fejl i denne henseende, netop fordi tilslagsafgørelsen ikke indeholder en tilstrækkelig begrundelse som omhandlet i artikel 296, stk. 2, TEUF, sammenholdt med den generelle finansforordnings artikel 100, stk. 2 (jf. præmis 125-135 nedenfor).
- Foreløbig konklusion
- 96 Henset til de ovenstående betragtninger og med forbehold for vurderingen af det første anbringende om begrundelsesmangel skal det niende klagepunkt i dette led af det tredje anbringende, som vedrører det første bedømmelseskriterium, tiltrædes hvad angår det åbenbart urigtige skøn, der er fastslået ovenfor i præmis 91, idet dette led i øvrigt forkastes som ugrundet.

Om de angivelige åbenbart urigtige skøn vedrørende det andet tildelingskriterium

- 97 Sagsøgerne har bestridt den negative vurdering af deres bud i forhold til det andet tildelingskriterium, som den er anført i skrivelsen af 11. april 2011, hvorefter der ikke var »nogen prøve på det produkt, der skal leveres, med henblik på undersøgelse af tilfældet: daglig måling, register over konfigurationsforholdene, rapporter om hovedindikatorerne«. Til støtte for dette led har sagsøgerne for det første i det væsentlige gjort gældende, at Harmoniseringskontoret ikke har besvaret nogle af de begrundede anfægtelser, som de fremsatte herom ved deres skrivelse af 18. april 2011. I udbudsbetingelserne kræves nemlig ikke et sådant eksempel, men alene, at de opgaver og aktiviteter, der skal gennemføres inden for teknisk rådgivning, beskrives. For det andet indeholder punkt 6.2 i den første sagsøgers bud prøver på former og design, som anvendes til hvert produkt, der skal leveres, hvilket Harmoniseringskontoret til sidst har anerkendt. Disse design er udtømmende og tilstrækkeligt detaljerede, for så vidt som de nøjagtigt beskriver struktur, inddelinger og indhold af de ydelser, der skal leveres inden for rammerne af det hypotetiske scenario, der er anført i udbudsbetingelserne. For det tredje har Harmoniseringskontoret i sin skrivelse af 2. maj 2011 hverken forklaret, på hvilken måde de øvrige tilslagsmodtagere havde fremlagt meget gode prøver på de produkter, der skulle leveres, eller anført årsagerne til, at deres bud blev fundet af bedre kvalitet end sagsøgernes. De elementer, som Harmoniseringskontoret har anført, er ikke de produkter, der skal leveres, som henhører under leveringen af en tjenesteydelse med teknisk rådgivning, men alene de produkter, der skal leveres, som er forbundet med projektledelsen, og som foreslås af Prince2-metodologien. Under retsmødet har sagsøgerne tilføjet, at Harmoniseringskontoret, som anført i duplikken, som led i vurderingen af buddene inden for det andet tildelingskriterium afgav en positiv vurdering af de andre tilslagsmodtageres indgivelse af prøver på tidligere projekter, hvilket medførte dels en efterfølgende

indførelse af et nyt underkriterium, dels en ulovlig sammenblanding af udvælgelseskriteriet erfaring med det pågældende tildelingskriterium. Det følger imidlertid klart af udbudsbetingelsernes punkt 11, under overskriften »Afgivelse af prøver«, at »afgivelse af bud ikke er pålagt en forpligtelse til at indgive prøver«.

- 98 Harmoniseringskontoret har anført, at der ved begrebet »prøve«, som er anvendt i skrivelsen af 11. april 2011, i det væsentlige forstås »at give en fremstilling af« de foreslåede tjenesteydelser«. I den forbindelse kræves ved udbudsbetingelserne en beskrivelse af den måde, hvorpå opgaverne og aktiviteterne gennemføres, og dermed at der gives en tilstrækkelig fremstilling af tjenesteydelserne, som støttes af prøver på de nævnte tjenesteydelser, der leveres på grundlag af arbejdshypotese nr. 1. Den negative kommentar om, at den første sagsøgers bud kun indeholdt fem »ubruggede prøver«, beviser i sig selv dets ringere kvalitet, og at sagsøgerne var bevidste om, at det var nødvendigt at lade deres bud omfatte prøver på tjenesteydelser. Til forskel fra de prøver, som andre tilbudsgivere, herunder Accenture, der fik maksimumspoint på dette punkt, har fremlagt, var de prøver, som sagsøgerne fremlagde, ikke egnede til arbejdshypotese nr. 1. Under retsmødet har Harmoniseringskontoret anført, at det herved ikke vurderede tilbudsgivernes tidligere erfaring, men alene tog hensyn til den omstændighed, at de prøver, som var indgivet på produkter, der skulle leveres, havde en merværdi, for så vidt som de godtgjorde, at disse tilbudsgivere havde forstået Harmoniseringskontorets behov og det, der var nødvendigt.
- 99 Det bemærkes først, at det andet tildelingskriterium for det første foreskrev, at »tilbudsgiveren beskriver de opgaver og aktiviteter, som han vil gennemføre vedrørende teknisk rådgivning på grundlag af sin metodologi og erfaring, herunder bl.a. (men ikke udelukkende [...] [en] opbygningsvurdering, [en] præstationsanalyse, [en] sikkerhedsvurdering [og en i]ntegration af andre systemer«, og for det andet, at den første sagsøgers bud opnåede 24,5 point ud af i alt 30 point under dette tildelingskriterium, mens de andre tilslagsmodtagere fik tildelt henholdsvis 28 og 20 point.
- 100 Det skal endvidere fastslås, at den kritik, der er fremsat i Harmoniseringskontorets skrivelse af 11. april 2011, hvorefter den første sagsøgers bud ikke fremlagde »nogen prøve på det produkt, der skal leveres, med henblik på undersøgelse af tilfældet [...]«, er støttet på ubestridte faktiske omstændigheder, idet sagsøgerne blot har indgivet ubrugte prøver eller tomme modeller, som var vedlagt punkt 6.2 i deres bud.
- 101 Det følger imidlertid ikke af udbudsbetingelserne, herunder navnlig af det andet tildelingskriterium, at tilbudsgiverne enten formodedes at fremlægge »prøve[r] på det produkt, der skal leveres, med henblik på undersøgelse af tilfældet«, eller at den ordregivende myndighed kunne anse en sådan fremlæggelse for at udgøre en merværdi, således som Harmoniseringskontoret har gjort gældende under sagens behandling. Som sagsøgerne har gjort gældende, foreskrev udbudsbetingelsernes punkt 11, under overskriften »Afgivelse af prøver«, at »afgivelse af bud ikke er pålagt en forpligtelse til at indgive prøver«. I den forbindelse forkastes Harmoniseringskontorets utroværdige argument om, at der ved begrebet »prøve«, som er anvendt i skrivelsen af 11. april 2011, i det væsentlige forstås »at give en fremstilling« af de foreslåede tjenesteydelser, idet den negative kommentar om, at »[ingen] prøve på det produkt, der skal leveres, med henblik på undersøgelse af tilfældet, [...]«, kun kunne forstås således, at sagsøgerne ifølge den ordregivende myndighed havde undladt at fremlægge sådanne prøver. Endvidere fremgår årsagerne til, at den ordregivende myndighed fandt, at den første sagsøgers bud gav en utilstrækkelig fremlæggelse af elementerne »daglig måling, register over konfigurationsforholdene, rapporter om hovedindikatorerne«, ikke tilstrækkeligt præcist af denne skrivelse.
- 102 Disse betragtninger er tilstrækkelige til at konstatere, at den negative kommentar i Harmoniseringskontorets skrivelse af 11. april 2011 ikke har støtte i udbudsbetingelserne, og at den dermed er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn, uden at der er grundlag for at undersøge de øvrige klagepunkter, som sagsøgerne har påberåbt sig i den sammenhæng.

- 103 Dette anbringendes led om vurderingen af den første sagsøgers bud i forhold til det andet tildelingskriterium skal derfor tiltrædes.

De angivelige åbenbart urigtige skøn i forbindelse med det tredje tildelingskriterium

- 104 Det bemærkes, at det tredje tildelingskriterium krævede, at tilbudsgiverne fastslog »den anslåede indsats, der er knyttet til hver opgave og aktivitet med projektledelse«, og at den første sagsøgers bud i den forbindelse kun blev tildelt fire point ud af i alt ti point. Harmoniseringskontoret har til støtte for denne karakter i sin skrivelse af 11. april 2011 hvad angår de negative aspekter anført, at »et projekt, som ikke er knyttet til et program (i lighed med arbejdshypotese nr. 1), ikke behøver nogen programleder, tilstedeværelsen af for store almindelige omkostninger, den anslåede indsats, der er knyttet til projektledelse, udgør 24% af den samlede indsats, der er knyttet til arbejdshypotese nr. 1«. I sin skrivelse af 2. maj 2011 anførte Harmoniseringskontoret endvidere, at »de bedre bud ikke knyttede en indsats til en programleder og dermed berettigede dette punkt«, og at »evalueringsudvalget ved sammenligningen [havde] foretrukket denne tilgang og givet den en bedre karakter«.

[udelades]

- 107 Hvad først og fremmest angår beregningsfejlen eller den urigtige vurdering af de faktiske omstændigheder hvad angår den anslåede indsats, der er knyttet til programledelse, nemlig 12% i stedet for 24%, bemærkes, at Harmoniseringskontoret allerede under udbudsproceduren erkendte, at der forelå en sådan fejl, og under sagens behandling fremlagde en intern note af 24. april 2011, som viste de alternative beregninger, der gav mulighed for at finde, at den første sagsøger selv uden beregningsfejlen, eller såfremt dennes bud var blevet tildelt de maksimale 10 point, ville være blevet placeret som den tredje kontrahent i rækkefølgen ved kaskademekanismen. Sådanne simple faktuelle fejl eller beregningsfejl kan ikke påvirke resultatet af en procedure og kan ikke begrunde, at den anfægtede retsakt annulleres (jf. i denne retning dom af 19.10.2005, Freistaat Thüringen mod Kommissionen, T-318/00, Sml., EU:T:2005:363, præmis 191 og den deri nævnte retspraksis, og af 19.3.2010, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, T-50/05, Sml., EU:T:2010:101, præmis 159).
- 108 Følgelig kan denne ubestridte, faktuelle fejl ikke give grundlag for, at der fastslås en ulovlighed, som begrundes, at tilslagsafgåelsen annulleres.

[udelades]

- 111 Følgelig skal klagepunkterne rettet mod den ordregivende myndigheds vurdering inden for det tredje tildelingskriterium forkastes i det hele.

[udelades]

Konklusion om det tredje anbringende

- 121 Det følger af de ovenstående betragtninger, at med forbehold for vurderingen af det første anbringende om en begrundelsesmangel tiltrædes dels det første leds niende klagepunkt om det første bedømmelseskriterium, for så vidt angår de åbenbart urigtige skøn, der er konstateret ovenfor i præmis 91, dels det andet led om det andet tildelingskriterium i sin helhed (jf. præmis 97-103 ovenfor) og i øvrigt forkastes det tredje anbringende.

Det første anbringende om begrundelsesmangler

- 122 Sagsøgerne har med deres første anbringende påberåbt sig flere tilsidesættelser af den generelle finansforordnings artikel 100, stk. 2, og gennemførelsesbestemmelsernes artikel 149 samt begrundelsespligten som omhandlet i artikel 296, stk. 2, TEUF.
- 123 Sagsøgerne har i den sammenhæng anmodet Retten om at pålægge Harmoniseringskontoret at fremlægge de fuldstændige og ikke-fortrolige udgaver af de andre tilslagsmodtageres bud samt hele evalueringsrapporten, herunder kommentarerne vedrørende disse bud. Sagsøgerne har endvidere i det væsentlige gjort gældende, at uddragene af evalueringsrapporten, der indeholder vurderingen af deres bud, som følge af deres mangelfulde og vage karakter er behæftet med en begrundelsesmangel, som hindrer dem i effektivt at gøre deres rettigheder gældende, og i hvert fald delvist gør Rettens legalitetskontrol umulig. Dette er navnlig rigtigt hvad angår de mangelfulde og utilstrækkelige argumenter, som er fremført i Harmoniseringskontorets skrivelse af 2. maj 2011, som skulle anses for at begrunde den komparative vurdering af den første sagsøgers bud med de øvrige tilslagsmodtageres bud.
- 124 Harmoniseringskontoret har bestridt disse argumenter og gjort gældende, at sagsøgernes begæring om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse forkastes.
- 125 Det bemærkes i den forbindelse, at eftersom EU's institutioner, organer og myndigheder som ordregivende myndigheder råder over et vidt skøn, må der lægges endnu større vægt på overholdelsen af de garantier, som Unionens retsorden giver med hensyn til den administrative sagsbehandling. Disse garantier omfatter bl.a. kravet om, at den kompetente institution forsyner sine afgørelser med en tilstrækkelig begrundelse. Kun under disse omstændigheder kan EU's retsinstanser efterprøve, om de faktiske og retlige omstændigheder, der har betydning ved udøvelsen af skønnet, forelå (dom af 21.11.1991, Technische Universität München, C-269/90, Sml., EU:C:1991:438, præmis 14, af 20.5.2009, VIP Car Solutions mod Parlamentet, T-89/07, Sml., EU:T:2009:163, præmis 61, og af 12.12.2012, Evropaïki Dynamiki mod EFSA, T-457/07, EU:T:2012:671, præmis 42).
- 126 Begrundelsespligten i henhold til artikel 296, stk. 2, TEUF indebærer, at begrundelsen klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som er lagt til grund af ophavsmanden til retsakten, dels således at de berørte personer kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder, dels således at Domstolen og Retten kan udøve deres prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal i øvrigt fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, arten af de anførte grunde samt den interesse, som adressater samt andre, der må anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen (jf. dom af 21.2.2013, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, T-9/10, EU:T:2013:88, præmis 25 og 26 og den deri nævnte retspraksis). Begrundelsespligten udgør endvidere et væsentligt formkrav, som skal adskilles fra spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsen er materielt rigtig, hvilket henhører under realiteten for så vidt angår den omtvistede retsakts lovlighed (jf. dom af 22.5.2012, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, T-17/09, EU:T:2012:243, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).
- 127 Inden for indgåelsen af offentlige kontrakter fastsætter den generelle finansforordnings artikel 100, stk. 2, første afsnit, samt gennemførelsesbestemmelsernes artikel 149, stk. 3, de betingelser, hvorunder den ordregivende myndighed opfylder sin begrundelsespligt i forhold til tilbudsgiverne.
- 128 I henhold til den generelle finansforordnings artikel 100, stk. 2, første afsnit, »[skal] [d]en ordregivende myndighed [...] oplyse alle ansøgere og tilbudsgivere, hvis ansøgning eller bud er blevet afvist, om årsagen hertil, og den skal oplyse alle tilbudsgivere, der har fremsat et forskriftsmæssigt bud, og som skriftligt anmoder herom, om de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte bud, samt opgive navnet på ordremodtageren«.

- 129 Det fremgår i denne henseende af fast retspraksis, at det i henhold til denne bestemmelse ikke kan kræves af den ordregivende myndighed, dels at denne foruden begrundelsen for indplaceringen af et bud, der ikke vælges, også fremsender et detaljeret resumé til tilbudsgiver, der har afgivet nævnte bud, således at hver enkelt detalje i dette bud tages i betragtning ved bedømmelsen af budet, dels at den som led i meddelelsen af de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte bud, foretager en nøje komparativ analyse af dette bud og den afviste tilbudsgivers bud. Den ordregivende myndighed er heller ikke forpligtet til at udlevere en fuldstændig kopi af evalueringsrapporten til den afviste tilbudsgiver, når denne har anmodet skriftligt herom (dom af 4.10.2012, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, C-629/11 P, EU:C:2012:617, præmis 21-23, samt kendelse af 20.9.2011, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, C-561/10 P, EU:C:2011:598, præmis 27, og af 29.11.2011, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, C-235/11 P, EU:C:2011:791, præmis 50 og 51). Ikke desto mindre efterprøver EU's retsinstanser, om den metode, som den ordregivende myndighed har anvendt til den tekniske vurdering af buddene, er anført klart i udbudsbetingelserne, herunder de forskellige tildelingskriterier, deres respektive vægt under vurderingen, dvs. i beregningen af den samlede score, samt det laveste og højeste antal point for hvert kriterium (jf. i den retning dom *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, EU:C:2012:617, præmis 29).
- 130 Det fremgår endvidere af retspraksis, at når den ordregivende myndighed efter at have modtaget en anmodning om yderligere oplysninger om en tilslagsafgørelse fremsender en skrivelse, før der indbringes et søgsmål, men efter det i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 149, stk. 3, fastsatte tidspunkt, kan denne skrivelse også tages i betragtning ved prøvelsen af, om begrundelsen var tilstrækkelig i det pågældende tilfælde. Begrundelseskravet skal nemlig vurderes under hensyn til de oplysninger, sagsøgeren rådede over på det tidspunkt, hvor søgsmålet blev indbragt, idet institutionen dog ikke har ret til at lade en helt ny begrundelse træde i stedet for den oprindelige (jf. i denne retning dom *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i præmis 126, EU:T:2013:88, præmis 27 og 28 og den deri nævnte retspraksis).
- 131 Det bemærkes indledningsvis, at den ordregivende myndighed i medfør af den ovenfor i præmis 129 nævnte retspraksis hverken er forpligtet til at give den afviste tilbudsgiver indsigt i den fuldstændige udgave af budet fra den tilbudsgiver, der har fået tildelt den pågældende kontrakt, eller i evalueringsrapporten. Endvidere er det i nærværende sag i lyset af parternes skriftlige indlæg, sagsakterne og resultatet af retsmødet Rettens opfattelse, at den er tilstrækkeligt informeret til at kunne træffe afgørelse i denne sag (jf. i denne retning dom af 16.11.2006, *Peróxidos Orgánicos mod Kommissionen*, T-120/04, Sml., EU:T:2006:350, præmis 80), hvorfor der ikke er grundlag for at efterkomme sagsøgernes begæring om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse (jf. i denne retning dom af 24.9.2009, *Erste Group Bank m.fl. mod Kommissionen*, C-125/07 P, C-133/07 P og C-137/07 P, Sml., EU:C:2009:576, præmis 319, og kendelse af 10.6.2010, *Thomson Sales Europe mod Kommissionen*, C-498/09 P, EU:C:2010:338, præmis 138).
- 132 Hvad angår de grunde, som Harmoniseringskontoret har fremsat senere, nemlig i sine skrivelser af 11. april og 2. maj 2011, er det ikke bestridt, at disse skrivelser som sådan udgør et supplement til tilslagsafgørelsens begrundelse i henhold til den generelle finansforordnings artikel 100, stk. 2, første afsnit, samt gennemførelsesbestemmelsernes artikel 149, stk. 3, som Retten kan tage hensyn til. Selv om Harmoniseringskontorets skrivelse af 2. maj 2011 først blev tilsendt sagsøgerne ved telefax af 12. maj 2012, dvs. efter at fristen fastsat i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 149, stk. 3, som regnes fra sagsøgernes første begæring, der var fremsat den 30. marts 2011, var udløbet, kan der under alle omstændigheder tages hensyn til denne skrivelse ved undersøgelsen af, om tilslagsafgørelsens begrundelse var tilstrækkelig (jf. den i præmis 130 ovenfor nævnte retspraksis).
- 133 Det skal således undersøges, om og i hvilket omfang disse skrivelser er behæftet med begrundelsesmangler, netop fordi sagsøgerne ikke kunne få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kunne forsvare deres rettigheder, og således at EU's retsinstanser kunne udøve deres prøvelsesret.

- 134 Det skal i den forbindelse bemærkes, at Retten som led i vurderingen af det tredje anbringende hvad angår det sjette og ottende til ellevte klagepunkt samt leddet vedrørende det fjerde tildelingskriterium ikke kan foretage en legalitetskontrol af realiteten i tilslagsafgørelsen, for så vidt som den er støttet på en individuel og komparativ vurdering af buddene i forhold til de pågældende tekniske tildelingskriterier. De anfægtede vurderinger udgjorde grundlæggende forhold i begrundelsen, der var nødvendige for at forstå de betingelser, der fulgte af udbudsbetingelserne, herunder visse underkriteriers relative vægt og den ordregivende myndigheds individuelle og komparative vurdering af buddene i den henseende (jf. præmis 81-86, 87-89 og 90-95 ovenfor).
- 135 Det følger heraf, at tilslagsafgørelsen er behæftet med flere begrundelsesmangler som omhandlet i den generelle finansforordnings artikel 100, stk. 2, sammenholdt med artikel 296, stk. 2, TEUF, og at det første anbringende skal tiltrædes.

Konklusion om annullationspåstanden

- 136 På baggrund af de ovenstående betragtninger skal tilslagsafgørelsen som følge af de materielle og formelle fejl, som Harmoniseringskontoret har begået, og som de er konstateret som led i det første og tredje anbringende, annulleres i sin helhed, herunder for så vidt som de andre tilslagsmodtagere er placeret som den første og anden kontrahent i rækkefølgen efter kaskademekanismen (jf. præmis 34, andet led, ovenfor).

2. Om påstanden om erstatning

- 137 Hvad angår påstanden om erstatning bemærkes, at sagsøgerne under retsmødet har begrænset rækkevidden af denne påstand ved at give afkald på erstatning for tab af en fortjeneste, der med rimelighed kunne forventes, som det er anført i retsmøderapporten (jf. præmis 33 ovenfor). Sagsøgerne har herved præciseret, at de ikke længere tilsigtede erstatning for tab af den pågældende kontrakt, men alene godtgørelse for at have fortabt muligheden for at indgå denne kontrakt som tilslagsmodtager placeret som den første kontrahent i rækkefølgen, som således er anderledes end tabet af selve kontrakten (jf. i denne retning dom af 21.5.2008, Belfass mod Rådet, T-495/04, Sml., EU:T:2008:160, præmis 124, og af 20.9.2011, Evropaiki Dynamiki mod EIB, T-461/08, Sml., EU:T:2011:494, præmis 210), samt erstatning for det immaterielle tab, der er lidt som følge af krænkelsen af deres omdømme og troværdighed.
- 138 Ifølge sagsøgerne er indrømmelsen af erstatning og renter i form af en sådan genoprettelse i det væsentlige nødvendig som følge af den »uigenkaldelige« afvisning af at tildele dem den pågældende kontrakt, eftersom den sandsynligvis vil være fuldstændig gennemført, når dommen afsiges, og sagsbehandlingen bringes til ophør. Selv om det forudsættes, at Retten annullerer tilslagsafgørelsen, og at Harmoniseringskontoret organiserer en ny udbudsprocedure, vil de »konkurrencemæssige« betingelser for tildelingen af den pågældende kontrakt ikke længere være de samme, hvilket svarer til en vis fortabelse af mulighed og påfører dem et alvorligt tab. Harmoniseringskontoret har således ved at indgå en kontrakt med de andre tilslagsmodtagere skabt en uigenkaldelig faktisk situation, som medfører et endeligt og uopretteligt tab for deres mulighed for at få tildelt kontrakten. Der er tale om et sikkert tab – eftersom det kan opgøres økonomisk, uanset at dets størrelse er usikker – som sagsøgerne i nærværende sag har vurderet til 650 000 EUR under hensyn til kontraktens værdi, de tekniske spørgsmåls kompleksitet og den ordregivende myndigheds prestige. Sagsøgerne har i den forbindelse bestridt, at den indledende kontraheringsperiode på et år og den mulige forlængelse med tre år samt Harmoniseringskontorets frihed til at foretage konkrete bestillinger hos kontrahenten påvirker årsagsforbindelsen mellem den ordregivende myndigheds ulovlige adfærd og det lidt tab. Under alle omstændigheder pålægger overholdelsen af det grundlæggende princip om effektiv retsbeskyttelse, at det tab, som en skadelidt tilbudsgiver har lidt, erstattes fuldt ud.

- 139 Harmoniseringskontoret har bestridt denne argumentation og navnlig størrelsen af tabet som følge af den fortabte mulighed eller krænkelsen af sagsøgernes omdømme og troværdighed, eksistensen af en sådan krænkelse og årsagsforbindelsen mellem på den ene side de angivelige ulovligheder og denne krænkelse og, på den anden side, det angiveligt lidte tab, når der tages hensyn til den ordregivende myndigheds vide skønsmargener.
- 140 Ifølge fast retspraksis forudsætter Unionens erstatningsansvar uden for kontraktforhold for retsstridig adfærd udvist af dens organer som omhandlet i artikel 340, stk. 2, TEUF, at en række betingelser er opfyldt, nemlig at den adfærd, der lægges institutionerne til last, har været retsstridig, at der foreligger et virkeligt tab, og at der er en årsagsforbindelse mellem denne adfærd og det påståede tab (jf. dom af 15.10.2013, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, T-474/10, EU:T:2013:528, præmis 215 og den deri nævnte retspraksis).
- 141 Det bemærkes i den forbindelse, at påstanden om erstatning er støttet på de samme ulovligheder som dem, der er påberåbt til støtte for påstanden om annullation af tilslagsafgørelsen, og at denne er behæftet med flere materielle ulovligheder, herunder tilsidesættelse af princippet om lige muligheder og gennemsigtighedsprincippet (jf. præmis 53 ovenfor) og åbenbart urigtige skøn (jf. præmis 96, 102 og 121 ovenfor) samt flere begrundelsesmangler (jf. præmis 86, 89, 95, 134 og 135 ovenfor).
- 142 Hvad angår årsagsforbindelsen mellem de nævnte formelle og materielle ulovligheder og det påståede tab fremgår det imidlertid af fast retspraksis, at en begrundelsesmangel i sig selv ikke er tilstrækkelig til, at Unionen ifalder et ansvar, navnlig fordi denne ikke kan godtgøre, at kontrakten uden denne mangel kunne, eller skulle, være blevet tildelt sagsøgeren (jf. i denne retning dom af 20.10.2011, *Alfastar Benelux mod Rådet*, T-57/09, EU:T:2011:609, præmis 49, af 17.10.2012, *Evropaïki Dynamiki mod Domstolen*, T-447/10, EU:T:2012:553, præmis 123, og af 14.1.2015, *Veloss International og Attimedia mod Parlamentet*, T-667/11, EU:T:2015:5, præmis 72).
- 143 Det er i nærværende sag følgelig ikke muligt at anerkende en årsagsforbindelse mellem de konstaterede begrundelsesmangler og de tab, som sagsøgerne har påberåbt sig.
- 144 Hvad angår årsagsforbindelsen mellem de konstaterede formelle ulovligheder, nemlig på den ene side tilsidesættelsen af princippet om lige muligheder og af gennemsigtighedsprincippet og åbenbart urigtige skøn, og på den anden side den fortabte mulighed, kan Harmoniseringskontoret derimod ikke blot gøre gældende, at det, henset til sine vide skønsmargener som ordregivende myndighed, ikke var forpligtet til at indgå rammekontrakten med sagsøgerne (jf. i denne retning dom *Evropaïki Dynamiki mod EIB*, nævnt ovenfor i præmis 137, EU:T:2011:494, præmis 211). I nærværende sag skal det fastslås, at de materielle ulovligheder, som den ordregivende myndighed begik som led i den individuelle og komparative vurdering af tilbudsgivernes bud, kunne påvirke den første sagsøgers mulighed for at blive placeret som den første eller anden kontrahent i rækkefølgen under kaskademekanismen. Dette gælder navnlig for den komparative vurdering af buddene under det første tildelingskriterium, hvorunder Harmoniseringskontoret fulgte en åbenbart urigtig læsning af udbudsbetingelserne, og hvorved den første sagsøgers bud blot opnåede 22,81 ud af 40 point. Det følger endvidere heraf, at den fortabte mulighed, som den første sagsøger har lidt i nærværende sag, selv når der tages hensyn til den ordregivende myndigheds vide skønsmargener vedrørende tildelingen af den pågældende kontrakt, udgør et faktisk og reelt tab som omhandlet i retspraksis (jf. i denne retning analogt dom af 9.11.2006, *Agraz m.fl. mod Kommissionen*, C-243/05 P, Sml., EU:C:2006:708, præmis 26-42, generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse *Giordano mod Kommissionen*, C-611/12 P, Sml., EU:C:2014:195, præmis 61, og dom *Evropaïki Dynamiki mod EIB*, nævnt ovenfor i præmis 137, EU:T:2011:494, præmis 66 og 67). I nærværende sag betyder den omstændighed alene, at den første sagsøger blev placeret som den tredje kontrahent i rækkefølgen ved kaskademekanismen, og at selskabet således blev accepteret som potentiel kontrahent, nemlig, at hypotesen, hvorefter den ordregivende myndighed måske ikke ville tildele selskabet den pågældende kontrakt, er lidet troværdig.

- 145 Som sagsøgerne med føje har gjort gældende, er selve undladelsen af, at Unionens retsinstanser anerkender fortabelsen af en sådan mulighed og behovet for, at der indrømmes en erstatning i den forbindelse, i et tilfælde som i nærværende sag, hvor der ved afslutningen af retsforhandlingerne for Retten foreligger en betydelig risiko for, at den pågældende kontrakt allerede er fuldstændig gennemført, endvidere i strid med princippet om domstolsbeskyttelse, som er indeholdt i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. I et sådant tilfælde giver en annullation med tilbagevirkende kraft af en tilslagsafgørelse nemlig ikke længere den afviste tilbudsgiver en fordel, hvorfor den fortabte mulighed er uoprettelig. Der skal endvidere tages hensyn til, at den tilbudsgiver, hvis bud er blevet vurderet og afvist ulovligt, som følge af de betingelser, der gælder for sager om foreløbige forholdsregler for Rettens præsident, i praksis kun sjældent vil opnå en udsættelse af gennemførelsen af en sådan afgørelse (kendelse af 23.4.2015, Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), Sml., EU:C:2015:275, og af 4.2.2014, Serco Belgium m.fl. mod Kommissionen, T-644/13 R, Sml., EU:T:2014:57, præmis 18ff.).
- 146 Følgelig finder Retten, at det i nærværende sag er nødvendigt at indrømme den første sagsøger erstatning for fortabt mulighed, for så vidt som tilslagsafgørelsen, selv om den annulleres med tilbagevirkende kraft, i praksis ved afvisningen endeligt nedsatte selskabets mulighed for at få sit bud placeret bedre og dermed dets mulighed for at få tildelt konkrete gennemførelsesaftaler som led i gennemførelsen af rammeaftalen.
- 147 Hvad angår størrelsen af genoprettelsen af tabet forbundet med en fortabt mulighed, som sagsøgerne har opgjort til 650 000 EUR, ser Retten sig ikke på sagens nuværende stadium i stand til, henset til de oplysninger, der fremgår af sagsakterne, at træffe endelig afgørelse om de erstatningsbeløb, som Unionen skal betale den første sagsøger. Da der endnu ikke kan træffes afgørelse vedrørende spørgsmålet om tabets størrelse, findes det af procesøkonomiske hensyn hensigtsmæssigt på det nuværende stadium at træffe afgørelse vedrørende Unionens ansvar ved mellemdom. Afgørelsen om de erstatningsbeløb, der skal udbetales som følge af Harmoniseringskontorets ulovligheder, udsættes til et senere tidspunkt, hvor de enten fastsættes efter aftale mellem parterne eller, såfremt en sådan aftale ikke kommer i stand, af Retten (jf. i denne retning dom af 16.9.2013, ATC m.fl. mod Kommissionen, T-333/10, Sml., EU:T:2013:451, præmis 199 og den deri nævnte retspraksis).
- 148 Ikke desto mindre skal både parterne og Retten i nærværende sag tage hensyn til følgende forhold.
- 149 For det første skal der tages hensyn til, at den anslåede værdi af den pågældende kontrakt, som fastslået i udbudsbekendtgørelsen, udgør 13 000 000 EUR før skat for rammekontrakts maksimale gennemførelsesperiode på fire og et halvt år, og at værdien af at opnå rammekontrakten det første år derfor udgør i hvert fald 3 250 000 EUR.
- 150 For det andet skal procentsatsen for sandsynligheden for, at den første sagsøgers bud ville blive valgt, fastsættes, dvs. muligheden for at blive placeret som den første eller anden kontrahent i rækkefølgen ved kaskademekanismen, såfremt de forskellige materielle ulovligheder, som Harmoniseringskontoret begik under udbudsproceduren, ikke forelå. Der skal i den forbindelse tages hensyn til, at den første sagsøgers tekniske og økonomiske bud begge blev placeret som den anden kontrahent i rækkefølgen (jf. tabellerne anført ovenfor i præmis 12 og 20), og at afvejningen af disse bud med henblik på tildeling af den pågældende kontrakt ifølge den beregningsmetode, der er anført i punkt 13.5 i udbudsbetingelserne, var 50/50.
- 151 For det tredje skal der tages hensyn til, at rammekontrakten kun blev tildelt og underskrevet for en indledende periode på et år, og at der ikke var nogen sikkerhed for, at Harmoniseringskontoret ville forny den for de efterfølgende tre år (jf. udbudsbetingelsernes punkt 14.3 og punkt 1.2.5 i udkastet til rammekontrakten). Der skal ligeledes foretages en vurdering af sandsynligheden for, at den første kontrahent vil være i stand til at opfylde kravene i de forskellige bestillinger, som den ordregivende myndighed afgiver under såvel det første år af rammekontrakts gennemførelse som under de

efterfølgende år, såfremt den skulle blive fornyet. Heraf følger behovet for at tilpasse procentsatsen for sandsynligheden for succes efter den manglende sikkerhed om fornyelsen af rammekontrakten og den eventuelle manglende evne til at gennemføre de nævnte bestillinger.

- 152 For det fjerde skal det erstatningsberettigede tab fastsættes under hensyn til den nettofortjeneste, som den første sagsøger ville have kunnet opnå under gennemførelsen af rammekontrakten. Det bemærkes i den forbindelse, at sagsøgerne har gjort gældende, at den første sagsøger i regnskabsåret 2006 havde opnået en gennemsnitlig bruttofortjeneste på 10,33% som led i kommercielle projekter.
- 153 For det femte skal den fortjeneste, som den første sagsøger på anden måde har opnået som følge af ikke at have fået tildelt den pågældende kontrakt, fratrækkes for at undgå en overkompensation.
- 154 For det sjette skal den fastsatte nettofortjeneste ganges med procentsatsen for sandsynligheden for succes med henblik på at fastsætte den samlede erstatning, der skal ydes for fortabt mulighed.
- 155 Endelig skal det hvad angår den angivelige skade på sagsøgernes omdømme og troværdighed blot fastslås, at det fremgår af retspraksis, at Rettens eventuelle annullation af en tilslagsafgørelse i princippet er tilstrækkeligt til at genoprette det tab, der er forårsaget af denne skade (jf. i denne retning kendelse af 20.9.2005, Deloitte Business Advisory mod Kommissionen, T-195/05 R, Sml., EU:T:2005:330, præmis 126), uden at der er grund til at træffe afgørelse om den eventuelt uberettigede placering af den første sagsøgers bud som den tredje kontrahent i rækkefølgen efter kaskademekanismen i stedet for den første eller anden kontrahent i rækkefølgen.
- 156 Ud fra de ovenstående betragtninger tiltrædes sagsøgernes erstatningspåstand, for så vidt som den tilsigter erstatning for at fortabe en mulighed, og i øvrigt forkastes den.
- 157 Hvad angår størrelsen af erstatning for fortabt mulighed opfordres parterne til, med forbehold af en af Retten senere truffet afgørelse herom, at fastsætte erstatningsbeløbenes størrelse ved fælles aftale under hensyn til de ovenfor anførte betragtninger, og inden for en frist på tre måneder fra dommens afsigelse at meddele Retten de efter fælles aftale fastsatte beløb eller, såfremt der ikke indgås en aftale, inden for samme frist at tilstille Retten deres påstande opgjort i tal (jf. i denne retning dom ATC m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 147, EU:T:2013:451, præmis 101).

Sagens omkostninger

- 158 Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Fjerde Afdeling)

- 1) **Afgørelsen vedtaget af Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) som led i udbudsprocedure AO/021/10, »Eksterne tjenesteydelser til program- og projektledelse og teknisk rådgivning på it-området«, som blev meddelt European Dynamics Luxembourg SA ved skrivelse af 28. marts 2011, om at placere virksomhedens bud som den tredje kontrahent i rækkefølgen ved kaskademekanismen med henblik på tildelingen af en rammekontrakt, samt afgørelsen om at placere buddene indgivet af dels Consortium Unisys SLU og Charles Oakes & Co. Sàrl, dels ETIQ Consortium (by everis og Trasys) som henholdsvis første og anden kontrahent, annulleres.**

- 2) Den Europæiske Union tilpligtes at erstatte European Dynamics Luxembourgs tab som følge af en fortabt mulighed for at få tildelt rammekontrakten som første kontrahent i rækkefølgen.
- 3) I øvrigt frifindes Harmoniseringskontoret for påstanden om erstatning.
- 4) Parterne fremsender inden for en frist på tre måneder fra dommens afsigelse til Retten en erstatningsopgørelse, som er fastlagt ved fælles overenskomst.
- 5) Såfremt en sådan overenskomst ikke kan opnås, fremsender parterne inden for samme frist deres påstande vedrørende erstatningsopgørelsen til Retten.
- 6) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

Prek

Labucka

Kreuschitz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 7. oktober 2015.

Underskrifter

Indhold

Sagens baggrund	2
Retsforhandlinger og parternes påstande	5
Retlige bemærkninger	6
1. Om annullationspåstanden	4
Resumé af annullationsanbringenderne	6
Det andet anbringende om tilsidesættelse af kravene fastsat i udbudsbetingelserne	6
Det tredje anbringende om åbenbart urigtige skøn	9
Indledende bemærkninger	9
Om de angivelige, åbenbart urigtige skøn forbundet med det første tildelingskriterium	10
– Det sjette klagepunkt	10
– Det ottende klagepunkt	11
– Det 9.-11. klagepunkt	12
– Foreløbig konklusion	13
Om de angivelige åbenbart urigtige skøn vedrørende det andet tildelingskriterium	13
De angivelige åbenbart urigtige skøn i forbindelse med det tredje tildelingskriterium	15
Konklusion om det tredje anbringende	15
Det første anbringende om begrundelsesmangler	16
Konklusion om annullationspåstanden	18
2. Om påstanden om erstatning	19
Sagens omkostninger	21