



# Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Første Udvidede Afdeling)

21. februar 2024\*

»Offentlige kontrakter – udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse – levering af desinfektionsrobotter til europæiske hospitaler – yderst påtrængende grunde – covid-19 – sagsøgernes manglende deltagelse i udbudsproceduren – annullationssøgsmål – ikke individuelt berørt – tvistens kontraktretlige karakter – afvisning – ansvar«

I sag T-38/21,

**Inivos Ltd**, London (Det Forenede Kongerige),

**Inivos BV**, Rotterdam (Nederlandene),

ved advokaterne R. Martens, L. Hoet og A. Van Laer,

sagsøgere,

mod

**Europa-Kommissionen** ved L. André og M. Ilkova, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

har

RET TEN (Første Udvidede Afdeling),

sammensat under rådslagningen af afdelingsformanden, D. Spielmann, og dommerne V. Valančius, R. Mastroianni, M. Brkan (refererende dommer) og T. Tóth,

justitssekretær: fuldmægtig P. Cullen,

henset til kendelse af 21. maj 2021, Inivos og Inivos mod Kommissionen (T-38/21 R, ikke trykt i Sml., EU:T:2021:287),

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter retsmødet den 28. februar 2023,

\* Processprog: engelsk.

og, efter at dommer V. Valančius fratrådte embedet den 26. september 2023, under henvisning til artikel 22 og artikel 24, stk. 1, i Rettens procesreglement,

afsagt følgende

### Dom

- 1 Med deres søgsmål har sagsøgerne, Inivos Ltd og Inivos BV, nedlagt påstand dels, i henhold til artikel 263 TEUF, om annullation af Europa-Kommissionens afgørelse af 18. september 2020 om at anvende et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse med henblik på erhvervelse af desinfektionsrobotter (herefter »afgørelsen om at anvende et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse«), af afgørelsen af 3. november 2020 om tildeling af denne kontrakt (herefter »den anfægtede tildelingsafgørelse«) samt af afgørelsen af 19. november 2020 om at indgå rammekontrakter med to aktører og om at erklære disse rammekontrakter ugyldige, dels, i henhold til artikel 268 TEUF, om erstatning for det tab, som de har lidt som følge heraf.

### Sagens baggrund

- 2 Sagsøgerne, der har hjemsted i Det Forenede Kongerige og i Nederlandene, driver virksomhed på området for medicinsk teknologi og er specialiseret i forebyggelse af og kontrol med infektioner.
- 3 I forbindelse med covid-19-krisen besluttede Kommissionen at hjælpe medlemsstaterne ved at støtte udbredelsen af robotter til desinfektion af indendørsarealer på deres hospitaler inden for rammerne af nødhjælpsinstrumentet. Efter en analyse af de tilgængelige teknologier valgte Kommissionen ultraviolet desinfektion (UV) ved hjælp af autonome robotter.
- 4 Med henvisning til begrundelsen om uopsættelighed som følge af covid-19-krisen besluttede Kommissionen, den 18. september 2020, at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i overensstemmelse med punkt 11.1, andet afsnit, litra c), i bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2018/1046 af 18. juli 2018 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget, om ændring af forordning (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 og afgørelse nr. 541/2014/EU og om ophævelse af forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 (EUT 2018, L 193, s. 1, herefter »finansforordningen«).
- 5 For at forberede udbudsproceduren og indsamle oplysninger om det pågældende udbud samt om potentielle leverandører gennemførte Kommissionen en indledende markedsundersøgelse i medfør af finansforordningens artikel 166 ved at fremsende en undersøgelsesformular til bl.a. sammenslutninger og andre enheder, der omfatter robotproducenter.
- 6 På grundlag af denne markedsundersøgelse oprettede Kommissionen en stor database over leverandører, som derefter blev vurderet på grundlag af forud fastsatte kriterier, dvs. CE-mærkning (nødvendig betingelse), produktionskapacitet (mindst 20 enheder pr. måned) og erfaring med anvendelse af robotter på hospitaler (mindst 10 robotter).

- 7 Seks leverandører, der opfyldte disse kriterier, blev opfordret til at afgive bud i forbindelse med et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, under referencen CNECT/LUX/2020/NP0084, men kun tre indgav rent faktisk et bud.
- 8 Den 30. oktober 2020 blev der i overensstemmelse med finansforordningens artikel 168, stk. 4, udarbejdet en evalueringsrapport med henblik på tildeling af kontrakten. To tilbud blev rangordnet, idet det tredje blev afvist, da det ikke opfyldte udvælgelseskriterierne.
- 9 Den 3. november 2020 vedtog den ansvarlige anvisningsberettigede den anfægtede tildelingsafgørelse i overensstemmelse med henstillingen i evalueringsrapporten.
- 10 Den 19. november 2020 blev rammekontrakterne vedrørende desinfektionsrobotter til europæiske hospitaler (covid-19) indgået med de to valgte tilbudsgivere (herefter »de omtvistede rammekontrakter«), og underskrivelsen af disse rammekontrakter blev meddelt i *Den Europæiske Unions Tidende* den 9. december 2020 ved udbudsbekendtgørelse 2020/S 240-592299.
- 11 Den 23. november 2020 fik sagsøgerne kendskab til en pressemeddelelse fra Kommissionen, hvori den meddelte, at den påtænkte at købe 200 desinfektionsrobotter inden for rammerne af et særligt budget hidrørende fra et nødhjælpsinstrument.
- 12 Kommissionen anførte i pressemeddelelsen, at hospitalerne i de fleste medlemsstater havde udtrykt behov for og interesse i at modtage disse robotter, som kunne desinficere patientværelser af standardstørrelse ved anvendelse af UV-lys i kun 15 minutter og således bidrage til at forebygge og mindske spredning af virus. Processen ville blive kontrolleret af en operatør, der befandt sig uden for det område, der skulle desinficeres, for at undgå udsættelse for UV-lys. Til købet af disse desinficeringsrobotter var et særligt budget, indtil 12 mio. EUR, fra nødhjælpsinstrumentet, blevet stillet til rådighed.
- 13 Eftersom der ikke var blevet offentliggjort nogen udbudsbekendtgørelse for den pågældende tildeling af kontrakten på online-versionen af tillægget til *Den Europæiske Unions Tidende* om europæiske offentlige kontrakter, og eftersom Kommissionen ikke havde offentliggjort nogen oplysninger vedrørende en afgørelse om tildeling af den omhandlede kontrakt, sendte sagsøgerne den 3. december 2020 en skrivelse til sidstnævnte, hvori de udtrykte frygt for, at de gældende regler på området for indgåelse af offentlige kontrakter, der er baseret på finansforordningen, ikke var blevet anvendt. De anmodede ligeledes Kommissionen om at suspendere de omtvistede rammekontrakter eller bringe disse til ophør og om at tilbagekalde enhver tildelingsafgørelse, som kunne være truffet, og opfordrede Kommissionen til på ny at iværksætte udbudsproceduren ved udbud med forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.
- 14 Den 9. december 2020 fik sagsøgerne ved bekendtgørelse om indgåede kontrakter (EUT 2020/S 240-592299) kendskab til, at de omtvistede rammekontrakter allerede var blevet indgået den 19. november 2020.
- 15 I denne bekendtgørelse om indgåede kontrakter blev anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse begrundet således:  
  
»Tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke kunne forudse, og under streng overholdelse af direktivets betingelser.

## Forklaring:

Covid-19-pandemien har lagt ekstrem vægt på sundhedssystemerne i hele verden og i Europa. For at bidrage til bestræbelserne på hurtigst muligt at sikre øget sikkerhed for personale og patienter på udvalgte europæiske hospitaler og lignende sundhedsfaciliteter besluttede Kommissionen i denne forbindelse at støtte indførelsen af selvstændige robotter til desinficering af indendørsarealer ved hjælp af nødhjælpsinstrumentet (COM(2020) 5162). Desinfektionsrobotter anvendes faktisk allerede til desinfektion af hospitaler, og Kommissionen har indsamlet en række rapporter fra hospitaler, der anvender denne teknologi under covid-19-krisen. Antallet af anvendte robotter er imidlertid utilstrækkeligt og dækker langt fra alle hospitaler, der er nødt til at håndtere sygdommen direkte. Kommissionen tager skridt til delvis at afhjælpe dette problem.

Derfor er det nødvendigt at anvende det ekstraordinære udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen, da handling er yderst presserende, eftersom den anden bølge af covid-19 hurtigt spreder sig på udarbejdelsestidspunktet, som forklaret ovenfor. Tallene i nogle medlemsstater er i øjeblikket højere end i toppen af den første bølge, og sundhedsressourcerne er angiveligt under stigende pres i hele EU. Det er derfor nødvendigt hurtigt at anvende desinfektionsrobotter for at hjælpe sundhedspersonalet i deres bestræbelser på at bekæmpe pandemien.«

- 16 Den 24. december 2020 offentliggjorde Kommissionen en ny bekendtgørelse (EUT 2020/S 251-626998) efter bekendtgørelsen om indgåede kontrakter af 9. december 2020, idet den som retsgrundlag for erhvervelsen af maksimalt 200 desinfektionsrobotter erstattede Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65) med finansforordningen.

## Parternes påstande

- 17 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:
- Afgørelsen om at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse annulleres.
  - Den anfægtede tildelingsafgørelse annulleres.
  - Kommissionens afgørelse af 19. november 2020 om at indgå de omtvistede rammekontrakter med to andre aktører annulleres.
  - De omtvistede rammekontrakter erklæres ugyldige.
  - Kommissionen tilpligtes at fremlægge de kontraktsspecifikationer, på grundlag af hvilke de omtvistede rammekontrakter blev tildelt.
  - Der træffes foreløbig afgørelse om Kommissionens ansvar, for så vidt som denne ulovligt har anvendt udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.
  - Subsidiært tilpligtes Kommissionen at betale sagsøgerne en erstatning på 3 000 000 EUR på grund af tabet af en mulighed.

- Europa-Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne, herunder de af sagsøgerne afholdte omkostninger.
- 18 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Sagen afvises.
  - Subsidiært frifindes Kommissionen, da sagen er åbenbart ugrundet.
  - Sagsøgerne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

## Retlige bemærkninger

### *Annulationsøgsmålet*

*Formaliteten vedrørende den første påstand om annullation af afgørelsen om at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse*

- 19 Kommissionen har i svarskriftet gjort gældende, at den første påstand skal afvises fra realitetsbehandling, da sagsøgerne ikke har nogen interesse i at nedlægge påstand om annullation af afgørelsen om at anvende et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Ifølge Kommissionen har sagsøgerne nemlig ikke søgsmålsinteresse, eftersom de ikke har deltaget i udbudsproceduren. Kommissionen har i denne forbindelse anført, at det, såfremt afgørelsen om at anvende et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse annulleres, langt fra ville være sikkert, at Kommissionen ville iværksætte et nyt udbud, og at der ikke ville være nogen garanti for, at sagsøgerne ville blive udvalgt.
- 20 Sagsøgerne er af den opfattelse, at den første påstand kan antages til realitetsbehandling. De har anført, at det ikke kan gøres gældende over for dem, at de ikke deltog i udbudsproceduren, med henblik på anfægtelse af, at denne påstand kan antages til realitetsbehandling, eftersom deres fravær skyldes, at Kommissionen ikke offentliggjorde en udbudsbekendtgørelse. De er af den opfattelse, at såfremt Retten måtte afvise den første påstand af denne grund, ville dette medføre, at konkurrenterne ikke kan anfægte indgåelse af offentlige kontrakter uden forudgående udbud. Ifølge sagsøgerne skyldes deres manglende deltagelse i udbudsproceduren dels den omstændighed, at Kommissionen ikke offentliggjorde en udbudsbekendtgørelse, dels udelukker denne omstændighed ikke, at de har søgsmålsinteresse.
- 21 Det bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at det kun er foranstaltninger, der har bindende retsvirkninger, som kan berøre tredjemands interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling, der udgør retsakter, som kan gøres til genstand for et annulationsøgsmål (jf. i denne retning dom af 31.3.1971, Kommissionen mod Rådet, 22/70, EU:C:1971:32, præmis 42, af 2.3.1994, Parlamentet mod Rådet, C-316/91, EU:C:1994:76, præmis 8, og af 13.10.2011, Deutsche Post og Tyskland mod Kommissionen, C-463/10 P og C-475/10 P, EU:C:2011:656, præmis 36).
- 22 Ved afgørelsen af, om en retsakt, der påstås annulleret, har sådanne retsvirkninger, skal der lægges vægt på dens indhold (dom af 11.11.1981, IBM mod Kommissionen, 60/81, EU:C:1981:264, præmis 9), den sammenhæng, hvori den er udarbejdet (jf. i denne retning dom af 17.2.2000,

Stork Amsterdam mod Kommissionen, T-241/97, EU:T:2000:41, præmis 62), samt ophavsmandens formål hermed (dom af 26.1.2010, Internationaler Hilfsfonds mod Kommissionen, C-362/08 P, EU:C:2010:40, præmis 52; jf. ligeledes i denne retning dom af 17.7.2008, Athinaiki Techniki mod Kommissionen, C-521/06 P, EU:C:2008:422, præmis 42, 46 og 52). Derimod er en retsakts form principielt uden betydning for vurderingen af, om et annullationssøgsmål kan antages til realitetsbehandling (dom af 11.11.1981, IBM mod Kommissionen, 60/81, EU:C:1981:264, præmis 9, og af 7.7.2005, Le Pen mod Parlamentet, C-208/03 P, EU:C:2005:429, præmis 46).

- 23 Kun en retsakt, hvorved ophavsmanden utvetydigt og endeligt har fastlagt sin holdning i en form, der gør det muligt at fastslå dens karakter, udgør en afgørelse, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål (dom af 13.12.2016, IPSO mod ECB, T-713/14, EU:T:2016:727, præmis 20; jf. ligeledes i denne retning dom af 26.5.1982, Tyskland og Bundesanstalt für Arbeit mod Kommissionen, 44/81, EU:C:1982:197, præmis 12).
- 24 Nærmere bestemt kan retsakter eller afgørelser, hvis tilblivelse omfatter flere stadier, navnlig sådanne, som afslutter en intern procedure, kun anfægtes, hvis det drejer sig om foranstaltninger, som definitivt fastlægger Kommissionens standpunkt som afslutning på denne procedure, modsat foreløbige foranstaltninger, der har til formål at forberede den endelige afgørelse (dom af 7.3.2002, Satellimages TV5 mod Kommissionen, T-95/99, EU:T:2002:62, præmis 32, og af 16.12.2020, Balti Gaas mod Kommissionen og INEA, T-236/17 og T-596/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2020:612, præmis 88).
- 25 Det er i lyset af ovenstående betragtninger, at det skal undersøges, om afgørelsen om at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse udgør en retsakt, som endeligt fastlægger Kommissionens standpunkt, som er bebyrdende for sagsøgerne, og som kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål.
- 26 I denne forbindelse skal indholdet af denne afgørelse analyseres. Der er tale om det første trin i udbuddet med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og denne afgørelse tog form af en note til sagen, der blev underskrevet af direktøren for direktoratet for »Kunstig intelligens og den digitale sektor« den 18. september 2020. Dette dokument har til formål at begrunde anvendelsen af en sådan procedure med henblik på udbuddet med overskriften »Desinfektionsrobotter til at hjælpe med at bekæmpe covid-19-krisen«.
- 27 I forbindelse med et svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten har Kommissionen gjort gældende, at afgørelsen om at anvende et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse var en intern retsakt, som ikke havde nogen retsvirkning uden for den institution, der havde truffet denne afgørelse. Det er først fra det tidspunkt, hvor Kommissionen fremsendte individuelle opfordringer til at afgive bud, at det er muligt at forestille sig, at denne afgørelse har retsvirkninger. Afgørelsen om at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse foregriber nemlig ikke de aktører, der ville være i stand til at afgive bud. Kommissionen har tilføjet, at det kun var rækken af på hinanden følgende retsakter i udbudsproceduren, der i sidste ende kunne skabe retsvirkninger. Afgørelsen om at anvende en udbudsprocedure kan ikke i sig selv have retsvirkninger og afføder kun retsvirkninger gennem retsakter, der netop gennemfører den ved effektivt at gennemføre proceduren, såsom tildelingsafgørelsen.

- 28 I forbindelse med et svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten har sagsøgerne fremhævet, at Kommissionens ulovlige adfærd fulgte af flere afgørelser, herunder afgørelsen om at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, som dog uundgåeligt er forbundet med hinanden, eftersom afgørelsen om at anvende denne procedure førte til den anfægtede tildelingsafgørelse og i sidste ende gjorde det muligt at indgå de omtvistede rammekontrakter. Ifølge sagsøgerne skal afgørelsen om at anvende et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse ikke anses for en forberedende retsakt i forhold til den anfægtede tildelingsafgørelse, da den frembringer mærkbare retsvirkninger, eftersom de parter, der ikke blev opfordret til at afgive bud, ipso facto blev udelukket fra at deltage i udbudsproceduren og ikke havde nogen chance for at få tildelt kontrakten. Desuden blev de aktører, der ikke blev opfordret til at deltage i denne procedure, først formelt underrettet om tildelingen af rammekontrakten den 9. december 2020 ved den første bekendtgørelse om indgåede kontrakter. Følgelig har sagsøgerne gjort gældende, at afgørelsen om at anvende et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse ikke bør udelukkes fra Rettens prøvelse.
- 29 Det må konstateres, at afgørelsen om at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse angiver grundene til, at det er nødvendigt at anvende denne procedure. Dette dokument fastsætter således valget af den procedure, der finder anvendelse på det pågældende udbud. Som Kommissionen har fremhævet i et svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten, har dette dokument imidlertid ingen adressater og foregriber ikke de erhvervsdrivende, der opfordres til at afgive bud i forbindelse med denne kontrakt. Følgelig blev ingen erhvervsdrivende opfordret til at indgive bud på dette tidspunkt i proceduren, og derfor kunne ingen erhvervsdrivende udelukkes herfra.
- 30 Det er således afgørelsen om ikke at opfordre sagsøgerne til at afgive bud, der i det foreliggende tilfælde kommer til udtryk i den anfægtede tildelingsafgørelse, som er bebyrdende for dem. Disse kan derfor, forudsat at de har fået kendskab hertil, anlægge sag til prøvelse af den senest tilgængelige retsakt på tidspunktet for anlæggelsen af deres søgsmål, som udelukker dem fra proceduren. Afgørelsen om at anvende et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse udgør imidlertid ikke en afgørelse, der berører sagsøgernes interesser, eftersom de ikke blev udelukket fra den omhandlede udbudsprocedure ved denne afgørelse. Ved sagens anlæg havde Kommissionen allerede, den 3. november 2020, vedtaget tildelingsafgørelsen, hvorved kontrakten endeligt blev tildelt, og som bevirkede, at sagsøgerne definitivt blev udelukket fra den omhandlede udbudsprocedure.
- 31 Følgelig har afgørelsen om at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse en forberedende karakter.
- 32 Hvad angår sagsøgernes argument om, at det ikke kan foreholdes dem, at de ikke var til stede under udbudsproceduren med henblik på anfægtelse af, at deres søgsmål til prøvelse af afgørelsen om at anvende et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse kan antages til realitetsbehandling, bemærkes, at eventuelle retlige mangler ved forberedende foranstaltninger kan påberåbes til støtte for et søgsmål til prøvelse af den endelige retsakt, som de udgør et forberedende trin til (jf. dom af 16.12.2020, Balti Gaas mod Kommissionen og INEA, T-236/17 og T-596/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2020:612, præmis 101 og den deri nævnte retspraksis). I det foreliggende tilfælde tilsigter sagsøgerne med deres anden påstand annullation af den anfægtede tildelingsafgørelse, hvilket i princippet giver dem mulighed

for at påberåbe sig enhver uregelmæssighed, som valget om at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse er behæftet med, for så vidt som påstanden om annullation af den anfægtede tildelingsafgørelse kan antages til realitetsbehandling.

- 33 Følgelig skal den første påstand om annullation af afgørelsen om at anvende et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse afvises.

*Formaliteten vedrørende den anden påstand om annullation af den anfægtede tildelingsafgørelse*

- 34 Kommissionen har i svarskriftet gjort gældende, at den anden påstand ikke kan antages til realitetsbehandling, idet sagsøgerne ikke har nogen interesse i at nedlægge påstand om annullation af den anfægtede tildelingsafgørelse. Ifølge Kommissionen har sagsøgerne nemlig ikke søgsmålsinteresse, eftersom de ikke har deltaget i udbudsproceduren. Kommissionen har i denne forbindelse anført, at en annullation af den anfægtede tildelingsafgørelse ikke ville betyde, at sagsøgerne ville blive udvalgt, eftersom de ikke var blandt tilbudsgiverne.
- 35 Sagsøgerne er af den opfattelse, at den anden påstand kan antages til realitetsbehandling. Sagsøgerne har for det første anført, at det ikke kan gøres gældende over for dem, at de ikke deltog i udbudsproceduren med henblik på anfægtelse af, at deres søgsmål kan antages til realitetsbehandling, eftersom deres fravær skyldes den omstændighed, at Kommissionen ikke offentliggjorde en udbudsbekendtgørelse. De er af den opfattelse, at såfremt Retten måtte afvise den anden påstand af denne grund, vil dette medføre, at konkurrenterne ikke kan anfægte indgåelse af offentlige kontrakter uden forudgående udbud. Ifølge sagsøgerne udelukker den omstændighed, at de ikke deltog i udbudsproceduren, ikke, at de har søgsmålsinteresse. Sagsøgerne er nemlig af den opfattelse, at en annullation af bl.a. den anfægtede tildelingsafgørelse vil medføre, at der genskabes lige konkurrencevilkår i forhold til deres konkurrenter.
- 36 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at de er umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede tildelingsafgørelse. De har nemlig gjort gældende, dels at de opererer på det samme marked som de tilbudsgivere, der fik tildelt den omhandlede kontrakt, dels at de var i stand til at levere robotter, der var i overensstemmelse med beskrivelsen af kvalitetskriterierne i udbudsbekendtgørelsen. De har derfor gjort gældende, at de var ansøgere, der var berettiget til at deltage i den offentlige udbudsprocedure, som Kommissionen havde tilrettelagt, med henblik på tildeling af en rammekontrakt.
- 37 Som anført i præmis 21 ovenfor er det kun foranstaltninger, der har bindende retsvirkninger, som kan berøre tredjemands interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling, der udgør retsakter, som kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål, og som udgør en anfægtelig retsakt.
- 38 Desuden bemærkes, at søgsmålsinteresse og søgsmålskompetence er to særskilte betingelser for, at en sag kan antages til realitetsbehandling, som en fysisk eller juridisk person skal opfylde kumulativt for at kunne anlægge et annullationssøgsmål i henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF (jf. dom af 17.9.2015, Mory m.fl. mod Kommissionen, C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis).



– *Spørgsmålet, om der foreligger en anfægtelig retsakt*

- 39 Som det fremgår af præmis 23 ovenfor, er det kun den retsakt, hvorved ophavsmanden utvetydigt og endeligt har fastlagt sin holdning i en form, der gør det muligt at fastslå dens karakter, der udgør en afgørelse, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål.
- 40 I det foreliggende tilfælde blev sagsøgerne som anført i præmis 30 ovenfor ikke udelukket fra udbuddet med forhandling uden forudgående offentliggørelse som følge af afgørelsen af 18. september 2020 om at anvende denne procedure, som endnu ikke havde fastlagt, hvilke aktører der blev opfordret til at deltage i denne procedure, og følgelig de aktører, der var blevet udelukket herfra. Det var de opfordringer til at indgive bud, som Kommissionen sendte til seks aktører, der bestemte, hvilke aktører der var blevet opfordret til at deltage i denne procedure, og hvilke aktører der ikke var blevet opfordret hertil. I forbindelse med denne procedure var det imidlertid bekendtgørelsen om indgåede kontrakter, hvoraf det fremgik, at to tilbudsgivere var blevet tildelt kontrakten, som var den retsakt, som med dens offentliggørelse gjorde det muligt for sagsøgerne at få kendskab til anvendelsen af denne procedure med henblik på indgåelsen af denne kontrakt. Følgelig bevirkede den anfægtede tildelingsafgørelse automatisk, at sagsøgerne definitivt blev frataget muligheden for at deltage i denne procedure og ligeledes blev udelukket herfra. Den anfægtede tildelingsafgørelse har således påvirket sagsøgernes retsstilling, for så vidt som den definitivt fastsatte deres retsstilling som aktører, der var udelukket fra det pågældende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.
- 41 Følgelig udgør den anfægtede tildelingsafgørelse en retsakt, der kan gøres til genstand for et søgsmål.

– *Sagsøgernes søgsmålsinteresse*

- 42 I henhold til fast retspraksis kan et annullationssøgsmål, der anlægges af en fysisk eller juridisk person, kun antages til realitetsbehandling, såfremt denne person har en retlig interesse i, at den anfægtede retsakt annulleres. En sådan interesse foreligger kun, såfremt en annullation af denne retsakt i sig selv kan have retsvirkninger, og søgsmålet således med sit resultat kan tilføre parten en fordel. Beviset for en sådan interesse, som vurderes på tidspunktet for anlæggelsen af søgsmålet, og som er en afgørende og grundlæggende betingelse for al rettergang, skal føres af sagsøgeren (dom af 18.10.2018, Gul Ahmed Textile Mills mod Rådet, C-100/17 P, EU:C:2018:842, præmis 37, og af 27.3.2019, Canadian Solar Emea m.fl. mod Rådet, C-236/17 P, EU:C:2019:258, præmis 91).
- 43 Det skal derfor efterprøves, om en eventuel annullation af den anfægtede tildelingsafgørelse i det foreliggende tilfælde kan tilføre sagsøgerne en fordel.
- 44 Kommissionen har gjort gældende, at dette ikke er tilfældet, eftersom en sådan annullation ikke ville betyde, at sagsøgerne ville blive udvalgt, eftersom de ikke deltog i udbudsproceduren.
- 45 I denne henseende bemærkes, at deltagelsen i et udbud af en kontrakt principielt kan være en gyldig betingelse, der skal opfyldes for at godtgøre, at den pågældende person har interesse i at opnå den omhandlede kontrakt eller risikerer at lide skade som følge af, at afgørelsen om tildeling af den nævnte kontrakt angiveligt er ulovlig. I en situation, hvor en virksomhed i forbindelse med et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse ikke har afgivet et bud som følge af, at den ikke er blevet opfordret til at afgive bud, vil det imidlertid være urimeligt og endog selvmodsigende at kræve, at virksomheden

har deltaget i den nævnte udbudsprocedure, når det for at kunne deltage i en sådan procedure er nødvendigt at være blevet opfordret af den ordregivende myndighed til at afgive bud (jf. i denne retning og analogt dom af 26.1.2022, Leonardo mod Frontex, T-849/19, EU:T:2022:28, præmis 25-28).

- 46 I det foreliggende tilfælde må det konstateres, at sagsøgerne ikke kunne have kendskab til det pågældende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og at de ikke var blevet opfordret til at afgive bud i forbindelse med denne procedure. De kan derfor ikke kritiseres for ikke at have deltaget i denne procedure.
- 47 Desuden skal det efterprøves, om sagsøgerne er aktører, der handler på det marked, der er genstand for det pågældende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.
- 48 I denne henseende fremgår det af bekendtgørelsen om indgåede kontrakter af 24. december 2020, at det omhandlede udbud havde til formål, at Kommissionen indkøbte 200 autonome desinfektionsrobotter, der anvender UV-stråler som desinfektionsmetode, med henblik på at indsætte disse på europæiske hospitaler. Sagsøgerne har i stævningen oplyst, at de fremstillede den »bærbare desinfektionsrobot »Ultra-V«, som er en intelligent desinfektionsrobot, der anvender en teknologi med UVC-stråler med henblik på effektiv, konstant dekontaminering«. Sagsøgerne har som bilag til stævningen fremlagt beviser vedrørende robotten »Ultra-V« samt videnskabelige vurderinger af denne robot udarbejdet til Det Forenede Kongeriges nationale sundhedsvæsen. Det fremgår af disse oplysninger, at sagsøgerne fremstiller en desinfektionsrobot, der anvender UV-stråler.
- 49 Ikke desto mindre har Kommissionen under retsmødet gjort gældende, at sagsøgerne ikke kunne være blevet opfordret til at deltage i den omhandlede udbudsprocedure, eftersom formålet med denne procedure var at erhverve autonome robotter, der kan bevæge sig alene, hvilket ikke ville være tilfældet for robotten »Ultra-V«, som sagsøgerne fremstiller.
- 50 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at dette krav hverken fremgår af de kriterier, som Kommissionen har anvendt til at udvælge de virksomheder, der skulle have tilsendt en opfordring til at afgive bud, eller af de tildelingskriterier, der er offentliggjort i bekendtgørelsen om indgåede kontrakter af 24. december 2020. Ifølge Kommissionen udgør dette krav imidlertid selve formålet med det pågældende udbud, eftersom det i denne bekendtgørelse om indgåede kontrakter, i afsnit II.1.4 med overskriften »Kort beskrivelse«, er anført, at Kommissionen vil indkøbe op til 200 brugervenlige, selvkørende UV-desinfektionsrobotter.
- 51 Det fremgår af de oplysninger, som sagsøgerne har fremlagt, at den robot »Ultra-V«, som de fremstiller, kun kræver en operatørs medvirken i den forberedelsesfase, der går forud for desinfektionsprocessen. Denne robot fungerer nemlig ved hjælp af seks sensorer kaldet »Spektromer«, som operatøren har anbragt i rummet før desinficeringen. Adspurgt under retsmødet præciserede sagsøgerne, at operatøren kun skulle anbringe sensorerne i rummet inden desinficeringen, og at robotten derefter ved egen drift flyttede sig mod disse sensorer, hvilket gjorde det muligt at tilpasse robotten til hver enkelt rum og gjorde denne desinficeringsløsning baseret på UV-stråler mere effektiv. Sensorerne anbringes desuden en enkelt gang, og det er ikke nødvendigt at flytte disse inden en ny desinfektion af samme rum. Det følger heraf, at robotten »Ultra-V« ikke kræver nogen menneskelig indgriben under selve desinfektionsprocessen.

- 52 Henset til det ovenstående og eftersom bekendtgørelsen om indgåede kontrakter af 24. december 2020 ikke præciserer graden af den krævede robotautonomi, må det antages, at den af sagsøgerne fremstillede robot »Ultra-V« er en autonom, brugervenlig robot, således som det er foreskrevet i bekendtgørelsen om indgåede kontrakter.
- 53 Det følger heraf, at sagsøgerne har fremlagt tilstrækkelige oplysninger med henblik på at godtgøre, at de var aktive på markedet for de autonome UV-desinfektionsrobotter, som var genstand for udbuddet med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.
- 54 Desuden bemærkes, at en sagsøger har en interesse i en påstand om annullation af en retsakt for at få Unionens retsinstanser til at fastslå, at der er begået en ulovlighed mod sagsøgeren, da en sådan konstatering kan tjene som grundlag for et eventuelt erstatningsøgsmål med henblik på en passende udbedring af det tab, den anfægtede retsakt har forårsaget (jf. dom af 5.9.2014, Éditions Odile Jacob mod Kommissionen, T-471/11, EU:T:2014:739, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).
- 55 Med det første anbringende har appellanterne netop anfægtet valget af at anvende denne særlige procedure og gjort gældende, at betingelserne for at anvende denne procedure, der er fastsat i punkt 11.1, andet afsnit, litra c), i bilag I til finansforordningen, ikke var opfyldt.
- 56 Det følger heraf, at sagsøgernes annullationspåstand har til formål at fastslå, at Kommissionen har begået en ulovlighed i forhold til dem i forbindelse med den pågældende udbudsprocedure, således at en sådan konstatering kan danne grundlag for deres erstatningspåstand. Sagsøgerne bekræftede dette under retsmødet, idet de præciserede, at en erstatning fra Kommissionen ville gøre det muligt at genoprette ligevægten på markedet.
- 57 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at sagsøgerne har godtgjort, at de har en retlig interesse i at påstå, at den anfægtede tildelingsafgørelse annulleres.

– *Sagsøgernes søgsmålskompetence*

- 58 Ifølge artikel 263, stk. 4, TEUF kan enhver fysisk eller juridisk person indbringe klage med henblik på prøvelse af retsakter, der er rettet til vedkommende, eller som berører denne umiddelbart og individuelt, samt af regelfastsættende retsakter, der berører vedkommende umiddelbart, og som ikke omfatter gennemførelsesforanstaltninger.
- 59 Eftersom det må konstateres, at adressaterne for den anfægtede tildelingsafgørelse er de pågældende valgte tilbudsgivere og ikke sagsøgerne, og eftersom en sådan tildelingsafgørelse ikke udgør en almen gyldig regelfastsættende retsakt, skal det undersøges, om sagsøgerne er umiddelbart og individuelt berørt af denne afgørelse.
- 60 Hvad for det første angår spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerne er umiddelbart berørt af den anfægtede tildelingsafgørelse, bemærkes, at den betingelse, der er fastsat i artikel 263, stk. 4, TEUF, hvorefter en fysisk eller juridisk person skal være umiddelbart berørt af den foranstaltning, der er genstand for søgsmålet, kræver, at to kumulative kriterier er opfyldt, nemlig for det første, at denne foranstaltning umiddelbart skal have indvirkning på den pågældendes retsstilling, og for det andet, at foranstaltningen ikke må overlade et skøn til de adressater, der skal gennemføre den, men at gennemførelsen skal ske helt automatisk og udelukkende i medfør af EU-reglerne uden anvendelse af andre mellemliggende regler (jf. dom

af 14.7.2022, Italien og Comune di Milano mod Rådet og Parlamentet (Det Europæiske Lægemedelagenturs hjemsted), C-106/19 og C-232/19, EU:C:2022:568, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis).

- 61 Det skal undersøges successivt, om sagsøgerne opfylder begge disse krav.
- 62 For det første skal det undersøges, om den anfægtede tildelingsafgørelse umiddelbart har indvirkning på sagsøgernes retsstilling.
- 63 Det fremgår i denne henseende af præmis 40 ovenfor, at den anfægtede tildelingsafgørelse bevirkede, at sagsøgerne definitivt blev frataget muligheden for at deltage i det pågældende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og at de samtidigt blev udelukket herfra. Den anfægtede tildelingsafgørelse havde således umiddelbart indvirkning på sagsøgernes retsstilling, idet den definitivt fastsatte deres retsstilling som aktører, der var udelukket fra det pågældende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.
- 64 Sagsøgernes retsstilling kan imidlertid kun være umiddelbart berørt af den anfægtede tildelingsafgørelse, for så vidt som de kan bevise, at de er aktører på det pågældende marked.
- 65 I det foreliggende tilfælde har sagsøgerne, således som det fremgår af præmis 53-47 ovenfor, fremlagt tilstrækkelige beviser for, at de var aktive på markedet for autonome UV-desinfektionsrobotter.
- 66 For det andet udpegede den anfægtede tildelingsafgørelse definitivt to aktører som tilbudsgivere for den pågældende kontrakt med øjeblikkelig og bindende virkning. Eftersom denne tildelingsafgørelse i denne henseende har retsvirkninger, uden at der kræves yderligere foranstaltninger, er det andet krav, der er nævnt i præmis 60 ovenfor, opfyldt.
- 67 Det følger heraf, at den anfægtede tildelingsafgørelse berørte sagsøgerne umiddelbart.
- 68 Hvad for det andet angår spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerne er individuelt berørt af den anfægtede tildelingsafgørelse, fremgår det af fast retspraksis, at andre personer end en afgørelses adressater kun vil kunne hævde, at de berøres individuelt, hvis denne afgørelse rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten (dom af 15.7.1963, Plaumann mod Kommissionen, 25/62, EU:C:1963:17, s. 223; jf. ligeledes, i denne retning, dom af 20.1.2022, Deutsche Lufthansa mod Kommissionen, C-594/19 P, EU:C:2022:40, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).
- 69 Det skal følgelig undersøges, om den anfægtede tildelingsafgørelse rammer sagsøgerne enten på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre.
- 70 I denne henseende fremgår det af fast retspraksis, at når afgørelsen berører en gruppe personer, som var identificerede eller kunne identificeres på tidspunktet for vedtagelsen af retsakten og på grundlag af kriterier, som er specifikke for medlemmerne af denne gruppe, kan disse antages at være individuelt berørt af denne retsakt, da de indgår i en sluttet gruppe af erhvervsdrivende

(dom af 13.3.2008, Kommissionen mod Infront WM, C-125/06 P, EU:C:2008:159, præmis 71 og 72; jf. ligeledes, i denne retning, dom af 12.7.2022, Nord Stream 2 mod Parlamentet og Rådet, C-348/20 P, EU:C:2022:548, præmis 158 og den deri nævnte retspraksis).

- 71 Under de særlige omstændigheder, hvor den ordregivende myndighed anvender udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, skal en aktør, der ikke er blevet opfordret til at deltage i det nævnte udbud, selv om han var i stand til at opfylde de kriterier, som den ordregivende myndighed anvendte ved udvælgelsen af de virksomheder, som skulle have tilsendt en opfordring til at afgive bud, anses for at tilhøre en sluttet kreds af konkurrenter, der var i stand til at afgive et bud, hvis de var blevet opfordret til at deltage i proceduren.
- 72 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen i svarkriftet forklaret, at de kriterier, der blev anvendt ved fastlæggelsen af de erhvervsdrivende, der blev opfordret til at deltage i den omhandlede procedure, var CE-mærkning, en produktionskapacitet på mindst 20 enheder pr. måned og erfaring med anvendelse af robotter på hospitaler vedrørende mindst 10 robotter. Adspurgt under retsmødet bekræftede Kommissionen, at disse kriterier ligeledes var de udvælgelseskriterier, der blev anvendt i forbindelse med den pågældende procedure.
- 73 De kriterier, som Kommissionen anvendte med henblik på at vurdere, hvilke aktører der blev opfordret til at deltage i udbuddet med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, blev således stillet til rådighed for sagsøgerne i forbindelse med den retslige procedure. Sagsøgerne har desuden, adspurgt under retsmødet om, hvorvidt de opfyldte disse kriterier, og om de havde fremlagt beviser i denne henseende, henvist til bilag A.8 til stævningen.
- 74 Hvad for det første angår kriteriet om CE-mærkning har sagsøgerne i retsmødet anført, at deres robot »Ultra-V« var forsynet med CE-mærkning, eftersom et af disse selskaber var et hollandsk selskab, der anvendte dets robotter i EU. Som sagsøgerne desuden har anført i stævningen viser brugermanualen til robotten »Ultra-V« logoet for CE-mærkning. Herefter må det antages, at denne robot opfyldte dette kriterium.
- 75 Hvad for det andet angår kriteriet om produktionskapacitet har sagsøgerne under retsmødet bekræftet, at de opfylder dette kriterium og endog er i stand til at øge deres produktionskapacitet. Imidlertid bemærkes, at sagsøgerne ikke har fremlagt noget bevis, hverken i stævningen, herunder i bilag A.8 hertil, eller i replikken, der godtgør, at deres produktionskapacitet kunne nå op på 20 robotter pr. måned.
- 76 Hvad for det tredje angår kriteriet om deres erfaring med anvendelse af robotter på hospitaler bemærkes, at sagsøgerne har fremlagt studier gennemført af universitetshospitaler i Det Forenede Kongerige og en rapport udarbejdet af to hygiejneeksperter fra North West Anglia NHS Foundation Trust, hvoraf det bl.a. fremgår, at de har anvendt robotter på hospitaler under Det Forenede Kongeriges sundhedsvæsen i hvert fald siden april 2015. Disse beviser gør det imidlertid ikke muligt at fastslå det nøjagtige antal anvendte robotter.
- 77 Selv hvis det antages, at sagsøgerne anvendte mindst ti robotter på hospitaler, forholder det sig ikke desto mindre således, at de ikke har godtgjort, at omfanget af den månedlige produktionskapacitet for robotten »Ultra-V« nåede det antal, som Kommissionen havde fastsat med henblik på at udvælge de aktører, der blev opfordret til at afgive bud.

- 78 Det følger heraf, at sagsøgerne ikke har fremlagt tilstrækkelige beviser for, at de var i stand til at opfylde de kriterier, som Kommissionen anvendte med henblik på at udvælge de aktører, til hvilke der var blevet sendt opfordringer til at indgive bud i forbindelse med et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Følgelig har de ikke fremlagt bevis for, at de tilhørte en sluttet kreds af erhvervsdrivende, der var i stand til at blive opfordret til at indgive tilbud og til at afgive bud. Det følger heraf, at sagsøgerne ikke er individuelt berørt af den anfægtede tildelingsafgørelse.
- 79 Følgelig skal den anden påstand om annullation af den anfægtede tildelingsafgørelse afvises.

*Formaliteten vedrørende den tredje og den fjerde påstand om annullation af Kommissionens afgørelse om at indgå de omtvistede rammekontrakter og om, at det fastslås, at disse er ugyldige*

- 80 Kommissionen har gjort gældende, at den tredje og den fjerde påstand skal afvises, for så vidt som de tilsigter annullation af Kommissionens afgørelse om at indgå de omtvistede rammekontrakter, og at Retten erklærer disse rammekontrakter ugyldige. Kommissionen har anført, at en annullation af den anfægtede tildelingsafgørelse ikke vil medføre, at kontrakterne, som allerede er undertegnet, bliver ugyldige, for så vidt som disse kontrakter kun er underlagt de retsinstanter, der har kompetence til at træffe afgørelse om kontrakten, og ikke kan annulleres af Unionens retsinstanter i forbindelse med et annullationssøgsmål anlagt i henhold til artikel 263 TEUF.
- 81 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt afgørelsen om at indgå rammekontrakter udgør en anfægtelig retsakt, bemærkes, at Unionens retsinstanter i henhold til artikel 263 TEUF kun prøver lovligheden af de retsakter vedtaget af Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer, der skal have bindende retsvirkning over for tredjemand.
- 82 Det følger af fast retspraksis, at en påstand om annullation, i henhold til artikel 263 TEUF, af retsakter, der er vedtaget af institutionerne inden for rammerne af et rent kontraktforhold, og som ikke kan udskilles herfra, ikke kan antages til realitetsbehandling (jf. kendelse af 3.10.2018, Pracsis og Conceptexpo Project mod Kommissionen og EACEA, T-33/18, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:656, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes, i denne retning, dom af 17.6.2010, CEVA mod Kommissionen, T-428/07 og T-455/07, EU:T:2010:240, præmis 52, og af 29.1.2013, Cosepuri mod EFSA, T-339/10 og T-532/10, EU:T:2013:38, præmis 26).
- 83 I det foreliggende tilfælde har sagsøgerne nedlagt påstand om annullation af Kommissionens afgørelse af 19. november 2020 om at indgå de omtvistede rammekontrakter og om, at det fastslås, at de nævnte rammekontrakter, der er indgået mellem Kommissionen og de valgte tilbudsgivere, er ugyldige. I denne henseende er det tilstrækkeligt at konstatere dels, at underskrivelsen af rammekontrakterne pr. definition er uløseligt forbundet med kontraktprocessen, uden at der i denne henseende i det foreliggende tilfælde kan identificeres en afgørelse, der kan adskilles fra den nævnte proces, dels at de nævnte rammekontrakter frembringer og udtømmer alle deres retsvirkninger inden for rammerne af det kontraktforhold, som knytter de pågældende parter til kontrakterne, i forhold til hvilke sagsøgerne er tredjeparter.
- 84 Det følger af ovenstående betragtninger, at den tredje og den fjerde påstand, for så vidt som de vedrører annullation af afgørelsen om at indgå rammekontrakterne samt af de nævnte rammekontrakter indgået mellem Kommissionen og de valgte tilbudsgivere, skal afvises.
- 85 På baggrund af det ovenfor anførte skal annullationspåstanden afvises.

### *Påstanden om erstatning*

- 86 Sagsøgerne har nedlagt påstand om erstatning for den fortabte mulighed for at afgive bud på en offentlig kontrakt som følge af Kommissionens ulovlige anvendelse af et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Ifølge sagsøgerne skal dette tab anses for faktisk og reelt, idet de definitivt har fortabt en mulighed for at få tildelt kontrakten. Sagsøgerne har anført, at de som følge af Kommissionens afvisning af at fremlægge de tekniske kriterier og tildelingskriterier, på grundlag af hvilke kontrakten blev tildelt, ikke kan underbygge, at de faktisk ville have fået tildelt kontrakten. Sagsøgerne har således principalt nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at fremlægge de udbudsspecifikationer, på grundlag af hvilke de omtvistede rammekontrakter blev tildelt, og at der træffes foreløbig afgørelse om Kommissionens ansvar, for så vidt som Kommissionen ulovligt har anvendt udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse med henblik på efterfølgende at fastsætte erstatningens størrelse. Subsidiært har sagsøgerne nedlagt påstand om betaling af en erstatning på 3 000 000 EUR.
- 87 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 88 Indledningsvis bemærkes, at Unionen i henhold til artikel 340, stk. 2, TEUF for så vidt angår ansvar uden for kontraktforhold i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, skal erstatte skader forvoldt af dens institutioner eller af dens ansatte under udøvelsen af deres hverv.
- 89 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. Hvis en af disse betingelser ikke er opfyldt, må sagsøgte i det hele frifindes, uden at det er nødvendigt at undersøge de øvrige betingelser (jf. dom af 15.10.2013, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, T-474/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:528, præmis 215 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes i denne retning dom af 9.9.2008, *FIAMM m.fl. mod Rådet og Kommissionen*, C-120/06 P og C-121/06 P, EU:C:2008:476, præmis 106 og 164-166 og den deri nævnte retspraksis).
- 90 I det foreliggende tilfælde er det hensigtsmæssigt først at undersøge den anden betingelse for, at Unionen kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold, der er anført i præmis 89 ovenfor, nemlig betingelsen om, at det skal afgøres, om sagsøgerne har godtgjort eksistensen af det tab, som de har påberåbt sig.
- 91 Hvad angår betingelsen om, at der er indtrådt et tab, kan Unionen kun ifalde ansvar, såfremt sagsøgeren har lidt et »faktisk reelt tab«. Det påhviler sagsøgeren at føre bevis ved Unionens retsinstanser for tabets indtræden og omfang (jf. dom af 8.11.2011, *Idromacchine m.fl. mod Kommissionen*, T-88/09, EU:T:2011:641, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).
- 92 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det tab, som sagsøgerne har påberåbt sig, er fortabelsen af en mulighed for at indgive tilbud på en offentlig kontrakt. Som Kommissionen imidlertid har gjort gældende, giver den omstændighed at indgive tilbud ikke tilbudsgiveren en fordel, eftersom det ikke giver denne tilbudsgiver sikkerhed for at få tildelt kontrakten. Følgelig udgør fortabelsen af en mulighed for at indgive tilbud ikke et faktisk og reelt tab, der kan gøres til genstand for erstatning, men et hypotetisk tab.

- 93 For så vidt som sagsøgerne i det væsentlige har påberåbt sig et tab som følge af den mistede chance for at få tildelt kontrakten, bemærkes, at det fremgår af retspraksis, at en sådan mistet chance for at få tildelt en kontrakt kun udgør et faktisk og sikkert tab, hvis det uden nogen tvivl kan fastslås, at sagsøgerne ville have fået tildelt den nævnte kontrakt, såfremt institutionen ikke havde udvist den ulovlige adfærd (jf. i denne retning kendelse af 22.6.2011, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, T-409/09, EU:T:2011:299, præmis 85 og den deri nævnte retspraksis).
- 94 Sagsøgerne har selv erkendt, at der ved beregningen af deres tab skal tages hensyn til sandsynligheden for, at de fik tildelt kontrakten. I denne henseende svarer det erstatningsbeløb, som sagsøgerne subsidiært har nedlagt påstand om, til den nettofortjeneste, som de ville have haft, hvis de var blevet tildelt kontrakten.
- 95 Det skal undersøges, om sagsøgerne har fremlagt beviser for, at de ville have fået kontrakten, såfremt de var blevet opfordret til at deltage i udbuddet med forhandling uden forudgående offentliggørelse.
- 96 Sagsøgerne har i denne forbindelse gjort gældende, at de ikke rådede over de tekniske kriterier og tildelingskriterier, på grundlag af hvilke kontrakten var blevet tildelt, og i øvrigt, med deres femte påstand, har anmodet Retten om at pålægge Kommissionen at fremlægge de udbudsspecifikationer, på grundlag af hvilke de omtvistede rammekontrakter blev tildelt. Det bemærkes imidlertid, at sagsøgerne rådede over de tildelingskriterier, der blev anvendt i forbindelse med det pågældende udbud, og som blev offentliggjort i bekendtgørelsen om indgåede kontrakter af 24. december 2020.
- 97 I det foreliggende tilfælde fremgik det af bekendtgørelsen om indgåede kontrakter af 24. december 2020, under afsnit II.1.4) med overskriften »Kort beskrivelse«, at genstanden for kontrakten var, at Kommissionen skulle købe op til 200 brugervenlige, selvkørende UV-desinfektionsrobotter. Under afsnit II.2.5) med overskriften »Tildelingskriterier« indeholdt samme bekendtgørelse om indgåede kontrakter en kort beskrivelse af tildelingskriterierne for den omhandlede kontrakt. Der var nærmere bestemt tale om tre kvalitative kriterier, nemlig for det første desinfektionsrobotens tekniske kvaliteter og modenhed (vedrørende f.eks. kvaliteten af desinfektionsprocessen, desinficeringsprocessens effektivitet og hastighed, robotautonomi, rækkevidde og brugervenlighed), for det andet kvalitet af tilgangen til at sikre levering til udvalgte hospitaler inden for fire uger efter ordren og levere efterfølgende undervisning af hospitalspersonale samt support og vedligeholdelse, og for det tredje responstid i forbindelse med levering af teknisk support og vedligeholdelse.
- 98 Sagsøgerne har gjort gældende, at de er et internationalt selskab inden for medicinsk teknologi, forebyggelse af og kontrol med infektioner og fremstiller en bærbar desinfektionsrobot benævnt »Ultra-V«, der anvender en teknologi med UVC-lysstråler. De har endvidere gjort gældende, at de kunne have givet et fyldestgørende svar på hvert af de tildelingskriterier, der er beskrevet i præmis 97 ovenfor.
- 99 Sagsøgerne har imidlertid ikke hvad angår tildelingskriterierne vedrørende dels kvaliteten og hurtigheden af leveringen til det udvalgte hospital og den efterfølgende undervisning af hospitalspersonale, dels responstiden i forbindelse med leveringen af teknisk support og vedligeholdelse, fremført noget bevis, der kan underbygge deres påstand i stævningens punkt 20 om, at de ville have været i stand til at opfylde disse kriterier.



- 100 Det følger af det ovenstående, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at der ikke ville have været tvivl om, at de ville have fået tildelt den nævnte kontrakt, hvis de var blevet opfordret til at afgive bud i forbindelse med udbuddet med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en berørt udbudsbekendtgørelse.
- 101 Følgelig er det ikke nødvendigt at pålægge Kommissionen at fremlægge de udbudsspecifikationer, på grundlag af hvilke de omtvistede rammekontrakter blev tildelt.
- 102 Det følger heraf, at betingelsen om, at der foreligger et virkeligt tab, ikke er opfyldt med henblik på, at Unionen kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold i medfør af artikel 340, stk. 2, TEUF.
- 103 Eftersom betingelserne for, at Unionen kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold i medfør af artikel 340, stk. 2, TEUF, er kumulative, er det uforholdsmæssigt at undersøge de øvrige betingelser, der kræves opfyldt i henhold til retspraksis i denne henseende.
- 104 Under disse omstændigheder skal erstatningspåstanden forkastes, og Kommissionen bør frifindes i det hele.

### **Sagsomkostninger**

- 105 Ifølge Rettens procesreglements artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgerne har tabt sagen, bør det pålægge dem at betale sagsomkostningerne, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler, i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Første Udvidede Afdeling):

**1) Europa-Kommissionen frifindes.**

**2) Inivos Ltd og Inivos BV betaler sagsomkostningerne, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler.**

Spielmann

Mastroianni

Brkan

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. februar 2024.

Underskrifter