

RETTENS DOM (fjerde afdeling)

20. september 2011 *

I sag T-461/08,

Evropaiki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, Athen (Grækenland), ved advokaterne N. Korogiannakis og P. Katsimani,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Investeringsbank (EIB) ved C. Gómez de la Cruz og T. Pietilä, som befuldmægtigede, bistået af advokat J. Stuyck,

sagsøgt,

angående dels en påstand om annullation af EIB's afgørelse af 31. januar 2008 om ikke at antage sagsøgerens bud i forbindelse med et offentligt udbud vedrørende levering af tjenesteydelser med henblik på støtte til vedligeholdelse og udvikling af et edb-system og om at tildele kontrakten til en anden tilbudsgiver indgivet i henhold

* Processprog: engelsk.

til artikel 225 EF og 230 EF, dels en påstand om erstatning, indgivet i henhold til artikel 225 EF, 235 EF og 288 EF,

har

RETTEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, I. Pelikánová (refererende dommer), og dommerne K. Jürimäe og M. van der Woude,

justitssekretær: fuldmægtig N. Rosner,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 17. november 2010,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- ¹ Sagsøgeren, Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, er et græsk selskab, der driver virksomhed inden for informations- og kommunikationsteknologi.

- 2 Ved udbudsbekendtgørelse af 13. september 2007 offentliggjort i Supplement til *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT S 176) under referencenr. 2007/S 176-215155 indledte Den Europæiske Investeringsbank (EIB) et offentligt udbud vedrørende levering af tjenesteydelser med henblik på »støtte til vedligeholdelse og udvikling af front office-systemet for udlån (Serapis)«. Ifølge beskrivelsen i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne vedrørende dette udbud er »det effektive og hurtige system med adgang til lån og støtteinformation« (serapis) hypertekst delen ved EIB's softwareprogram (Front Office) for så vidt angår lån. Systemet er konstrueret som en integreret informationsstyringsportal for så vidt angår »lån« for de kompetente tjenestegrene i EIB, hvilket omfatter direktoraterne »Finansiering i Europa«, »Finansiering uden for Europa«, »Risikohåndtering« og »Projekter« og Den Juridiske Tjeneste. Systemet benyttes i den interne proces med hensyn til lån, under planlægningen af en transaktion, under vurderingen af transaktionen (godkendelsen) og indtil det tidspunkt, hvor det »fælles notat« (underskrift) fremlægges, der derefter giver anledning til proceduren i forbindelse med den del af EIB's softwareprogram, der benævnes »lånekapacitet«, og som giver de personer, der har ansvaret for systemet, mulighed for at administrere og forvalte det (Back Office).

- 3 Udbudsbekendtgørelsen gav mulighed for indgåelse af en rammeaftale for en periode på fire år med den valgte tilbudsgiver og tildeling til denne tilbudsgiver af kontrakter, der er baseret på rammeaftalen, og som svarer til de specifikke bestillinger til bestemte projekter. Ifølge udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne skulle kontrakten tildeles den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på basis af de tildelingskriterier, der er fastsat i udbudsbetingelserne. Disse angav den relative vægtning af tildelingskriterierne, nemlig 75 % af pointene for de tekniske kriterier, heraf 15 % af pointene for kriteriet »kvalitetsstyringsprocessen«, 45 % af pointene for kriteriet »overensstemmelsesniveauet for det foreslåede personales kompetencer og kvalifikationer«, 15 % af pointene for kriteriet »evne til at stille et hold til rådighed af egne midler« og 25 % af pointene for det finansielle kriterium.

- 4 Ved brev af 31. oktober 2007 fremsendte EIB en liste over spørgsmål og svar vedrørende det pågældende udbud til alle de personer, der havde anmodet om en præcisering af udbudsproceduren.
- 5 Den 9. november 2007, der er den frist, der er fastsat for modtagelse af bud (punkt IV.3.4 i udbudsbekendtgørelsen), afgav sagsøgeren et bud.
- 6 I alt modtog EIB syv bud, som blev behandlet af et vurderingsudvalg. I løbet af de to første faser af proceduren, nemlig udelukkelsesfasen (punkt 6.1 i udbudsbetingelserne) og udvælgelsesfasen (punkt 6.2 i udbudsbetingelserne) blev alle tilbudsgiverne udvalgt. Under den sidste fase, nemlig fasen for den sammenlignende vurdering af buddene og tildelingen af kontrakten (punkt 7 i udbudsbetingelserne) — hvor de valgte tilbudsgiveres bud som et første skridt alene undersøges i forhold til de tekniske kriterier, og de bud, der ligger under de minimumstærskler, som defineret i udbudsbetingelserne, udelukkes, og hvor de bud, der ikke er blevet udelukket under den tekniske vurdering, dernæst undersøges i forhold til det finansielle kriterium — blev alene fem bud, herunder sagsøgerens, undersøgt i forhold til dette kriterium, idet de to andre bud lå under minimumstærsklerne som defineret i udbudsbetingelserne under den tekniske vurdering. Efter den sammenlignende vurdering af buddene gav vurderingsudvalget det samlede bedste pointantal til Sybase BVBA's bud (herefter »den valgte tilbudsgiver«), idet sagsøgerens bud havde opnået en placering som næstbedste bud. På grundlag af vurderingsudvalgets vurdering traf EIB afgørelsen den 31. januar 2008 om ikke at antage sagsøgerens bud og tildele kontrakten til den valgte tilbudsgiver (herefter »den anfægtede afgørelse«) efter at have drøftet visse elementer i den valgte tilbudsgivers bud med den valgte tilbudsgiver under et møde den 29. januar 2008.
- 7 Den 18. februar 2008 fremsendte EIB skrivelser til alle tilbudsgiverne med undtagelse af sagsøgeren for at meddele dem, at kontrakten var blevet tildelt den valgte tilbudsgiver.

- 8 Den 12. og den 17. juni 2008 blev rammeaftalen underskrevet af henholdsvis EIB og den valgte tilbudsgiver, og aftalen trådte i kraft den 16. juni 2008.
- 9 Ved skrivelse af 31. juli 2008 klagede sagsøgeren, efter at selskabet var blevet gjort bekendt med bekendtgørelsen om tildeling af kontrakten, der blev offentliggjort i Supplement til *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT S 144) under referencenr. 2008/S 144 192307, til EIB over den manglende overholdelse af udbudsbetingelserne og de regler, der finder anvendelse på udbudsprocedurer, idet sagsøgeren ikke var blevet rettidigt underrettet om den anfægtede afgørelse. Sagsøgeren opfordrede EIB til at udsætte udbudsproceduren og undertegnelsen af rammekontrakten eller i givet fald at annullere rammekontrakten. Sagsøgeren anmodede ligeledes om oplysninger vedrørende udbudsproceduren og navnlig navnet på den valgte tilbudsgiver, partnerne i den organisation, som den valgte tilbudsgiver har oprettet med henblik på budet, og den valgte tilbudsgivers underleverandører, for hvert tildelingskriterium antallet af point, der blev givet til sagsøgerens bud og til den valgte tilbudsgivers bud, sammenligningsgrundlaget mellem sagsøgerens bud og den valgte tilbudsgivers bud, navnlig i forbindelse med den finansielle vurdering, og en detaljeret kopi af vurderingsudvalgets rapporter vedrørende sagsøgerens bud og den valgte tilbudsgivers bud.
- 10 Ved skrivelse af 1. august 2008 gav EIB sagsøgeren oplysninger vedrørende den relative vægtning af tildelingskriterierne. EIB anførte endvidere, at kontrakten var tildelt den valgte tilbudsgiver, og anførte for hvert tildelingskriterium fordelingen af point for sagsøgerens bud og den valgte tilbudsgivers bud. EIB præciserede, at sagsøgerens bud havde opnået 22,03 point (ud af 35 disponible point), mens den valgte tilbudsgivers bud havde opnået 29,36 point (ud af 35 disponible point).
- 11 Da sagsøgeren fandt, at selskabet kun havde modtaget en meget lille del af de anmodede oplysninger, fremsendte det samme dag en ny skrivelse til EIB og anmodede EIB om at besvare alle de spørgsmål, sagsøgeren rejste i skrивelsen af 31. juli, om at give sagsøgeren begrundelsen for den anfægtede afgørelse og om at meddele selskabet, hvorvidt rammeaftalen allerede var blevet underskrevet af den valgte tilbudsgiver. Sagsøgeren anmodede i modsat fald EIB om at udsætte undertegnelsen af denne aftale, indtil der var foretaget en indgående undersøgelse af sagen.

- 12 EIB anerkendte modtagelsen af sagsøgerens skrivelse den 6. august 2008. Ved skrivelse af 14. august 2008 erkendte EIB, at den havde begået en »administrativ fejl«, idet den havde undladt at underrette sagsøgeren ved officiel skrivelse om resultaterne af den sammenlignende vurdering af buddene, hvilket den undskyldte. EIB tilføjede, at udbudsproceduren i sin helhed var gyldig, og at den administrative fejl, der var begået, ikke udgjorde en væsentlig uregelmæssighed, der berettiger til at udsætte eller annullere den rammeaftale, der er indgået med den valgte tilbudsgiver.
- 13 Den 1. september 2008 fremsendte sagsøgeren en ny skrivelse til EIB, hvori selskabet fremførte forskellige uregelmæssigheder, som udbudsproceduren var behæftet med. Ifølge sagsøgeren har EBI sammenblandet kriterierne for udvælgelse af tilbudsgiverne og kriterierne for tildeling af kontrakten. EIB har desuden anvendt tildelingskriterierne diskriminerende eller upræcist, har tilsidesat sin forpligtelse til at underrette tilbudsgiverne rettidigt om afgørelsen om tildeling af kontrakten og sin forpligtelse til at indrømme tilbudsgiverne en status quo-periode for at sikre deres ret til at klage, har ikke fulgt en procedure, der er tilstrækkeligt gennemsigtig, har tilsidesat princippet om ligebehandling, har undladt at begrunde den anfægtede afgørelse og har under den sammenlignende vurdering af buddene anvendt en fremgangsmåde, der har neutraliseret princippet om »det økonomisk mest fordelagtige bud« ved at favorisere de bud, der fastsætter den højeste pris.
- 14 EIB anerkendte den 10. september 2008 modtagelsen af sagsøgerens skrivelse af 1. september 2008 og underrettede sagsøgeren om, at skrivelsen var blevet fremsendt til undersøgelse til EIB's klagenævn, og at det senest ville blive besvaret den 27. oktober 2008.
- 15 EIB fremsendte den 27. oktober 2008 en skrivelse til sagsøgeren, hvori Banken anførte, at den ikke længere var i stand til at behandle sagsøgerens klage, da sagsøgeren den 6. oktober 2008 havde anlagt sag ved Retten.

Retsforhandlinger og parternes påstande

- ¹⁶ Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 6. oktober 2008 har sagsøgeren anlagt denne sag.
- ¹⁷ EIB indleverede svarskrift den 30. januar 2008.
- ¹⁸ Der blev indgivet replik og duplik henholdsvis den 15. april og den 15. juni 2009.
- ¹⁹ Efter forslag fra den refererende dommer har Retten (Anden Afdeling) som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, jf. procesreglementets artikel 64, anmodet EIB om at besvare spørgsmålet om, hvilken myndighed der inden for dens område havde vedtaget den anfægtede afgørelse, og fremlægge den anfægtede afgørelse eller et andet tilsvarende dokument for Retten.
- ²⁰ EIB efterkom denne anmodning inden for den fastsatte frist. Ved skrivelse indleveret den 15. december 2009 anførte EIB, at i overensstemmelse med de interne regler og den praksis, der var gældende på dette tidspunkt, blev den anfægtede afgørelse vedtaget af direktøren for afdelingen for informationsteknologi, der siden er blevet integreret i generaldirektoratet for strategi, inden afgørelsen blev godkendt af EIB's formand, forud for undertegnelsen af rammeaftalen med den valgte tilbudsgiver. EIB har endvidere fremlagt et »notat til sagen« den 31. januar 2008 under referencenummer SCC/IT/FLA/2008-015/kr (herefter »notatet af 31. januar 2008«), som indeholdt direktørens afgørelse om at tildele kontrakten til den valgte tilbudsgiver og vurderingsudvalgets konsoliderede bedømmelsesformular, der er nævnt i bilaget til dette notat.

- 21 Ved skrivelse af 8. januar 2010 fremkom sagsøgeren med sine bemærkninger til notatet af 31. januar 2008. På grundlag af oplysningerne i dette notat gjorde sagsøgeren et nyt anbringende gældende.
- 22 Ved skrivelse af 26. januar 2010 fremkom EIB med sine bemærkninger til det nye anbringende, der blev fremført i sagsøgerens skrivelse indleveret den 8. januar 2010.
- 23 Da sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret, er den refererende dommer blevet tilknyttet Fjerde Afdeling, og den foreliggende sag er følgelig blevet henvist til denne afdeling.
- 24 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Fjerde Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.
- 25 Parterne har under retsmødet den 17. november 2010 afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten.
- 26 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
 - Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - EIB tilpligtes at erstatte det tab, som sagsøgeren har lidt i forbindelse med udbudsproceduren som følge af den anfægtede afgørelses ulovlige karakter, hvilket er opgjort til 1 940 000 EUR.

- EIB tilpligtes at betale sagens omkostninger, også hvis sagsøgeren ikke får medhold.

²⁷ EIB har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Erstatningspåstanden afvises, subsidiært frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

1. *Formaliteten*

- ²⁸ Indledningsvis bemærkes, at hvad særligt angår spørgsmålet om den tidsmæssige anvendelse af bestemmelser, der fastsætter betingelser for antagelse til realitetsbehandling af et søgsmål, fremgår det for det første af fast retspraksis, at i overensstemmelse med maksimen tempus regit actum skal spørgsmålet, om en sag kan antages til realitetsbehandling, behandles efter de regler, der var i kraft, da sagen blev anlagt (Domstolens dom af 8.5.1973, sag 60/72, Campogrande mod Kommissionen, Sml. s. 489, præmis 4; jf. også i denne retning og analogt kendelse afsagt af Domstolens præsident den 22.2.2008, sag C-66/08, Kozłowski, ikke trykt i Samling af Afgørelser,

præmis 7), og for det andet, at betingelserne for at antage sagen til realitetsbehandling skal bedømmes i forhold til det tidspunkt, hvor sagen blev anlagt, dvs. ved indgivelsen af stævningen (Domstolens dom af 18.4.2002, forenede sager C-61/96, C-132/97, C-45/98, C-27/99, C-81/00 og C-22/01, Spanien mod Rådet, Sml. I, s. 3439, præmis 23, Rettens dom af 21.3.2002, sag T-131/99, Shaw og Falla mod Kommissionen, Sml. II, s. 2023, præmis 29, og af 9.7.2008, sag T-301/01, Alitalia/Kommissionen, Sml. II, s. 1753, præmis 37).

- ²⁹ Eftersom den foreliggende sag blev anlagt den 6. oktober 2008, skal spørgsmålet, om sagen kan antages til realitetsbehandling, behandles efter de regler, der var i kraft på dette tidspunkt, dvs. bestemmelserne i EF-traktaten og ikke de tilsvarende bestemmelser i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, der trådte i kraft den 1. december 2009.

Om Rettens kompetence

Parternes argumenter

- ³⁰ Sagsøgeren har gjort gældende, at påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse, der er anlagt i henhold til artikel 230 EF, kan antages til realitetsbehandling. Protokollen vedrørende EIB's vedtægter, der er knyttet som bilag til EF-traktaten (herefter »vedtægterne«), foreskriver ikke en fuldstændig kontrolmekanisme for lovligheden af EIB's retsakter. Dette betyder imidlertid ikke, at en sådan kontrol er umulig. I dom af 23. april 1986, Les Verts mod Europa-Parlamentet (sag 294/83, Sml. s. 1357, præmis 23-25), har Domstolen fastslået, at da Det Europæiske Fællesskab er et retsfællesskab, er alle retsakter, der er udstedt af Fællesskabets organer, undergivet domstolskontrol, når de har retsvirkninger over for tredjemand. I henhold til EF-traktaten og vedtægterne er EIB et af Fællesskabets organer, dvs. en institution,

og dens retsakter er undergivet Domstolens legalitetskontrol, når de har retsvirkninger over for tredjemand. Den omstændighed, at EIB's retsakter ikke er udtrykkeligt nævnt i artikel 230 EF, udgør ikke en hindring i denne forbindelse. Domstolen har opstillet et dobbelt kriterium for at anvende artikel 230 EF på retsakter, der er udstedt af Fællesskabets myndigheder og agenturer, og som bygger på, om den pågældende myndighed er nævnt i artikel 230 EF, og om dens retsakter er underlagt en tilstrækkelig domstolskontrol.

- ³¹ EIB finder også, at påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse kan antages til realitetsbehandling. EIB har opfordret Retten til klart at fastslå sin kompetence til at behandle en påstand om annullation af en af EIB's afgørelser om afvisning af et bud, der er afgivet af én person, og tildeling af den offentlige kontrakt til en anden person og til at påkende en påstand om erstatning for det tab, der angiveligt er lidt som følge af denne afgørelse, for så vidt som Tribunal administratif i Luxembourg med urette har fastslået, at den har kompetence på området ved dom af 26. september 2007 (retsliste nr. 22447), stadfæstet efter appel ved Cour administratives dom af 21. februar 2008 (retsliste nr. 23620C). Ved dom af 2. december 1992, SGEEM og Etroy mod EIB (sag C-370/89, Sml. I, s. 6211), har Domstolen således fastslået, at den har kompetence til at påkende en påstand om erstatning, der er anlagt af et selskab og baseret på den angivelige ulovlighed af EIB's afgørelse om ikke at tildele selskabet en offentlig bygge-og anlægskontrakt. Retten har desuden i dom af 8. oktober 2008, Sogelma mod AER (sag T-411/06, Sml. II, s. 2771, præmis 42 og 43) fastslået med henvisning til dommen i sagen Les Verts mod Europa-Parlamentet (jf. præmis 30 ovenfor), at afgørelser, der er truffet af et fællesskabsorgan, i det foreliggende tilfælde Det Europæiske Genopbygningsagentur (AER), i forbindelse med en udbudsprocedure, udgør retsakter, som kan anfægtes ved Retten, når de har retsvirkninger over for tredjemand. EIB finder derfor, at den i sin egenskab af administrativt fællesskabsorgan skal behandles på samme måde, når den udsteder retsakter, der har retsvirkninger over for tredjemand i forbindelse med dens udbudsprocedurer eller ved behandling af begæringer om aktindsigt i dens dokumenter. EIB har derimod gjort gældende, at den ikke henhører under Retten kompetence under udøvelse af sine udlånsforretninger, dvs. når den er aktiv på

de finansielle markeder på samme måde som enhver anden bank (Rettens kendelse af 26.11.1993, sag T-460/93, Tête m.fl. mod EIB, Sml. II, s. 1257, præmis 20).

Rettens bemærkninger

³² Parterne er enige om, at det i det foreliggende tilfælde lægges til grund, at Retten har kompetence til at behandle denne påstand om annullation. Da spørgsmålet om, hvorvidt sagen henhører under Rettens kompetence, imidlertid angår en ufravigelig procesforudsætning, kan dette efterprøves af Retten af egen drift (jf. Rettens dom af 15.3.2005, sag T-29/02, GEF mod Kommissionen, Sml. II, s. 835, præmis 72-74 og den deri nævnte retspraksis; jf. desuden i denne retning Domstolens dom af 6.3.1979, sag 92/78, Simmenthal mod Kommissionen, Sml. s. 777, præmis 21 og 22). Retten er således ikke bundet af parternes udtalelser med hensyn til sin kompetence til at behandle det foreliggende søgsmål, og den er beføjet til at undersøge, om den ikke — efter at have hørt parterne — af egen drift kan fastslå, at det er ufornuddent at træffe afgørelse om dens manglende kompetence til helt eller delvis at behandle denne sag. Dette begrundes yderligere i det foreliggende tilfælde af, at en national domstol har fastslået, at den har kompetence til at afgøre spørgsmålet om lovligheden af EIB's afgørelse om afvisning af et bud, der er afgivet af en person, og tildeling til en anden person af den pågældende offentlige kontrakt, der er indgået af EIB på egne vegne.

³³ I henhold til artikel 5 EF, 10 EF, 297 EF og 307, stk. 1, EF samt EU-traktaten og særligt artikel 5 EU udøver Domstolen sine beføjelser under de betingelser og med de mål for øje, som er fastsat i EF-traktaten og EU-traktaten. Rettens kompetence omfatter de beføjelser, der er angivet i artikel 225 EF og artikel 140 A EA, således som disse bestemmelser nærmere er præciseret i artikel 51 i statuttten for Domstolen.

- 34 Spørgsmålet om Rettens kompetence til at behandle et søgsmål, der både omfatter en påstand om annullation af en retsakt fra EIB, der er bebyrdende, over for tredjemand, og en påstand om erstatning for det tab, som af EIB's retsstridige adfærd har medført for denne tredjemand, skal behandles i forhold til vedtægterne i den version, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, navnlig disses artikel 29, stk. 1, samt artikel 225, stk. 1, EF, 235 EF, 237 EF og 288, stk. 2, EF og efter omstændighederne artikel 230 EF.
- 35 Vedtægternes artikel 29, stk. 1, fastsætter, at »med forbehold af den kompetence, som er tillagt Domstolen, afgøres tvistigheder mellem på den ene side [EIB] og på den anden side dens långivere, låntagere eller tredjemand af de kompetente nationale domsmyndigheder«. Domstolen har desuden fastslået, at hverken EF-traktaten eller denne artikel er til hinder for, at Domstolen er kompetent til afgøre tvister, som vedrører EIB, og har tilføjet, at denne sidstnævnte bestemmelse udtrykkeligt vedrører den kompetence, den er tildelt ved EF-traktaten (jf. i denne retning dommen i sagen SGEEM og Etroy mod EIB, nævnt ovenfor i præmis 31, præmis 17 og 18).
- 36 Den foreliggende tvist vedrører EIB og et græsk selskab, der ikke er underlagt dens kontrol, og som dermed skal betragtes som tredjemand i henhold til vedtægternes artikel 29, stk. 1. Ifølge ordlyden af denne bestemmelse kræver spørgsmålet, om en tvist som den, der foreligger i denne sag, henhører under Domstolen eller de nationale retters kompetence, og i givet fald om den henhører under Domstolen eller Retten, at man henholder sig til bestemmelserne i EF-traktaten.
- 37 Hvad for det første angår påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse afhænger det for det første og for så vidt, at der er tale om en særlig bestemmelse, af fortolkningen af artikel 237 EF, sammenholdt med artikel 225, stk. 1, EF, om Retten er kompetent til at behandle sagen.

38 Artikel 237 EF fastslår følgende:

»Med de nedenfor nævnte begrænsninger har Domstolen kompetence til at afgøre tvister, som vedrører:

- a) opfyldelse af medlemsstaternes forpligtelse ifølge vedtægterne for [EIB]. [EIB's] bestyrelse har i dette tilfælde de beføjelser, der i henhold til artikel 226 [EF, vedrørende en medlemsstats tilsidesættelse af en af de forpligtelser, der påhviler den i henhold til EF-traktaten] er tillagt Kommissionen
- b) afgørelser truffet af [EIB's] styrelsesråd. Hver medlemsstat, Kommissionen og [EIB's] bestyrelse kan herom indbringe klage på de i artikel 230 [EF] fastsatte betingelser
- c) afgørelser truffet af [EIB's] bestyrelse. Klager over disse afgørelser kan kun indbringes af medlemsstaterne eller af Kommissionen på de i artikel 230 [EF] fastsatte betingelser og kun for overtrædelse af de i artikel 21, stk. 2, 5, 6 og 7, i vedtægterne for Banken fastsatte formforskrifter

[...]«

39 Det følger i øvrigt af artikel 225, stk. 1, EF, at det kun er Domstolen, der har kompetence til at træffe afgørelse i sager, som er omfattet af artikel 237 EF.

- 40 Med henblik på at efterprøve, om den anfægtede afgørelse henhører under anvendelsesområdet for artikel 237 EF, skal der mindes om kompetencen for de forskellige organer i EIB.
- 41 I henhold til vedtægternes artikel 8 administreres og ledes EIB af et styrelsesråd, en bestyrelse og en direktion.
- 42 Ifølge vedtægternes artikel 9 skal Styrelsesrådet fastsætte de almindelige retningslinjer for EIB's kreditpolitik og bl.a. træffe afgørelse om forhøjelse af EIB's tegnede kapital, godkende bestyrelsens årsberetning og den årlige statusopgørelse samt driftsregnskabet og godkende EIB's forretningsorden, således at det er Styrelsesrådet alene, der har kompetence til at sikre en hensigtsmæssig forretningsgang inden for institutionen (Domstolens dom af 10.7.2003, sag C-15/00, Kommissionen mod EIB, Sml. I, s. 7281, præmis 67 ff.). Ifølge vedtægternes artikel 11 skal bestyrelsen træffe afgørelse om ydelse af kreditter og garantier og om optagelse af lån, fastsætte rentesatserne for udlån og provisionen for ydelse af garantier samt sørge for, at EIB ledes på forsvarlig måde og i overensstemmelse med traktaten og de af Styrelsesrådet fastsatte almindelige retningslinjer. I vedtægternes artikel 11, stk. 2, syvende afsnit, fastsættes, at EIB's formand, eller ved hans forfald en af næstformændene i direktionen, leder bestyrelsens møder uden at deltage i afstemningen. Ifølge vedtægternes artikel 13 er direktionen EIB's kollegialt udøvende organ. Under formandens ledelse og bestyrelsens kontrol varetager direktionen EIB's løbende forretninger og forbereder bestyrelsens afgørelser, den derefter skal gennemføre. EIB's formand leder direktionens møder. Direktionens medlemmer er udelukkende ansvarlige over for EIB. Bestyrelsens medlemmer udpeges af Styrelsesrådet efter forslag fra bestyrelsen for en periode på seks år, som kan fornyes.

- 43 Det fremgår af EIB's svar på Rettens spørgsmål og af notatet af 31. januar 2008, at den anfægtede afgørelse blev vedtaget af direktøren for afdelingen for informationsteknologi, der siden er blevet integreret i EIB's generaldirektorat for strategi. Ifølge EIB blev afgørelsen efterfølgende godkendt af EIB's formand forud for undertegnelsen af rammeaftalen med den valgte tilbudsgiver den 12. og 17. juni 2008 (jf. præmis 20 ovenfor). Selv om der ikke findes noget bevis i sagens akter på, at EIB's formand har godkendt den anfægtede afgørelse, skal dette lægges til grund i forbindelse med denne procedure, da sagsøgeren ikke har bestridt det. Hvis den anfægtede afgørelse således er vedtaget under EIB's direktørs »myndighed«, kan det heraf udledes, at afgørelsen henhører under EIB's »løbende forretninger« i henhold til vedtægternes artikel 13, stk. 3, og dermed under direktionens kompetenceområde (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod EIB, nævnt i præmis 42 ovenfor, præmis 66), der netop har til opgave at sikre EIB's løbende forretninger under formandens myndighed. Der foreligger således ikke i det foreliggende tilfælde oplysninger, der kan rejse tvivl om, at EIB's tildeling af en offentlig kontrakt på egne vegne henhører under EIB's »løbende forretninger«.
- 44 Det må derfor antages, at den anfægtede afgørelse hverken henhører under Styrelsesrådet eller bestyrelsens kompetenceområde, at den dermed ikke kan tilskrives hverken det ene eller det andet af disse organer i EIB, og at den derfor ikke er omfattet af de særlige bestemmelser i artikel 237 EF.
- 45 Herefter står det således tilbage at undersøge, om Retten kan træffe afgørelse i et annullationssøgsmål til prøvelse af en endelig retsakt fra BEI, der har retsvirkninger over for tredjemand, i henhold til artikel 225 EF og 230 EF.
- 46 Det skal for det første bemærkes, at Fællesskabet er et retsfællesskab, idet både dets medlemsstater og dets institutioner er undergivet kontrol med, at deres retsakter er forenelige med Fællesskabets forfatningsmæssige grundlag, som er EF-traktaten, og

at der ved denne traktat er indført et fuldstændigt retsmiddel- og proceduresystem, hvormed Domstolen skal kunne kontrollere lovligheden af institutionernes retsakter (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod EIB, nævnt i præmis 42 ovenfor, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis). Dette er ligeledes i overensstemmelse med formålet i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, proklameret i Nice den 7. december 2000 (EFT C 364, s. 1, herefter »chartret«), som — selv om det ikke var retligt bindende inden Lissabontraktatens ikrafttræden den 1. december 2009 - viser betydningen af de nævnte rettigheder i Fællesskabets retsorden (Rettens dom af 15.1.2003, forenede sager T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 og T-272/01, Philip Morris International m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 122). I henhold til denne bestemmelse skal enhver, hvis rettigheder og friheder som sikret af fællesskabsretten er blevet krænkede, have adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol. Selv om EIB ikke er en af Fællesskabets institutioner, er den ikke desto mindre et fællesskabsorgan og en juridisk person, der er oprettet ved EF-traktaten, og det er i denne egenskab, at EIB er omfattet af Domstolens kontrol, bl.a. på de betingelser, der er fastsat i artikel 237, litra b), EF (jf. dommen i sagen Kommissionen mod EIB, nævnt i præmis 42 ovenfor, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis).

- ⁴⁷ For det andet skal der tages hensyn til, at artikel 237 EF indeholder en særlig bestemmelse, der kun vedrører visse af EIB's tvister, og som kun har en begrænset og supplerende rækkevidde i forhold til de andre artikler i EF-traktaten, såsom artikel 236 EF (Domstolens dom af 15.6.1976, sag 110/75, Mills mod EIB, Sml. s. 955, præmis 16 og 17, og dommen i sagen SGEEM og Etroy mod EIB, nævnt i præmis 31 ovenfor, præmis 17). Det skal desuden bemærkes, at artikel 237 EF og vedtægternes artikel 29, stk. 1, skal forstås i lyset af artikel 267 EF, der fastslår, at EIB »har til opgave ved anvendelse dels af midler lånt på kapitalmarkedet, dels af egne midler, i Fællesskabets interesse at bidrage til en afbalanceret og gnidningsløs udvikling af det fælles marked«, og »letter [...] ved ydelse af lån og garantier og uden sigte på fortjeneste, finansieringen af [...] projekter inden for alle erhvervssektorer« og af de bestemmelser i vedtægterne, der er nævnt i præmis 37 ovenfor, ifølge hvilke direktionens væsentligste opgave er at udarbejde og gennemføre de afgørelser om lån og garantier og de optagelser af lån, som vedtages af bestyrelsen i overensstemmelse med de af Styrelsesrådet fastsatte

almindelige retningslinjer (jf. i denne retning og analogt forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Jacobs forud for dommen i sagen Kommissionen mod EIB, nævnt i præmis 42 ovenfor, Sml. I, s. 7290, punkt 75-78). Selv om vedtægterne ikke helt udelukker muligheden af, at direktionen som led i EIB's løbende forretninger eventuelt vedtager retligt bindende afgørelser, der har retsvirkninger for tredjemand, lader de det imidlertid klart fremgå, at sådanne afgørelser normalt vedtages eller skal vedtages af enten Styrelsesrådet eller bestyrelsen.

- 48 Den manglende henvisning i artikel 237 EF til direktionen afspejler den delte kompetence inden for EIB. Da direktionen normalt formodes at forberede — og ikke vedtage — afgørelser, som har til formål at have retsvirkninger i forhold til tredjemand, jf. vedtægternes artikel 29, stk. 1, har EF-traktatens forfattere ikke fundet, at en domstolsprøvelse af direktionens aktiviteter var nødvendig. Der kan her drages en parallel til artikel 230 EF, der indeholder bestemmelser om retslig prøvelse af endelige og retligt bindende retsakter vedtaget af institutionerne og ECB, og ikke af foranstaltninger, som blot forbereder vedtagelsen af sådanne retsakter. Retten har i den forbindelse i præmis 18 i kendelsen i sagen Tête m.fl. mod EIB, nævnt i præmis 31 ovenfor, bemærket, at »Investeringsbanken har nemlig beholdt sin oprindelige opgave, som er at yde lån og garantier (jf. artikel 129 [EØF] og 130 [EØF] og artikel 198 D [EF] og 198 E [EF])«, og at »over for de tredjemænd, som hverken modtager lån eller garantier fra Banken vedtager Investeringsbanken derfor ikke afgørelser med nogen retsvirkning for dem«. Denne argumentation gælder imidlertid ikke i et tilfælde som det foreliggende, hvor det viser sig, at direktionen har vedtaget en afgørelse, der har retsvirkninger i forhold til tredjemand. I et retsfællesskab som Fællesskabet skal en sådan afgørelse kunne anfægtes af den berørte.

- 49 For så vidt bør det fastslås, at den generelle bestemmelse i artikel 230 EF suppleres af den særlige bestemmelse i artikel 237 EF, der kun har en begrænset rækkevidde, og som ikke omfatter bindende retsakter, der har retsvirkninger i forhold til tredjemand,

som direktionen måtte træffe i forbindelse med EIB's løbende forretninger i henhold til vedtægternes artikel 13, stk. 3, såsom den anfægtede afgørelse eller en afgørelse om at afslå at give aktindsigt i EIB's administrative dokumenter.

- 50 For det tredje vil det være uacceptabelt, hvis EIB — ved en særlig tilrettelæggelse af sin interne beslutningsproces — kan unddrage sig den domstolskontrol, der er fastsat i EF-traktaten, for så vidt angår institutionerne eller fællesskabsorganernes retsakter, der ligesom EIB udgør en juridisk person, der er oprettet ved EF-traktaten (jf. i denne retning og analogt forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Jacobs forud for dommen i sagen Kommissionen mod EIB, nævnt i præmis 47 ovenfor, punkt 71). Retsakter, der formelt er vedtaget inden for EIB af andre organer end dem, der er nævnt i artikel 237, litra b) og c), EF, dvs. andre organer end Styrelsesrådet og bestyrelsen, skal således kunne underkastes en domstolskontrol, hvis de er endelige og har retsvirkninger over for tredjemand. I henhold til artikel 225 EF, 230 EF og 237 EF er Domstolen og i det foreliggende tilfælde Retten imidlertid bl.a. tildelt kompetence til at kontrollere lovligheden af enhver af EIB's administrative afgørelser, dvs. enhver ensidig retsakt, der er vedtaget af EIB, og som har retsvirkninger over for tredjemand.
- 51 For det fjerde skal det sikres, at der ikke ændres på EIB's funktionelle og institutionelle selvstændighed og på EIB's omdømme som uafhængigt organ på finansmarkederne, således som det er fastsat i EF-traktaten (Domstolens dom af 3.3.1988, sag 85/86, Kommissionen mod EIB, Sml. s. 1281, præmis 27-30, og dommen i sagen Kommissionen mod EIB, nævnt i præmis 42 ovenfor, præmis 101 ff.). Vedtagelsen af den anfægtede afgørelse er imidlertid forbundet med EIB's udøvelse af virksomhed, der udgør fællesskabsadministration, og som nærmere bestemt er omfattet af denne administrations indgriben som ordregivende myndighed og ikke EIB's udøvelse af virksomhed eller udførsel af transaktioner på det finansielle område eller på finansmarkederne. Den legalitetskontrol, som Retten således skal udføre i henhold til artikel 225, stk. 1, EF og artikel 230 EF, skønt den i første omgang må opfattes bredere end den, som Domstolen udøver med afgørelser vedtaget af EIB's bestyrelse i henhold til artikel 237, litra c), EF, kan imidlertid ikke betragtes som en omstændighed, der kan påvirke den funktionelle og institutionelle selvstændighed, som EIB har med henblik

på tildeling af lån og garantier og finansiering af sådanne, navnlig ved at handle på kapitalmarkederne, eller påvirke EIB's omdømme eller troværdighed som uafhængigt organ på finansmarkederne. Det skal i øvrigt bemærkes, at EIB selv har anført, at Retten har kompetence til at behandle denne påstand om annullation i henhold til artikel 225, stk. 1, EF og artikel 230 EF. EIB er således ikke af den opfattelse, at den legalitetskontrol, som Retten udøver i et sådant tilfælde, kan ændre på den funktionelle og institutionelle selvstændighed, som EIB har i henhold til EF-traktaten og dens vedtægter.

- 52 Nødvendigheden af en fuldstændig legalitetskontrol af fællesskabsretsakter kræver således, at artikel 225, stk. 1, EF og artikel 230 EF fortolkes således, at de ikke kan udelukke Rettens kompetence til at træffe afgørelse i et søgsmål om annullation af en retsakt, der er omfattet af direktionens udførelse af EIB's løbende forretninger, og som har retsvirkninger i forhold til tredjemand.
- 53 Hvad for andet angår erstatningspåstanden skal det bemærkes, at princippet om Unionens retsinstansers kompetence og i det foreliggende tilfælde Rettens kompetence til at træffe afgørelse i en sag om erstatning uden for kontraktforhold, der er anlagt mod EIB, ikke er specifikt afklaret i retsakterne. I mangel af specifikke bestemmelser afhænger det af fortolkningen af artikel 225, stk. 1, EF og artikel 235 EF og artikel 288, stk. 2, EF, om Domstolen og i det foreliggende tilfælde Retten har kompetence til at behandle denne erstatningspåstand, der er fremsat mod EIB.
- 54 Det skal for det første bemærkes, at Domstolen allerede har fastslået, at den har kompetence til at træffe afgørelse i en erstatningssag, der er anlagt mod EIB i henhold til artikel 178 EØF og artikel 215, stk. 2, EØF (nu artikel 235 EF og 288, stk. 2,

EF). Domstolen begrundede sin kompetence med, at den angiveligt ulovlige retsakt gennemførte en finansieringsaftale, som EIB har indgået som fuldmægtig for Fællesskabet og på Fællesskabets vegne under udøvelsen af de beføjelser, som visse bestemmelser tildeler den med hensyn til ydelse og administration af risikovillig kapital, der finansieres af Fællesskabets budget, og at EIB selv var et organ, der i henhold til EF-traktaten er omfattet af fællesskabsbestemmelserne, og at EIB's handlinger og undladelser ved gennemførelsen af en sådan finansieringskontrakt, kan tilskrives Fællesskabet (jf. i denne retning dommen i sagen SGEEM og Etroy mod EIB, nævnt i præmis 31 ovenfor, præmis 4 og 12-15, og af 25.5.1993, sag C-370/89, SGEEM og Etroy mod EIB, Sml. I, s. 2583, præmis 24). Domstolen bemærkede i den forbindelse, at »udtrykket »institution«, der anvendes i [EØF-]traktatens artikel 215, stk. 2, ikke [skal] forstås således, at det kun omfatter de i [EØF-]traktatens artikel 4, stk. 1, opregnede fællesskabsinstitutioner, men således, at det i betragtning af den ved [EØF-]traktaten indførte ordning med et ansvar uden for kontraktforhold også omfatter fællesskabsorganer som f.eks. [EIB]« (jf. dommen af 2.12.1992 i sagen SGEEM og Etroy mod EIB, nævnt i præmis 31 ovenfor, præmis 16).

- 55 For det andet skal der tages hensyn til, at selv om erstatningssøgsmålet i retsmiddelsystemet i henhold til EF-traktaten er et selvstændigt retsmiddel i forhold til annulationssøgsmål, forholder det sig imidlertid således i det foreliggende tilfælde, at der består en direkte forbindelse mellem erstatningspåstanden og påstanden om annulation af den anfægtede afgørelse, idet det i stævningen er præciseret, at »erstatningspåstanden, der er indgivet i henhold til artikel 235 EF og 288 EF, er baseret på den anfægtede afgørelses ulovlige karakter«, således at erstatningspåstanden er accessorisk til påstanden om annulation. Det fremgår endvidere af stævningen, at erstatningspåstanden stiller krav om betaling af et beløb, der nøjagtigt svarer til »bruttoindkomsten [...], som sagsøgeren forventede at ville have opnået ved en tildeling af kontrakten«, dvs. beløbet, som sagsøgeren ikke fik udbetalt som følge af den anfægtede afgørelse. Erstatningspåstanden tilsigter således reelt en ophævelse af de retsvirkninger, der er fremkaldt af den anfægtede afgørelse i forhold til sagsøgeren, og afgørelsens retsvirkninger ville således blive ophævet, hvis sagsøgeren fik medhold i erstatningssøgsmålet.

56 I henhold til fast retspraksis (Domstolens dom af 26.2.1986, sag 175/86, Krohn Import-Export mod Kommissionen, Sml. s. 753, præmis 32 og 33, samt Rettens dom af 15.3.1995, sag T-514/93, Cobrecaf m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 621, præmis 59, og af 17.10.2002, sag T-180/00, Astipescas mod Kommissionen, Sml. II, s. 3985, præmis 139) skal der tages hensyn til »den direkte forbindelse« eller »komplementaritet« i det foreliggende tilfælde mellem annullationssøgsmålet og erstatningssøgsmålet og erstatningssøgsmålets accessoriske karakter i forhold annullationssøgsmålet ved bedømmelsen af, om sagen skal antages til realitetsbehandling med henblik på at undgå, at udfaldet af erstatningssøgsmålet kunstigt udskilles fra annullationssøgsmålet, som imidlertid kun er accessorisk eller et supplement.

57 Det skal for det tredje bemærkes, at for så vidt som den skade, som EIB har forvoldt sagsøgeren, er forårsaget under EIB's udøvelse af virksomhed, der udgør Fællesskabets administrative opgaver, og som nærmere bestemt er omfattet af denne administrations indgriben som ordregivende myndighed, og at denne skade således ikke følger af EIB's udøvelse af virksomhed eller udførsel af transaktioner på det finansielle område eller på finansmarkederne, kan den kontrol, som Retten således skal udføre i henhold til artikel 225, stk. 1, EF, artikel 235 EF og artikel 288, stk. 2, EF, ikke betragtes som en omstændighed, der kan rejse tvivl om EIB's funktionelle og institutionelle selvstændighed og ændre på EIB's omdømme som uafhængigt organ på finansmarkederne. EIB har i øvrigt selv har anført, at Retten har kompetence til at træffe afgørelse i en erstatningssag, der er anlagt mod EIB i henhold til artikel 225, stk. 1, EF, artikel 235 EF og artikel 288 EF, og EIB har på intet tidspunkt anført, at denne kontrol kan medføre, at der ændres på EIB's funktionelle og institutionelle selvstændighed.

58 Retten har således kompetence til at træffe afgørelse i en erstatningssag, der er anlagt mod EIB i henhold til artikel 225, stk. 1, EF, 235 EF og 288, stk. 2, EF, når en sådan

påstand er af accessorisk art i forhold til påstanden om annullation af EIB's bebyrden-de retsakt, der har endelige retsvirkninger over for tredjemand, som selv kan antages til realitetsbehandling.

59 Det følger heraf, at Retten har kompetence til at påkende hele sagen.

Sagsøgerens retlige interesse i, at den anfægtede afgørelse annulleres

Parternes argumenter

60 Adspurgt herom under retsmødet bekræftede EIB, at den anfægtede afgørelse var blevet gennemført, eftersom rammeaftalen var blevet indgået med den valgte tilbudsgiver og delvist gennemført. EIB har derfor fundet, at den ikke længere kunne drage nogen konsekvenser af en eventuel annullation af den anfægtede afgørelse, såsom en genåbning af udbudsproceduren. EIB har dog også præciseret, at den ikke havde til hensigt at anfægte sagens antagelse til realitetsbehandling på grund af sagsøgerens manglende retlige interesse i, at den anfægtede afgørelse annulleres. EIB har desuden anført, at selv om en rimelig genoprettelse af situationen for den afviste tilbudsgiver, der har anlagt sagen, teoretisk kunne overvejes i form af betaling af erstatning, var betingelserne for udbetaling af en sådan erstatning ikke opfyldt i det foreliggende tilfælde, idet sagsøgeren ikke har lidt nogen reel skade som følge af den anfægtede afgørelse.

61 Sagsøgeren har under retsmødet anført, at selskabet har opnået adskillige annullationer helt eller delvist af afgørelser om tildeling, uden at de institutioner, der har vedtaget disse afgørelser, har reageret tilfredsstillende på disse annullationer. Sagsøgeren

har desuden gjort gældende, at selskabet har en dobbelt interesse i, at den anfægtede afgørelse annulleres. For det første har sagsøgeren, for så vidt selskabet deltager i udbudsprocedurer, hævdet at have en interesse, i at de ulovligheder, hvormed den anfægtede afgørelse er behæftet, bliver fastslået for at forhindre, at lignende ulovligheder gentages. For det andet har sagsøgeren påstået, at selskabet har en interesse i at få fastslået de nævnte ulovligheder for at opnå erstatning.

Rettens bemærkninger

- ⁶² Et annulationssøgmål, der anlægges af en fysisk eller juridisk person, kan ifølge fast retspraksis kun admitteres, såfremt denne person har en retlig interesse i, at den pågældende retsakt annulleres, hvilket forudsætter, at en annulation af den anfægtede retsakt i sig selv kan have retsvirkninger, og søgsmålet således med sit resultat kan tilføre parten en fordel (Rettens dom af 10.9.2009, sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen, Sml. II, s. 4439, præmis 33). Betingelserne for at antage en sag til realitetsbehandling, herunder spørgsmålet om, hvorvidt der mangler søgsmålsinteresse, er ufravigelige procesforudsætninger, og det påhviler Retten af egen drift at efterprøve, om sagsøgerne har en interesse i, at den anfægtede afgørelse annulleres (jf. Rettens kendelse af 10.3.2005, sag T-228/00, Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia mod Kommissionen, Sml. II, s. 787, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis). Denne retspraksis finder analog anvendelse på annulationspåstande, der er fremsat i forbindelse med søgsmål, der indeholder en accessorisk påstand om erstatning.

- ⁶³ Det skal i det foreliggende tilfælde undersøges, om en eventuel annulation af den anfægtede afgørelse kan give sagsøgeren en fordel, selv om udbudsproceduren ikke kan genåbnes, og om det under de foreliggende omstændigheder er ubestridt mellem

parterne, at undertegnelsen af kontrakten og dens delvise gennemførelse har medført, at sagsøgeren har mistet enhver mulighed for at indgå den pågældende kontrakt med EIB.

- ⁶⁴ Det følger af fast restpraksis, at selv i det tilfælde, hvor en beslutning om tildeling er blevet gennemført fuldt ud til fordel for andre konkurrenter, har sagsøgeren stadig interesse i, at denne beslutning annulleres, dels for at opnå, at den ordregivende myndighed foretager en rimelig genoprettelse af selskabets situation, dels for at udvirke, at den ordregivende myndighed fremtidigt foretager ændringer, der måtte forekomme passende i udbudsprocedurerne i det tilfælde, hvor disse måtte antages at stride mod visse retlige krav (jf. i denne retning dommen i sagen Simmenthal mod Kommissionen, nævnt i præmis 32 ovenfor, præmis 32, og Rettens dom af 14.10.1999, forenede sager T-191/96 og T-106/97, CAS Succhi di Frutta mod Kommissionen, Sml. II, s. 3181, præmis 63).
- ⁶⁵ Den omstændighed, at kontrakten vedrørende gennemførelsen af en offentlig kontrakt er blevet underskrevet, og tillige gennemført, før afsigelsen af afgørelsen i hovedsagen, der er anlagt af den afviste tilbudsgiver til prøvelse af afgørelsen om tildeling af denne kontrakt, og at den ordregivende myndighed er kontraktligt bundet til den tilbudsgiver, hvis bud er antaget, er således ikke til hinder for, at den ordregivende myndighed i henhold til artikel 233 EF er forpligtet til — hvis sagsøgeren fik medhold i hovedsagen — at træffe de nødvendige foranstaltninger til at sikre en effektiv beskyttelse af den afviste tilbudsgivers interesser (jf. i denne retning Rettens kendelse af 10.11.2004, sag T-303/04 R, European Dynamics mod Kommissionen, Sml. II, s. 3889, præmis 83).
- ⁶⁶ Hvis afgørelsen om tildeling bliver annulleret, efter at den afviste tilbudsgiver har anlagt søgsmål, men den ordregivende myndighed ikke længere kan genåbne udbudsproceduren vedrørende den pågældende offentlige kontrakt, kan denne tilbudsgivers interesser sikres f.eks. ved en økonomisk erstatning svarende til den mistede mulighed for at få tildelt kontrakten eller — hvis det med sikkerhed kan godtgøres, at

tilbudsgiveren burde tildeles kontrakten — indtægtstabet (jf. i denne retning Rettens kendelse af 2.5.1994, sag T-108/94 R, Candiotte mod Rådet, Sml. II, s. 249, præmis 27, og af 20.7.2000, sag T-169/00 R, Esedra mod Kommissionen, Sml. II, s. 2951, præmis 51, samt kendelsen i sagen European Dynamics mod Kommissionen, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 83). Det følger således af den nyeste retspraksis, at den mistede mulighed for at få tildelt kontrakten, som den afviste tilbudsgiver har lidt som følge af en ulovlig afgørelse, kan tillægges en økonomisk værdi (jf. i denne retning Rettens præsidents kendelse af 25.4.2008, sag T-41/08 R, Vakakis mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 66 og 67 og den deri nævnte retspraksis, og af 20.1.2010, sag T-443/09 R, Agriconsulting Europe mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 32-34 og den deri nævnte retspraksis).

⁶⁷ Sagsøgeren har i det foreliggende tilfælde en retlig interesse i, at den anfægtede afgørelse annulleres, med henblik på at opnå, at EIB i henhold til den forpligtelse, der følger af artikel 233, stk. 1, EF, foretager en rimelig genoprettelse af selskabets situation, der i givet fald kan have form af økonomisk erstatning svarende til den mistede mulighed for at få tildelt kontrakten. Hvis sagsøgeren har fremsat en erstatningspåstand, som kan resultere i betaling af en pengesum i form af erstatning, skal det bemærkes, at denne påstand ikke drejer sig om den mistede mulighed for at få tildelt kontrakten, men indtægtstabet svarende til den fordel, selskabet ville have oppebåret, hvis det havde gennemført kontrakten (jf. præmis 210 nedenfor). Det følger heraf, at denne erstatningspåstand kan afvises, uden at dette indskrænker sagsøgerens mulighed for i givet fald at opnå økonomisk erstatning for den mistede mulighed for at få tildelt kontrakten ved en rimelig genoprettelse af selskabets tidligere situation i overensstemmelse med artikel 266, stk. 2, TEUF.

⁶⁸ Det følger af det ovenstående, at annulationspåstanden med sit resultat kan tilføre sagsøgeren en fordel, således at selskabet har en retlig interesse i, at den anfægtede afgørelse annulleres.

Den manglende anfægtelse af den anvendte fremgangsmåde under den sammenlignende vurdering af buddene i forbindelse med udbudsproceduren

Parternes argumenter

- ⁶⁹ EIB har anført, at sagsøgeren er afskåret fra at anfægte den anvendte fremgangsmåde under den sammenlignende vurdering af buddene, idet sagsøgeren ikke gjorde det rettidigt, dvs. inden udløbet af fristen for indgivelse af bud.
- ⁷⁰ Sagsøgeren har nedlagt påstand om, at EIB's formalitetsindsigelse forkastes.

Rettens bemærkninger

- ⁷¹ Afvisningspåstanden vedrører i praksis tredje og fjerde anbringende i påstanden om annulation, hvorved sagsøgeren anfægter lovligheden af tildelingskriteriet »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler«, og det femte anbringende i påstanden om annulation, hvorved sagsøgeren anfægter lovligheden af den relative vægtning af tildelingskriterierne, nemlig 75 % af pointene for de tekniske kriterier og 25 % af pointene for det finansielle kriterium.
- ⁷² Det er rigtigt, at ved at anfægte lovligheden af den fremgangsmåde, der er anvendt under den sammenlignende vurdering af buddene, anfægter sagsøgeren indirekte udbudsbetingelserne. Det spørgsmål, der opstår i den foreliggende sag, er således, om et udbudsdokument såsom udbudsbetingelserne er en akt, der kan være genstand for

et direkte søgsmål i medfør af artikel 230 stk. 4, EF, og dermed om sagsøgeren burde have anlagt sag til prøvelse af udbudsbetingelserne i medfør af denne bestemmelse inden for den i artikel 230, stk. 5, EF fastsatte frist på to måneder.

⁷³ Udbudsbetingelserne kan ikke anses for at være en akt, der berører hver tilbudsgiver på en individuel måde. Ligesom alle de af den ordregivende myndighed udsendte udbudsdokumenter finder udbudsbetingelserne anvendelse på objektivt fastlagte situationer og har retsvirkning over for generelt og abstrakt afgrænsede personkredse. De er derfor af generel karakter, og deres individuelle fremsendelse til tilbudsgiverne kan ikke individualisere hver enkelt af disse i forhold til alle andre i henhold til artikel 230, stk. 4, EF (Rettens dom af 21.5.2008, sag T-495/04, Belfass mod Rådet, Sml. II, s. 781, præmis 36-42).

⁷⁴ Den anfægtede afgørelse var i det foreliggende tilfælde således den første retsakt, der kunne anfægtes af sagsøgeren, og dermed den første retsakt, der berettigede sagsøgeren til indirekte at anfægte lovligheden af den fremgangsmåde, der er anvendt ved den sammenlignende vurdering af buddene, og som er angivet af EIB i udbudsbetingelserne.

⁷⁵ Det er således med urette, at EIB har påberåbt sig sagsøgerens påståede for sene indirekte anfægtelse i forbindelse med den foreliggende sag af lovligheden af den fremgangsmåde, der er anvendt under den sammenlignende vurdering af buddene, og som er angivet af EIB i udbudsbetingelserne.

⁷⁶ Det må følgelig fastslås, at det tredje, fjerde og femte anbringende i påstanden om annullation kan antages til realitetsbehandling, og at afvisningspåstanden, der er fremført af EIB i den forbindelse, skal afvises.

Uklarhed med hensyn til erstatningspåstanden

Parternes argumenter

- ⁷⁷ EIB har gjort gældende, at erstatningspåstanden i overensstemmelse med kravene i procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c), bør afvises, da de tre betingelser, der er fastsat i artikel 288, stk. 2, EF, for at gøre Fællesskabets ansvar uden for kontrakt gældende ikke nævnes i stævningen i det foreliggende tilfælde, og sagsøgeren ikke har hævdet, at disse betingelser er opfyldt. Ifølge EIB er stævningen uklar med hensyn til, om udbudsproceduren er behæftet med ulovligheder, om der foreligger en årsagssammenhæng mellem disse ulovligheder og det tab, sagsøgeren hævder at have lidt, og med hensyn til arten og den præcise størrelse af den påståede erstatning. I overensstemmelse med relevant retspraksis (Domstolens dom af 2.12.1971, sag 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt mod Rådet, Sml. 1971, s. 275; org.ref.: Rec. s. 975, og Rettens dom af 23.9.1994, sag T-461/93, An Taisce og WWF UK mod Kommissionen, Sml. II, s. 733, præmis 42 og 43) bør en sådan påstand dermed afvises.
- ⁷⁸ Sagsøgeren er grundlæggende af den opfattelse, at procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c), ikke er blevet overtrådt, og at de elementer, der gør det muligt at identificere de tre betingelser for, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontraktforhold som omhandlet i artikel 288, stk. 2, EF, er nævnt i stævningen.

Rettens bemærkninger

- ⁷⁹ Det skal bemærkes, at ifølge artikel 21 i statutten for Domstolen og procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c), skal stævningen indeholde søgsmålets genstand og en

kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Disse angivelser skal være tilstrækkeligt klare og præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og Retten i givet fald på det således foreliggende grundlag kan tage stilling til sagen. Af retssikkerheds- og retsplejehensyn er det en forudsætning for, at en sag kan antages til realitetsbehandling, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, eventuelt kortfattet, men dog på en sammenhængende og forståelig måde, fremgår af selve stævningen (jf. Rettens dom af 3.2.2005, sag T-19/01, Chiquita Brands m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 315, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis).

⁸⁰ For at opfylde disse krav skal en stævning, hvori der nedlægges påstand om betaling af erstatning for skade forvoldt af en fællesskabsinstitution eller ethvert andet fællesskabsorgan, indeholde de elementer, der gør det muligt at identificere den adfærd, som sagsøgeren bebrejder institutionen eller organet, grundene til, at han antager, at der består en årsagsforbindelse mellem adfærden og det tab, han hævder at have lidt, samt karakteren og størrelsen af dette tab (jf. Rettens dom af 18.9.1996, sag T-387/94, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 961, præmis 107, og af 10.7.1997, sag T-38/96, Guérin Automobiles mod Kommissionen, Sml. II, s. 1223, præmis 42, samt dommen i sagen Chiquita Brands m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 79 ovenfor, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).

⁸¹ Det fremgår af stævningen, at »erstatningspåstanden, der er indgivet i henhold til artikel 235 EF og 288 EF, er baseret på den anfægtede afgørelses ulovlige karakter [...], som er genstand for denne retssag«. Det følger heraf, at denne påstand klart er baseret på de ulovligheder, der er påberåbt i forbindelse med annullationspåstanden. Det fremgår desuden af stævningen, at »sagsøgeren har fremsat krav om betaling af erstatning fra EIB med et beløb svarende til 50 % af 3,88 mio. EUR, dvs. 1,94 mio. EUR, anslået til »den bruttofortjeneste i forbindelse med den nævnte åbne udbudsprocedure, som sagsøgeren forventede at ville have opnået ved en tildeling af kontrakten«. Det følger heraf, at stævningen indeholder elementer, der gør det muligt at identificere arten og omfanget af det påberåbte tab. Sagsøgeren har desuden i stævningen redegjort for den måde, hvorpå beløbet er beregnet. Selv om sagsøgeren ikke bruger en specifik del af stævningen på spørgsmålet om årsagssammenhængen mellem

ulovlighederne og de tab, der påberåbes, indeholder stævningen således elementer, der gør det muligt at identificere grundene til, at sagsøgeren finder, at der foreligger en årsagssammenhæng mellem denne adfærd og det tab, der hævdes at være lidt, dvs. at årsagssammenhængen i det foreliggende tilfælde ifølge sagsøgeren skyldes den omstændighed, at den anfægtede afgørelse har forhindret sagsøgeren i at få tildelt kontrakten og indgå en rammeaftale med EIB vedrørende gennemførelsen af denne kontrakt.

- ⁸² Under disse omstændigheder må det fastslås, at erstatningspåstanden kan antages til realitetsbehandling, og at afvisningspåstanden, der er fremført af EIB i den forbindelse, skal afvises.

2. Om realiteten

Den relevante lovgivning

Parternes argumenter

- ⁸³ Sagsøgeren er af den opfattelse, at EIB i dens egenskab af ordregivende myndighed er forpligtet til at handle i overensstemmelse med bestemmelserne i »Retningslinjer for indgåelse af kontrakter — Retningslinjer for indgåelse af kontrakter vedrørende tjenesteydelser, leverancer og bygge- og anlægsarbejder, der indgås af EIB på egne vegne« i den version, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder (herefter »retningslinjerne«), samt overholde de generelle principper og de gældende bestemmelser om offentlige udbud. Hvis Europa-Parlamentets og Rådets direktiv

2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114) ikke som sådant finder anvendelse på EIB's udbudsprocedurer, fremgår det endvidere af retningslinjernes indledning, at dette direktiv udgør en passende reference for bedømmelsen af retningslinjernes bestemmelser, der er inspireret deraf. Retten har desuden allerede accepteret at kontrollere lovligheden af en beslutning, som Kommissionen har truffet vedrørende tildelingen af en offentlig kontrakt, i forhold til bestemmelserne i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EUT L 209, s. 1), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 328, s. 1) (Rettens dom af 12.3.2008, sag T-345/03, Europaïki Dynamiki mod Kommissionen, Sml. II, s. 341, præmis 206).

- ⁸⁴ EIB har heroverfor anført, at direktiv 2004/18 ikke finder anvendelse på den, og har tilføjet, at retspraksis vedrørende udbudsprocedurer kun vedrører EIB i det omfang, den fortolker bestemmelser, der gælder for EIB. Det fremgår af retspraksis (Rettens dom i sagen Sogelma mod AER, nævnt i præmis 31 ovenfor, præmis 115, og dom af 10.9.2008, sag T-59/05, Europaïki Dynamiki mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelse, præmis 46 og 47), at direktiv 2004/18 og ligeledes direktiv 92/50, som det ophæver og erstatter, ikke finder anvendelse på offentlige kontrakter, som indgås af en fællesskabsinstitution eller et fællesskabsorgan på egne vegne, bortset fra når de bestemmelser, der finder anvendelse på disse, udtrykkeligt henviser til dem.

Rettens bemærkninger

- ⁸⁵ Parternes argumenter rejser spørgsmålet om, hvilke regler der regulerer indgåelse af offentlige kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder, leverancer og tjenesteydelser, som EIB indgår på egne vegne, mod vederlag og for sine egne midler.

⁸⁶ EIB har finansielt selvstyre, idet den i henhold til artikel 267 EF virker »ved anvendelse dels af midler lånt på kapitalmarkedet, dels af egne midler« (jf. i denne retning dom af 10.7.2003, Kommissionen mod EIB, nævnt ovenfor i præmis 42, præmis 101 og 128) og ikke over fællesskabsbudgettet, selv om den skal forvalte midler, der hidrører fra dette budget som fuldmægtig for Fællesskabet og på Fællesskabets vegne, og at en del af dens aktiviteter dermed udøves for Fællesskabets midler. I det foreliggende tilfælde vedrører sagen imidlertid en udbudsprocedure, der er finansieret af EIB's egne midler.

⁸⁷ En sådan procedure er hverken omfattet af bestemmelserne i anden del, afsnit IV, 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), med senere ændringer (herefter »finansforordningen«), og endnu mindre af bestemmelserne i anden del, afsnit III, i Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 2342/2002 af 23. december 2002 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 1605/2002 (EFT L 357, s. 1) med senere ændringer (herefter »gennemførelsesbestemmelserne«). Disse bestemmelser finder kun anvendelse på »De Europæiske Fællesskabers almindelige budget«, og som det fremgår af finansforordningens artikel 88, stk. 1, svarer de heraf omfattede offentlige aftaler således til de kontrakter, som helt eller delvis afholdes over Fællesskabers almindelige budget (Rettens dom af 8.5.2007, sag T-271/04, Citymo mod Kommissionen, Sml. II, s. 1375, præmis 121).

⁸⁸ EIB's udbudsprocedurer skal ikke desto mindre være i overensstemmelse med EF-traktatens grundlæggende regler og de almindelige retsgrundsætninger, bl.a. om de frie varebevægelser (artikel 28 EF), etableringsretten (artikel 43 EF), den frie udveksling af tjenesteydelser (artikel 49), ikke-forskelsbehandling og ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Det fremgår således af fast retspraksis vedrørende procedurerne for indgåelsen af Fællesskabets offentlige kontrakter, at den

ordregivende myndighed er underlagt EF-traktatens grundlæggende og de almindelige retsgrundsætninger og målene i charteret.

- 89 Selv om direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter vedrørende tjenesteydelser, leverancer og bygge- og anlægsarbejder kun regulerer de kontrakter, der indgås af medlemsstaternes enheder eller ordregivende myndigheder og ikke finder direkte anvendelse på de offentlige kontrakter, der indgås af fællesskabsadministration, kan de regler eller principper, der er fastlagt eller fastsat inden for rammerne af disse direktiver, påberåbes over for denne administration, når de kun er anført som et specifikt udtryk for EF-traktatens grundlæggende regler og de almindelige retsgrundsætninger, der forpligter fællesskabsadministrationen direkte (jf. i denne retning Domstolens dom af 9.9.2003, sag C-25/02, Rinke, Sml. I, s. 8349, præmis 25-28). I et retsfællesskab er den ensartede anvendelse et grundlæggende krav (Domstolens dom af 6.12.2005, forenede sager C-453/03, C-11/04, C-12/04 og C-194/04, ABNA m.fl., Sml. I, s. 10423, præmis 104), og ethvert retssubjekt er underlagt et princip om overholdelse af lov og ret. Institutionerne er således forpligtet til at overholde EF-traktatens regler og de almindelige retsgrundsætninger, der gælder for dem, på samme måde som ethvert andet retssubjekt (jf. i denne retning Domstolens dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 18-21, og dommen i sagen Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen, nævnt i præmis 62 ovenfor, præmis 55). Desuden kan de regler eller principper, der er fastlagt eller fastsat inden for rammerne af disse direktiver, påberåbes over for fællesskabsadministrationen, når denne under udøvelse af dens funktionelle og institutionelle selvstændighed og inden for rammerne af de beføjelser, der er tillagt den ved EF-traktaten, har vedtaget en retsakt, der udtrykkeligt — for at regulere de kontrakter, den har indgået på egne vegne — henviser til bestemte regler eller principper i direktiverne, og hvorved disse regler og principper finder anvendelse i henhold til princippet *pater legem quam ipse fecisti* (jf. i denne retning Domstolens dom af 11.7.1985, forenede sager 87/77, 130/77, 22/83, 9/84 og 10/84, Salerno m.fl. mod Kommissionen og Rådet, Sml. s. 2523, præmis 52, 56 og 57, og af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 113-115). Når den pågældende retsakt kræver en fortolkning, skal den i videst muligt omfang fortolkes i overensstemmelse med en ensartet anvendelse af fællesskabsretten og EF-traktatens bestemmelser og

de almindelige retsgrundsætninger (jf. Domstolens dom af 21.3.1991, sag C-314/89, Rauh, Sml. I, s. 1647, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis, og af 29.6.1995, sag C-135/93, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1651, præmis 37).

⁹⁰ Det fremgår af retningslinjerne, at det er med henblik på at »overholde Den Europæiske Unions grundlæggende principper om indgåelse af offentlige kontrakter og særligt principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed«, at EIB har besluttet at afholde udbudsprocedurer, der gør det muligt at »iværksætte et udbud for kvalificerede tilbudsgivere og foretage en udvælgelse, der er baseret på omkostningsmæssige og kvalitetsmæssige betragtninger«. Med henblik herpå fandt EIB, at »selv om direktiv 2004/18 ikke fandt anvendelse som sådan på EIB, udgjorde den en passende reference for fastlæggelsen af EIB's procedurer«. Retningslinjernes punkt 2.1 bestemmer bl.a., at »EIB skal følge de procedurer, der er beskrevet i direktiv 2004/18, når den tildeler de kontrakter, der ikke er undtaget fra direktiv 2004/18's anvendelsesområde i overensstemmelse med dets bestemmelser, og hvis anslåede samlede værdi eksklusive moms svarer til eller overskrider følgende tærskelværdier: a) 206 000 EUR for tjenesteydelseskontrakter [...]«. I retningslinjerne er der desuden talrige henvisninger til direktiv 2004/18.

⁹¹ Retningslinjernes punkt 2.4 og 2.5 beskriver nærmere de forskellige faser i den udbudsprocedure, der er nævnt i retningslinjernes punkt 2.2.1.

⁹² Retningslinjerne foreskriver i denne forbindelse de generelle regler, der har retsvirkninger over for tredjemand, navnlig dem, der beslutter at afgive bud på en offentlig kontrakt, der helt eller delvis er finansieret af EIB's egne midler, ligesom det er retligt bindende for EIB, når den beslutter at indgå en kontrakt på egne vegne (jf. i denne retning og analogt dommen i sagen Citymo mod Kommissionen, nævnt i præmis 87 ovenfor, præmis 122).

- ⁹³ Det følger af ovenstående bemærkninger, at når EIB er aktiv og anvender dels midler lånt på kapitalmarkedet, dels egne midler, især når den indgår offentlige kontrakter på egne vegne, er den undergivet både de principper, der er nævnt i præmis 88 ovenfor, og retningslinjernes bestemmelser, navnlig dem, der er nævnt i præmis 91 ovenfor, som fortolket i lyset af de principper, som bestemmelserne har til formål at gennemføre, og i givet fald bestemmelserne i direktiv 2004/18, som disse bestemmelser henviser til.

Annulationspåstanden

- ⁹⁴ Til støtte for annullationspåstanden har sagsøgeren fremført fem anbringender i stævningen. Det første anbringende vedrører nærmere bestemt en tilsidesættelse af retningslinjernes punkt 2.5.2, principperne om gennemsigtighed og ligebehandling og adgangen til effektive retsmidler. Det andet anbringende vedrører nærmere bestemt en tilsidesættelse af principperne om åbenhed og god forvaltningsskik og forpligtelsen til at begrunde bebyrdende retsakter og adgangen til effektive retsmidler. Det tredje anbringende vedrører nærmere bestemt en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og forpligtelsen til at vælge kriterier for tildeling, der muliggør en sammenlignende vurdering af buddene. Det fjerde anbringende vedrører en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling og forpligtelsen til ved den sammenlignende vurdering af buddene at anvende tildelingskriterier, der ikke falder sammen med kriterierne for udvælgelse af tilbudsgiverne. Det femte anbringende vedrører tilsidesættelse af de regler, der finder anvendelse på udbudsprocedurer, der følger af, at den relative vægtning af tildelingskriterierne indebærer en neutralisering eller minimering af »priseffekten« i den anfægtede afgørelse.
- ⁹⁵ Ved skrivelse indgivet den 8. januar 2010 (jf. præmis 21 ovenfor) har sagsøgeren anført et sjette anbringende til støtte for påstanden om annulation af den anfægtede afgørelse vedrørende tilsidesættelse af finansforordningens artikel 99 og gennemførelsesbestemmelsernes artikel 149, stk. 1 og 2, der forbyder enhver drøftelse mellem den

ordregivende myndighed og ansøgerne eller tilbudsgiverne, der fører til en ændring af markedsvilkårene eller vilkårene i budet, og af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling såsom de i finansforordningens artikel 89 fastsatte, sammenholdt med dens 18. betragtning.

- ⁹⁶ Indledningsvis skal det første og andet anbringende behandles samlet, idet disse er delvist sammenfaldende. Det er hensigtsmæssigt at besvare det tredje og fjerde anbringende, der fremstår som supplerende, samlet. Endelig og af praktiske hensyn skal det sjette anbringende gennemgås før det femte anbringende.

Det første og andet anbringende

— Parternes argumenter

- ⁹⁷ Med det første og andet anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at EIB har tilsidesat retningslinjernes punkt 2.5.2 og principperne om gennemsigtighed og ligebehandling og god forvaltningsskik, sagsøgerens adgang til effektive retsmidler og forpligtelsen til at begrunde bebyrdende retsakter. For det første burde EIB have forkyndt den anfægtede afgørelse for sagsøgeren så hurtigt som muligt og skriftligt og på eget initiativ have fremsendt de samme oplysninger til alle tilbudsgiverne uden undtagelse, således at de sikres den nødvendige tid til udøvelsen af deres legitime rettigheder. Dernæst burde EIB senest 15 dage efter sagsøgerens anmodning have meddelt sagsøgeren navnet på den valgte tilbudsgiver og grundene til, at sagsøgerens bud blev afvist, og begrundet den anfægtede afgørelse i forhold til sagsøgeren, med

angivelse af sammenligningsgrundlaget i vurderingsrapporten for karakteristika og fordele ved sagsøgerens bud og den valgte tilbudsgivers bud. Endelig burde EIB i det mindste havde fremsendt begrundelsen for den anfægtede afgørelse til sagsøgeren før anlæggelsen af nærværende sag med henblik på at sikre sagsøgerens ret til effektive retsmidler.

- 98 EIB har gjort gældende, at det første anbringende bør forkastes. Ifølge EIB var offentliggørelsen af bekendtgørelsen om tildelingen af kontrakten i EF-Tidende et middel, der er officielt anerkendt i Fællesskabets retsorden til at underrette sagsøgeren om den anfægtede afgørelse. Den omstændighed, at EIB ikke har meddelt sagsøgeren den anfægtede afgørelse personligt, er en administrativ fejl, der er begået af EIB's tjenestegrene. Sidstnævnte har imidlertid omgående den 1. august 2008 besvaret sagsøgerens anmodning om forklaringer af 31. juli 2008. Under alle omstændigheder og i overensstemmelse med retspraksis kan anbringendet om manglende meddelelse ikke tiltrædes, da sagsøgeren på datoen for anlæggelsen af nærværende søgsmål, nemlig den 6. oktober 2008, var i besiddelse af begrundelsen for den anfægtede afgørelse. På samme måde kan der ikke konstateres nogen overtrædelse af princippet om ligebehandling, da den hævdede ulovlighed ikke har haft indflydelse på den anfægtede afgørelse, eftersom vurderingsudvalget klart i forhold til tildelingskriterierne fandt, at den valgte tilbudsgivers bud var meget bedre end sagsøgerens.

- 99 EIB har desuden gjort gældende, at det andet anbringende bør forkastes. EIB har anført, at den i tilstrækkeligt omfang har begrundet den anfægtede afgørelse og har fulgt en procedure, der var i overensstemmelse med bestemmelserne i retningslinjerne og retspraksis vedrørende udbudsprocedurer. I overensstemmelse med retspraksis og retningslinjernes punkt 2.5.2 modtog sagsøgeren ved skrivelse af 1. august 2008 en begrundet forklaring på karakteristika og fordele ved det valgte bud og navnet på kontraktmodtageren, således at den anfægtede afgørelse er blevet begrundet i tilstrækkeligt omfang til, at sagsøgeren kunne gøre sine rettigheder gældende, og til, at Retten kan udøve sin prøvelsesret under hensyntagen til de særlige omstændigheder i den foreliggende sag. Det fremgår klart af denne skrivelse, at for hvert enkelt tildelingskriterium undtagen det finansielle kriterium opnåede den valgte tilbudsgivers

bud dobbelt så mange point som sagsøgerens bud. Selv om sagsøgeren havde opnået et bedre pointtal end den valgte tilbudsgiver for så vidt angår det finansielle kriterium, ville dette ikke have været afgørende, da den relative vægtning for det finansielle kriterium udgjorde 25 % af det samlede pointantal.

— Rettens bemærkninger

- ¹⁰⁰ Når en fællesskabsadministration besidder en vid skønsbeføjelse, må der lægges endnu større vægt på overholdelsen af de garantier, som fællesskabsretten giver med hensyn til den administrative sagsbehandling. Disse garantier omfatter bl.a. kravet om, at denne administration forsyner sine afgørelser med en tilstrækkelig begrundelse. Kun under disse omstændigheder kan retten efterprøve, om de faktiske og retlige omstændigheder, der har betydning ved udøvelsen af skønnet, forelå (Domstolens dom af 21.11.1991, sag C-269/90, Technische Universität München, Sml. I, s. 5469, præmis 14, og Rettens dom af 5.3.2002, sag T-241/00, Le Canne mod Kommissionen, Sml. II, s. 1251, præmis 53). Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at denne administration råder over et vidt skøn i relation til de faktorer, der skal tages i betragtning med henblik på vedtagelsen af en beslutning om at indgå en kontrakt på grundlag af et udbud (Rettens dom af 27.9.2002, sag T-211/02, Tideland Signal mod Kommissionen, Sml. II, s. 3781, præmis 33, af 6.7.2005, sag T-148/04, TQ3 Travel Solutions Belgium mod Kommissionen, Sml. II, s. 2627, præmis 47, og af 23.11.1978, sag 56/77, Agence européenne d'intérims mod Kommissionen, Sml. s. 2215, præmis 20).

- ¹⁰¹ For det første skal sagsøgerens anbringende vedrørende en tilsidesættelse af retningslinjernes punkt 2.5.2 undersøges, idet EIB ikke hurtigst muligt underrettede sagsøgeren om, at den anfægtede afgørelse blev vedtaget.

- 102 Det fremgår af retningslinjernes punkt 2.5.2 vedrørende »kontakten mellem EIB og ansøgerne og tilbudsgiverne«, at »EIB hurtigst muligt skal underrette alle de berørte parter om den afgørelse, der er vedtaget inden for rammerne af en udbudsprocedure«.
- 103 EIB har erkendt både for Retten og i sin skrivelse til sagsøgeren af 14. august 2008, at »sagsøgeren ikke havde modtaget en officiel skrivelse i rette tid, der meddelte resultatet af udbudsproceduren«, og EIB har forklaret, at »som følge af en undersøgelse, der blev indledt efter sagsøgerens klage, opdagede EIB, at denne mangel skyldtes en administrativ fejl«. EIB har desuden erkendt, at samtlige tilbudsgivere »bortset fra sagsøgerens ulyksalige tilfælde« blev underrettet om, at den anfægtede afgørelse var blevet vedtaget, ved skrivelse af 18. februar 2008. Det er ubestridt, at sagsøgeren først fik kendskab til den anfægtede afgørelse ved offentliggørelsen af bekendtgørelsen om tildelingen af kontrakten i supplementet til EU-Tidende den 26. juli 2008, dvs. mere end en måned efter undertegnelsen af rammeaftalen den 12. og 17. juni 2008 og dens ikrafttræden den 16. juni 2008.
- 104 EIB har således i det foreliggende tilfælde tilsidesat bestemmelserne i retningslinjernes punkt 2.5.2, idet EIB ikke hurtigst muligt underrettede sagsøgeren om, at den anfægtede afgørelse blev vedtaget.
- 105 For det andet skal sagsøgerens anbringender om en tilsidesættelse af bestemmelserne i retningslinjernes punkt 2.5.2 og forpligtelsen til at begrunde bebyrdende retsakter, der følger af, at EIB ikke har meddelt sagsøgeren karakteristika og fordele ved det valgte bud eller navnet på den valgte tilbudsgiver senest 15 dage efter modtagelsen af sagsøgerens skriftlige anmodning eller senest inden anlæggelsen af søgsmålet, undersøges.
- 106 Retningslinjernes punkt 2.5.2 bestemmer navnlig, at »på anmodning af den berørte part skal EIB senest 15 dage efter modtagelsen af den skriftlige anmodning meddele [...] alle tilbudsgiverne, der har fremsat et forskriftsmæssigt bud, de karakteristika og relative fordele, der kendetegner det valgte bud, samt opgive navnet på den valgte tilbudsgiver og parterne i rammeaftalen [...]«.

- 107 Denne fremgangsmåde er i overensstemmelse med formålet med begrundelsespligten i henhold til artikel 230 EF, der indebærer, at begrundelsen for en bebyrdende beslutning skal give retten mulighed for at udøve sin prøvelsesret og for den berørte part at gøre sig bekendt med begrundelsen for den trufne foranstaltning med henblik på at kunne varetage sine interesser og afgøre, om beslutningen er lovlig (jf. analogt Rettens dom af 24.1.1992, sag T-44/90, *La Cinq* mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis, af 8.5.1996, sag T-19/95, *Adia Interim* mod Kommissionen, Sml. II, s. 321, præmis 32, og af 12.7.2007, sag T-250/05, *Evropaïki Dynamiki* mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 69). I forbindelse med udbudsprocedurer begrænser det forhold, at de berørte tilbudsgivere først modtager en begrundet beslutning efter en udtrykkelig anmodning herom fra deres side, på ingen måde deres mulighed for at forsvare deres rettigheder for Retten. Søgsmålsfristen i henhold til artikel 230, stk. 5, EF begynder nemlig først at løbe fra det tidspunkt, hvor den begrundede beslutning bliver meddelt tilbudsgiveren, forudsat at denne har indgivet anmodningen om en begrundet beslutning inden for en rimelig frist efter at have fået kendskab til afslaget på sit bud (jf. dommen i sagen *Adia Interim* mod Kommissionen, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).
- 108 Henset til det vide skøn, som den ordregivende myndighed råder over i forbindelse med udbudsprocedurer, er denne myndighed forpligtet til at give en tilstrækkelig begrundelse til de forbigående tilbudsgivere, der anmoder om det, hvilket forudsætter, at myndigheden omhyggeligt sikrer, at den i den fremsendte begrundelse afspejler alle de forhold, som afgørelsen er baseret på (jf. i denne retning dommen af 10.9.2008 i sagen *Evropaïki Dynamiki* mod Kommissionen, nævnt i præmis 84 ovenfor, præmis 134).
- 109 Overholdelsen af begrundelsespligten skal vurderes under hensyn til de oplysninger, sagsøgeren råder over på det tidspunkt, hvor søgsmålet bliver indbragt (Rettens domme af 25.2.2003, sag T-183/00, *Strabag Benelux* mod Rådet, Sml. II, s. 135, præmis 58, og sag T-4/01, *Renco* mod Rådet, Sml. II, s. 171, præmis 96). Det fremgår derimod af fast retspraksis, at det ikke tillades, at begrundelsen først gives efterfølgende under retssagen, medmindre der foreligger særlige omstændigheder (jf. Rettens dom af 20.5.2009, sag T-89/07, *VIP Car Solutions* mod Parlamentet, Sml. II, s. 1403, præmis 76 og den deri nævnte retspraksis).

- 110 Det er ubestridt, at sagsøgeren ved skrivelse af 31. juli 2008 anmodede om at få oplyst karakteristika og fordele ved det valgte bud og navnet på kontraktmodtageren. EIB har anført, at den har besvaret denne anmodning ved sin skrivelse af 1. august 2008. Hvis sagsøgeren som følge af sidstnævnte skrivelse endnu en gang ved skrivelse af 1. august 2008 har anmodet om præciseringer, har EIB i sin skrivelse af 14. august 2008 svaret sagsøgeren, at EIB allerede havde givet sagsøgeren et så fyldestgørende et svar som muligt og henviste til beslutningen om tildeling af kontrakten, der blev trykt i EU-tidende. Det fremgår hverken af sagsakterne eller af parternes argumenter, at begrundelsen for den anfægtede afgørelse kunne være blevet meddelt sagsøgeren af EIB med andre midler end dem, der er nævnt ovenfor, før anlæggelsen af nærværende sag.
- 111 Det følger heraf, at den anfægtede afgørelses begrundelse, der blev givet til sagsøgeren af EIB før anlæggelsen af søgsmålet og som svar på sagsøgerens anmodning af 31. juli 2008, skal findes i ordlyden af EIB's skrivelse af 1. august 2008, dens sammenhæng og alle de retsregler, som gælder på det pågældende område, da denne afgørelse blev fremsendt senest 15 dage efter modtagelsen af sagsøgerens skriftlige anmodning.
- 112 Det fremgår af skrivelsen af 1. august 2008, at EIB meddelte sagsøgeren navnet på den valgte tilbudsgiver, den relative vægtning af tildelingskriterierne og fordelingen af point for henholdsvis sagsøgerens bud og den valgte tilbudsgivers bud efter den sammenlignende vurdering af buddene. I denne skrivelse blev det anført, at sagsøgerens bud havde opnået 22,03 point (ud af 35 disponible point), fordelt således: 8,75 point (ud af 8,75 disponible point) for det finansielle kriterium, 2,85 point (ud af 5,25 disponible point) for kriteriet »kvalitetsstyringsprocessen«, 7,43 point (ud af 15,75 disponible point) for kriteriet »overensstemmelsesniveauet for det foreslåede personales kompetencer og kvalifikationer« og 3 point (ud af 5,25 disponible point) for kriteriet »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler«, mens den valgte tilbudsgivers bud havde opnået 29,36 point (ud af 35 disponible point), fordelt således: 5,29

point (ud af 8,75 disponible point) for det finansielle kriterium, 4,12 point (ud af 5,25 disponible point) for kriteriet »kvalitetsstyringsprocessen«, 15,3 point (ud af 15,75 disponible point) for kriteriet »overensstemmelsesniveauet for det foreslåede personales kompetencer og kvalifikationer« og 4,12 point (ud af 5,25 disponible point) for kriteriet »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler«.

- 113 Oplysningerne fra EIB i form af pointtildelingen gav sagsøgeren mulighed for — for hvert enkelt tildelingskriterium — direkte at sammenligne de point, som dennes bud har opnået, med de point, den valgte tilbudsgivers bud havde opnået, idet EIB ikke kun oplyste sagsøgeren om det samlede antal point, de to bud havde opnået. Disse oplysninger har bl.a. gjort det muligt for sagsøgeren straks at kende den præcise begrundelse for, at dennes bud ikke var blevet valgt, nemlig at det samlede antal point — efter den sammenlignende vurdering af buddene — som sagsøgerens bud har opnået, var mindre end det samlede antal point, som den valgte tilbudsgivers bud havde opnået, idet dette, selv om sagsøgeren havde opnået det bedste pointantal for så vidt angår det finansielle kriterium, ikke var tilstrækkeligt under hensyntagen til den relative vægtning af kriterierne for tildelingen, som EIB har valgt, til at skabe modvægt til de point, sagsøgerens bud havde opnået for hvert af de tekniske tildelingskriterier, der var mindre end de point, den valgte tilbudsgivers bud havde opnået.
- 114 Hvad angår en udbudsprocedure, i forbindelse med hvilken sagsøgeren har indgivet det laveste bud, således at denne havde afgivet det laveste bud sammenlignet med alle buddene, og således at dennes bud alene blev afvist, fordi dette buds tekniske værdi blev fundet relativt dårligere end den valgte tilbudsgivers bud, må det imidlertid konstateres, at denne begrundelse — hvis den udgjorde en indledende forklaring — og ikke kunne anses for at være tilstrækkelig med hensyn til kravet om, at begrundelsen klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt retsakten, har lagt til grund (jf. i denne retning dommen i sagen VIP Car Solutions mod Parlamentet, nævnt i præmis 109 ovenfor, præmis 75 og 76). Skrivelsen af 1. august 2008 indeholder således ikke oplysninger om den begrundelse, som efter EIB's opfattelse berettiger de point, der er tildelt henholdsvis sagsøgerens og den valgte tilbudsgivers bud for de tekniske kriterier. Disse pointtal, der er nævnt i denne

skrivelse, blev heller ikke suppleret med generelle bemærkninger med detaljerede oplysninger om årsagen til, at EIB har tildelt flere point til den valgte tilbudsgivers bud end sagsøgerens bud for hvert af de tekniske kriterier, der har gjort det muligt at anse begrundelsen i den anfægtede afgørelse for fyldestgørende (jf. i denne retning dommen af 10.9.2008 i sagen *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, nævnt i præmis 84 ovenfor, præmis 129, og dom af 9.9.2009, sag T-437/05, *Brink's Security Luxembourg mod Kommissionen*, Sml. II, s. 3233, præmis 169).

- 115 EIB har ganske vist under sagens behandling præciseret årsagen til, at den vedtog den anfægtede afgørelse, og navnlig præciseret den omstændighed, at for så vidt angår det tekniske kriterium »overensstemmelsesniveauet for det foreslåede personales kompetencer og kvalifikationer« og det tekniske kriterium »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler« »var det største problem sagsøgerens konsulenter erfaring (eller snarere manglende erfaring) i bank- og finanssektoren«, og for så vidt angår det tekniske kriterium »kvalitetsstyringsprocessen« var den valgte tilbudsgivers bud »mere konkret« end sagsøgerens bud, som »syntes at omfatte alle de aspekter, der kræves, men [...] var beskrevet i ret generelle og komplekse vendinger«. Dette kan imidlertid ikke opveje utilstrækkeligheden af den oprindelige begrundelse i den anfægtede afgørelse. EIB har således ikke anført nogen ekstraordinære omstændigheder, som kan begrunde, at sagsøgeren ikke har fået en tilstrækkelig begrundelse senest 15 dage efter modtagelsen af dennes skriftlige anmodning eller under alle omstændigheder inden anlæggelsen af søgsmålet.
- 116 Det fremgår af det ovenstående, at den anfægtede afgørelse er utilstrækkeligt begrundet, og at den dermed tilsidesætter bestemmelserne i retningslinjernes punkt 2.5.2 og mere generelt begrundelsespligten i artikel 253 EF.
- 117 For det tredje skal sagsøgerens anbringende vedrørende tilsidesættelsen af adgangen til effektive retsmidler og tilsidesættelsen af principperne om ligebehandling, genemsigtighed og god forvaltningsskik undersøges.

- 118 Hvad for det første angår den påståede tilsidesættelse af adgangen til effektive retsmidler skal det bemærkes, at adgangen til domstolsprøvelse er et af de grundlæggende elementer i et retsfællesskab, og at denne adgang er sikret i den retsorden, der er baseret på EF-traktaten, idet der ved traktaten er indført et fuldstændigt retsmiddel- og proceduresystem, hvormed Domstolen skal kunne kontrollere lovligheden af fællesskabsadministrationens retsakter (dommen i sagen *Les Verts mod Parlamentet*, nævnt i præmis 30 ovenfor, præmis 23). Domstolen støtter desuden retten til en effektiv domstolsprøvelse ved en kompetent ret på medlemsstaternes fælles forfatnings-traditioner og på artikel 6 og artikel 13 i konventionen til beskyttelse af menneskeret-tigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (Domstolens dom af 15.5.1986, sag 222/84, *Johnston*, Sml. s. 1651, præmis 18, og af 9.2.2006, forenede sager *C-23/04 - C-25/04*, *Sfakianakis*, Sml. I, s. 1265, præ-mis 28, og dommen i sagen *Philip Morris International m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 46 ovenfor, præmis 121). Retten til en effektiv domstolsprøvelse for enhver, hvis rettigheder og friheder som sikret ved fællesskabsretten er blevet kræn- ket, er desuden blevet proklameret i chartrets artikel 47.
- 119 I forbindelse med udbudsprocedurer bør tilbudsgiverne beskyttes mod vilkår- lighed fra den ordregivende myndigheds side, således at de sikres, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myn- digheders ulovlige beslutninger (jf. i denne retning og analogt Domstolens dom af 23.12.2009, sag *C-455/08*, *Kommissionen mod Irland*, ikke trykt i Samling af Afgørel- ser, præmis 26).
- 120 En fuld retsbeskyttelse af tilbudsgiverne mod vilkårlighed fra den ordregivende myn- digheds side indebærer således for det første forpligtelsen til at underrette alle til- budsgiverne om afgørelsen om tildeling af kontrakten før dennes indgåelse, således at disse har en reel mulighed for at indgive en klage med påstand om annullation af denne afgørelse, når de ledsagende betingelser er opfyldt.
- 121 Denne fulde retsbeskyttelse indebærer desuden et krav om, at en tilbudsgiver, hvis bud ikke er blevet antaget, har mulighed for rettidigt at lade spørgsmålet om gyldig- heden af beslutningen om tildeling undersøge, hvilket forudsætter, at der må være en rimelig frist mellem det tidspunkt, hvor tilbudsgiverne, hvis bud ikke er blevet antaget,

underrettes om beslutningen om tildeling, og kontraktens indgåelse, således at det indtil kontraktens indgåelse bl.a. er muligt for sidstnævnte at fremsætte en begæring om foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 242 EF og 243 EF, sammenholdt med artikel 225, stk. 1, EF, med påstand om, at gennemførelsen af den anfægtede afgørelse udsættes, indtil retten træffer afgørelse om annullationssøgsmålet vedrørende denne afgørelse (jf. i denne retning og analogt Domstolens dom af 24.6.2004, sag C-212/02, Kommissionen mod Østrig, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 21 og 23 og den deri nævnte retspraksis, og dommen i sagen Kommissionen mod Irland, nævnt i præmis 119 ovenfor, præmis 27 og 28 og den deri nævnte retspraksis). Retten til fuldstændig og effektiv domstolsbeskyttelse indebærer, at retssubjekterne kan sikres foreløbig beskyttelse, hvis dette - med henblik på at undgå en lakune i den retsbeskyttelse, som de kompetente retter sikrer — er nødvendigt for at sikre den fulde virkning af afgørelsen i hovedsagen (jf. i denne retning kendelser afsagt af Domstolens præsident den 3.5.1996, sag C-399/95 R, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 2441, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis, og af 23.2.2001, sag C-445/00 R, Østrig mod Rådet, Sml. I, s. 1461, præmis 111 og den deri nævnte retspraksis).

- 122 For at kravet om en effektiv domstolsbeskyttelse fastholdes, skal den ordregivende myndighed endelig overholde den begrundelsespligt, der påhviler den (jf. præmis 108 ovenfor), ved at give en fyldestgørende begrundelse til alle de forbigåede tilbudsgivere, der anmoder om det, således at de kan udøve denne ret under de bedst mulige betingelser, og afgørelsen af, om sagen bør prøves ved den kompetence ret, træffes af dem på grundlag af fuldt kendskab til sagen. Begrundelsen for den anfægtede beslutning er således en væsentlig formforskrift navnlig med henblik på at sikre retten til effektive retsmidler for den person, som berøres af den bebyrdende retsakt (jf. i denne retning dom af 28.10.1975, sag 36/75, Rutili, Sml. s. 1219, præmis 37-39, og af 15.10.1987, sag 222/88, Heylens m.fl., Sml. s. 4097, præmis 15 og 16).

- 123 I det foreliggende tilfælde har udbudsproceduren ikke opfyldt disse krav. For det første blev den anfægtede afgørelse ikke meddelt sagsøgeren, der således fik kendskab til den, efter at den i princippet ikke længere var relevant ved undertegnelsen og ikrafttrædelsen af rammeaftalen. Selv om EIB under retsmødet har gjort gældende, at sagsøgeren stadig kunne indgive en begæring om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede afgørelse efter undertegnelsen af rammeaftalen, har EIB undladt at

besvare sagsøgerens argumenter, der ligeledes er fremført under retsmødet, hvorefter en sådan begæring ikke længere har den tilsigtede virkning, efter at rammeaftalen er undertegnet og påbegyndt. Der skal desuden tages hensyn til, at EIB selv har erkendt, at gennemførelsen af den anfægtede afgørelse i form af undertegnelsen, og dernæst gennemførelsen af rammeaftalen, var til hinder for, at den kunne drage alle de konsekvenser, som er forbundet med en eventuel annullation af den anfægtede afgørelse, navnlig en genåbning af udbudsproceduren (jf. præmis 60 ovenfor). I det foreliggende tilfælde var sagsøgerens mulighed for at indgive en sådan begæring om udsættelse af gennemførelsen, allerede inden undertegnelsen og ikrafttrædelsen af rammeaftalen, således nødvendig for at sikre effektiviteten af dennes søgsmål med påstand om, at den upartiske udvælgelse i udbudsproceduren kan kontrolleres, og at sagsøgerens chancer for at kunne indgå kontrakten med EIB beskyttes, efter afslutningen af nævnte procedure. Som det allerede er bemærket (jf. præmis 116 ovenfor), har EIB ikke givet sagsøgeren en tilstrækkelig begrundelse for den anfægtede afgørelse inden anlæggelsen af søgsmålet, der bl.a. kræver denne afgørelse annulleret.

- ¹²⁴ Det følger heraf, at EIB i det foreliggende tilfælde har tilsidesat sagsøgerens adgang til effektive retsmidler.

- ¹²⁵ Hvad dernæst angår den påståede tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed følger det af fast retspraksis vedrørende udbudsprocedurer, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at overholde princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, der blot er et særligt udtryk for det generelle ligebehandlingsprincip (jf. i denne retning Domstolens dom af 13.10.2005, sag C-458/03, *Parking Brixen*, Sml. I, s. 8585, præmis 46 og 48 og den deri nævnte retspraksis). Ifølge fast retspraksis er den ordregivende myndighed forpligtet til på alle stadier af en udbudsprocedure at sikre alle tilbudsgiverne ligebehandling (dommen i sagen *Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta*, nævnt i præmis 89 ovenfor, præmis 108, og *Rettens dom af 17.12.1998*, sag T-203/96, *Embassy Limousines & Services mod Parlamentet*,

Sml. II, s. 4239, præmis 85) og følgelig kravet om, at alle tilbudsgivere har lige muligheder (Rettens dom af 12.7.2007, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, nævnt i præmis 107 ovenfor, præmis 45). Ifølge retspraksis indebærer ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet desuden en gennemsigtighedsforpligtelse, der består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne den offentlige kontrakt for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (Domstolens dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 62 og Parking Brixen-dommen, præmis 49).

¹²⁶ I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at EIB omgående underrettede de tilbudsgivere, hvis bud ikke blev antaget, om den anfægtede afgørelse inden undertegnelsen af rammeaftalen, og på den måde gav disse den mulighed, som den ulovligt havde frataget sagsøgeren (jf. præmis 123 ovenfor), der bestod i at indgive en begæring om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede afgørelse indtil undertegnelsen af rammeaftale for at bevare den effektive karakter af et søgsmål, som tilsigter, at den upartiske udvælgelse i udbudsprocedurerne kan kontrolleres.

¹²⁷ Det følger heraf, at EIB i det foreliggende tilfælde har tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tilsidesætte sagsøgerens adgang til effektive retsmidler til prøvelse af den anfægtede afgørelse, mens de øvrige forbigåede tilbudsgivere havde adgang til en sådan rettighed.

¹²⁸ Hvad endelig angår den påståede tilsidesættelse af princippet om god forvaltnings-skik fremgår det af retspraksis, at dette princip kan udgøre en retsregel, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder, hvis det er et udtryk for særlige rettigheder (jf. Rettens dom af 13.11.2008, sag T-128/05, SPM mod Rådet og Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 127).

- 129 Da det fremgår af de foregående betragtninger, at EIB har tilsidesat sagsøgerens beskyttede rettigheder, idet EIB ikke har underrettet sagsøgeren så hurtigt som muligt om den anfægtede afgørelse og ikke har givet sagsøgeren en tilstrækkelig begrundelse for den anfægtede afgørelse senest 15 dage efter modtagelsen af dennes skriftlige anmodning og inden anlæggelsen af søgsmålet, har EIB ligeledes tilsidesat princippet om god forvaltningsskik ved at tilsidesætte sagsøgerens adgang til effektive retsmidler til prøvelse af den anfægtede afgørelse.
- 130 Ifølge Domstolens retspraksis kan en række formskrifter, der har til formål at sikre, at foranstaltninger bliver omhyggeligt og grundigt forberedt, anses for væsentlige (Domstolens dom af 21.3.1955, sag 6/54, *Nederlandene mod Den Høje Myndighed*, Sml. 1954-1964, s. 13, org.ref.: Rec. s. 201, på s. 220). I forbindelse med indgåelsen af en offentlig kontrakt skal en forbigået tilbudsgivers adgang til effektive retsmidler til prøvelse af den afgørelse, som tildeler den offentlige kontrakt til en anden tilbudsgiver, samt den tilsvarende forpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed til efter anmodning at meddele denne tilbudsgiver begrundelsen for afgørelsen, anses for væsentlige formskrifter i henhold til den nævnte retspraksis, for så vidt som disse sikrer udarbejdelsen af beslutningen om at tildele garantier, der muliggør udøvelsen af effektiv kontrol med, at den udbudsprocedure, der har ført til afgørelsen, er upartisk.
- 131 I overensstemmelse med retspraksis om tilsidesættelse af en væsentlig formskrift skal det konstateres, at EIB's manglende overholdelse af væsentlige formskrifter i forbindelse med den anfægtede afgørelse må medføre, at denne annulleres (jf. i denne retning Domstolens dom af 30.3.1995, sag C-65/93, *Parlamentet mod Rådet*, Sml. I, s. 643, præmis 21).
- 132 På grundlag af det ovenfor anførte må det første og det andet anbringende tages til følge.

Det tredje og det fjerde anbringende

— Parternes argumenter

- 133 Med det tredje anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at EIB ved anvendelsen af et kriterium for tildeling, der benævnes »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler«, har tilsidesat proportionalitetsprincippet og forpligtelsen til at vælge tildelingskriterier, der muliggør den sammenlignende objektive vurdering af buddene. Det nævnte tildelingskriterium har forhindret tilbudsgiverne i at udøve deres legitime ret til at anvende underleverandører. Dette kriterium er desuden formuleret for upræcist til at gøre det muligt for tilbudsgiverne at få kendskab til den fulde kapacitet, de skal tilbyde for at opnå det højst mulige antal point. I listen over »spørgsmål og svar« viser spørgsmålet vedrørende det maksimale niveau for »evnen til at stille et hold« og EIB's svar på dette spørgsmål, hvorefter EIB »ikke havde fastsat det optimale antal«, at tilbudsgiverne ikke kunne vide og ikke vidste, hvad de skulle eller kunne gøre for at indgive det bedste bud med hensyn til dette kriterium, og at dette »optimale antal« var blevet fastsat af vurderingsudvalget på tidspunktet for den sammenlignende vurdering af buddene. En sådan fremgangsmåde bevirkede, at konkurrencen blev fordrejet mellem tilbudsgiverne til fordel for den valgte tilbudsgiver, nemlig den eksisterende kontrahent, der rådede over særligt it-udstyr, der blev anvendt af EIB, eller de tilbudsgivere, der havde tilstrækkelig kapacitet til ikke at indkalde et hold af eksterne eksperter, der kan mobiliseres, hvis kontrakten tildeles dem. I modsætning til hvad EIB har anført, er det særlige it-udstyr, som den valgte tilbudsgiver var i besiddelse af, ikke særligt udbredt, eftersom dets markedsandel kun er 3 %, og det er ret faldende. Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at denne rådede over adskillige eksperter, der opfylder EIB's behov, og at EIB selv har anerkendt dette, således som det fremgår af en oversigt, der er indsat i replikken. Sagsøgeren har opfordret EIB til at afsløre de anonyme curriculum vitæ for personalet, der er fremsendt af den valgte tilbudsgiver,

således at deres kvalifikationer kan sammenlignes med sagsøgerens egne eksperters kvalifikationer.

¹³⁴ EIB har gjort gældende, at det tredje anbringende skal forkastes. Det fremgik klart af punkt 6.4 og 6.5 i udbudsbetingelserne, at underleverancer og sammenslutninger af tilbudsgivere var tilladt, hvilket omfatter anvendelsen af uafhængige eksperter. Dette blev også bekræftet i listen over »spørgsmål og svar«, hvor det blev præciseret, at midlerne fra underleverandører var sidestillet med den pågældende tilbudsgivers egne midler med henblik på udbudsproceduren. Den eneste betingelse i punkt 1.3 i udbudsbetingelserne var, at tilbudsgiverne viste deres vilje til at antage et hold med tilstrækkelige kompetencer. Desuden var den valgte tilbudsgiver ikke den eneste, der kunne opfylde det tekniske kriterium »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler« ved at gøre brug af sit »eget personale«, idet denne ikke rådede over hele det it-udstyr, der blev anvendt i forbindelse med det pågældende softwareprogram. Programmeringssproget for denne applikation, dvs. sproget »Java« og de værktøjer, der er udviklet af den valgte tilbudsgiver, herunder softwareprogrammet »Sybase server suite« og databasestyringssystemet, er kendte på markedet, og talrige personer er kompetente i den henseende. Dette blev påvist af de curriculum vitæ, som sagsøgeren har fremlagt, især ved et curriculum vitæ, der henviser til en erfaring vedrørende det samlede softwareprogram »Sybase server suite« og et stort kendskab til sproget »Java«. Sagsøgeren har desuden modsagt sig selv i sine argumenter eller i de dokumenter, som denne har fremlagt.

¹³⁵ Med det fjerde anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at EIB ved anvendelsen af et tildelingskriterium, der benævnes »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler«, har tilsidesat ligebehandlingsprincippet og forpligtelsen til ved den sammenlignende vurdering af buddene under fasen for tildelingen af kontrakten alene at anvende kriterier, der ikke er omfattet af fasen for udvælgelse af tilbudsgivere. Det nævnte kriterium havde, hvilket EIB har erkendt i svarskriftets punkt 89, intet andet formål end at forsikre sig om »tilbudsgivernes personalekapacitet« gennem en

undersøgelse af deres curriculum vitæ og er blevet anvendt korrekt under fasen for udvælgelse af tilbudsgivere. Kriteriet kunne således ikke anvendes under fasen for den sammenlignende vurdering af buddene og tildelingen af kontrakten i henhold til bestemmelsen om, at procedurerne for udvælgelse af tilbudsgiverne og tildeling af kontrakten skal holdes klart adskilt. EIB har desuden tilsidesat ligebehandlingsprincippet, idet EIB ved den dobbelte anvendelse af dette kriterium har favoriseret den valgte tilbudsgiver, der selv var den bedste til at »stille et hold«, da denne ligeledes var den eksisterende kontrahent, der rådede over særligt it-udstyr, der blev anvendt af EIB, og potentielt havde flere eksperter til rådighed.

- 136 EIB har gjort gældende, at det fjerde anbringende bør forkastes. EIB har anført, at den råder over en vid skønsmæssig beføjelse ved udvælgelsen af kriterierne for tildeling af kontrakten. Kriterierne for udvælgelsen af tilbudsgiverne, hvorefter disse skal råde over mindst femten ansatte, der har arbejdet for dem i deres it-afdeling i mindst to år, og tre verificerbare referencer, må ikke sammenblandes med tildelingskriteriet »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler«, idet disse kriterier svarer til særskilte point i udbudsbetingelserne. Kriteriet, der er nævnt i udbudsbetingelsernes punkt 6.2.2 i overensstemmelse med retningslinjernes punkt 2.5.1.1 som et kriterium til udvælgelse af tilbudsgiverne, havde til formål at vurdere, om tilbudsgiverne opfyldte mindstekravene med hensyn til personale og kapacitet i deres it-afdeling, mens kriteriet, der er nævnt i udbudsbetingelsernes punkt 7.1.1 i overensstemmelse med retningslinjernes punkt 2.5.1.2 som et kriterium for tildeling af kontrakten, havde til formål at vurdere kompetencer og relevant erfaring hos de ansatte, som tilbudsgiverne foreslog, i lyset af deres curriculum vitæ og den kompetenceoversigt, der er fremsendt, og tilbudsgivernes evne til at imødekomme den offentlige kontrakts specifikke behov. EIB har ligeledes anført, at sagsøgeren er i ond tro, når denne har erkendt, at dens handlinger var i strid med de regler, der finder anvendelse på udbudsprocedurer.

— Rettens bemærkninger

- ¹³⁷ På samme måde som EIB råder over et vidt skøn med hensyn til de faktorer, der skal tages i betragtning ved indgåelse af en offentlig kontrakt efter udbud, har EIB en vid skønsmargen ved vurderingen af såvel indholdet som gennemførelsen af de regler, som finder anvendelse ved indgåelse på egne vegne af en kontrakt efter udbud (jf. i denne retning og analogt Rettens dom af 14.2.2006, forenede sager T-376/05 og T-383/05, TEA-CEGOS m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 205, præmis 50 og 51). EIB's mulighed for frit at vælge de tildelingskriterier, på grundlag af hvilke den ønsker at tildele de offentlige kontrakter, som den indgår på egne vegne, giver den mulighed for at tage hensyn til beskaffenheden, formålet og de særlige egenskaber ved hver kontrakt.
- ¹³⁸ Det er imidlertid vigtigt at tage hensyn til bestemmelserne i retningslinjerne. I disses punkt 2.5 anføres de regler, der finder anvendelse på »gennemførelsen af proceduren«. I punkt 2.5.1 findes navnlig »egnethedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere« og »tildeling af kontrakter«. Det fremgår især af sidstnævnte punkt, at »[EIB's] tildeling af kontrakter sker på grundlag af de udvælgelseskriterier og tildelingskriterier, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, efter at det er undersøgt, om de økonomiske aktører er berettigede til at deltage i proceduren«.
- ¹³⁹ I punkt 2.5.1.1 vedrørende »udvælgelseskriterier« er det anført, at »disse kriteriers formål er at afgøre, om en aktør befinder sig i den økonomiske og finansielle situation og har den nødvendige tekniske og faglige kapacitet til at gennemføre kontrakten«. Det bestemmes endvidere, at »[EIB] skal fastlægge disse kriterier i overensstemmelse med artikel 47 og 48 i direktiv [2004/18] i givet fald under hensyntagen til bestemmelserne i artikel 49 og 50«. Det er ligeledes anført, at »[EIB] kan fastsætte niveauer for minimumskapacitet, hvorunder tilbudsgiverne eller ansøgere er udelukket fra proceduren«, og at »disse tærskelværdier skal præciseres i udbudsbekendtgørelsen«.

140 I retningslinjernes punkt 2.5.1.2 om »tildelingskriterier« er bl.a. fastsat følgende:

»Formålet med tildelingskriterierne er at muliggøre en udvælgelse blandt de tilbudsgivere, der ikke er blevet udelukket i henhold til udvælgelsesproceduren, og som desuden opfylder de udvælgelseskriterier, der er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne.

De kriterier, som [EIB] skal benytte ved tildeling af kontrakter, er:

- a) [...] når tildelingen sker på grundlag af det set ud fra [EIB's] synspunkt økonomisk mest fordelagtige bud (bedste forhold mellem kvalitet og pris), forskellige kriterier i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktion, miljømæssige karakteristika, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid.

[...]

I det i stk. 1, litra a), omhandlede tilfælde angiver [EIB] i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne eller ved konkurrencepræget dialog i det beskrivende dokument, hvordan den relativt vil vægte de kriterier, der er valgt med henblik på at afgøre, hvilket bud der er det økonomisk mest fordelagtige [...]«

¹⁴¹ Bestemmelserne i retningslinjerne, der er nævnt i præmis 140 ovenfor, skal sikre, at EIB's mulighed, når der skal findes tildelingskriterier, udøves i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i den fase, hvor buddene vurderes med henblik på tildelingen af kontrakten (jf. i denne retning og analogt Domstolens dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 21 og 22, og af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 90 og 92). Formålet med disse bestemmelser er således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende at fortolke tildelingskriterierne på samme måde og derfor råde over de samme muligheder i formuleringen af affattelsen af deres bud (jf. analogt Domstolens dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction, Sml. I, s. 7725, præmis 42).

¹⁴² Disse bestemmelser skal desuden sikre overholdelsen af proportionalitetsprincippet, der indebærer, at institutionernes retsakter ikke må gå videre end, hvad der er nødvendigt og passende for gennemførelsen af de tilsigtede formål, idet det forudsættes, at den mindst bebyrdende foranstaltning skal vælges, såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, og at byrderne ikke herved må være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål (dommen i sagen Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen, nævnt i præmis 62 ovenfor, præmis 57). Selv om det er korrekt, at de kriterier, som de ordregivende myndighed kan anvende, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, ikke er udtømmende opregnet i retningslinjernes punkt 2.5.1.2, og at dette punkt derfor overlader det til den ordregivende myndighed at vælge, hvilke kriterier for tildeling af kontrakten den finder mest hensigtsmæssige, kan den kun vælge kriterier, der har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud (jf. i denne retning og analogt Domstolens dom af 24.1.2008, sag C-532/06, Lianakis m.fl., Sml. I, s. 251, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis, dommen i sagen Renco mod Rådet, nævnt i præmis 109 ovenfor, præmis 66, og dommen i sagen Strabag Benelux mod Rådet, nævnt i præmis 109 ovenfor, præmis 73 og 74). Derfor er de kriterier, der ikke har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, udelukket fra at udgøre »tildelingskriterier«, men er i stedet i det væsentlige forbundet med bedømmelsen af tilbudsgivernes evne til at gennemføre den omhandlede kontrakt (jf. i denne retning og analogt Beentjes-dommen, nævnt i præmis 141 ovenfor, præmis 15-19, og dom af 19.6.2003, sag C-315/01, GAT, Sml. I, s. 6379, præmis 59-67, samt dommen i sagen Lianakis m.fl., præmis 30-32). Buddenes kvalitet skal bedømmes på grundlag af selve buddene og ikke med udgangspunkt i den erfaring, tilbudsgiverne har opnået med den ordregivende myndighed i forbindelse med tidligere kontrakter, eller på grundlag af kriterierne, som f.eks. tilbudsgivernes evne til at gennemføre kontrakten, der er omfattet af fasen for

udvælgelsen af tilbudsgivere, og som der ikke på ny kan tages hensyn til med henblik på sammenligningen af buddene (Beentjes-dommen, nævnt i præmis 141 ovenfor, præmis 15, og dommen i sagen Travel Solutions Belgium mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, præmis 86).

¹⁴³ Med det tredje og det fjerde anbringende har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende, at tildelingskriteriet »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler« er upræcist, diskriminerende og uforholdsmæssigt i forhold til det forfulgte formål om at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, således at valget af et sådant kriterium ikke var foreneligt med de forpligtelser, der for EIB følger af de almindelige retsprincipper, der gælder for udbudsprocedurer, som gennemført i retningslinjernes punkt 2.5.1.2.

¹⁴⁴ Det skal i denne forbindelse bemærkes, at tildelingskriteriet »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler« var nævnt i udbudsbetingelsernes punkt 7.1.1 vedrørende »tekniske kriterier«, der bl.a. præciserede, at »tilbudsgiverens evne til at stille et hold til rådighed med den nødvendige kompetence er vurderet på baggrund af de oplysninger, der er fremlagt i oversigten over personalets profiler og curriculum vitæ«. Det fremgår af listen over »spørgsmål og svar«, at gennem dette tekniske kriterium »ønskede EIB at sikre, at den tilbudsgiver, hvis bud antages, ikke kun havde et personale, der var kompetent og erfarent og tilstrækkelig talrigt til at udgøre det ledende hold, men også havde en reserve af tilstrækkelige ressourcer for så vidt angår kompetence og erfaring til rådighed til at opfylde andre formål«. EIB har i den forbindelse anført, at det er »oversigten over personalets profiler, der gav indtryk af dybden og omfanget af den kompetence og erfaring, der er til rådighed for den tilbudsgiver, som EIB kan mobilisere«. Dette er i overensstemmelse med indholdet af udbudsbetingelsernes punkt 4.2, hvorefter tilbudsgiverne skal beskrive det personale, der foreslås i oversigten over personalets profiler i bilaget til udbudsbetingelserne, og hvorefter deres forslag i den henseende vurderes på baggrund af erfaringen og antallet af personer, der har de rette kompetencer. EIB har desuden anført, at den »undersøgte oversigten

over personalets profiler ved vurderingen af, om tilbudsgiveren forekom at råde over tilstrækkeligt personale med de rette kompetencer og med tilstrækkelig erfaring til at opfylde dens formål«, og at »denne vurdering finder anvendelse på to af de tekniske kriterier: hvorvidt det foreslåede personales kompetencer og kvalifikationer overholdes, og evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler«. EIB har desuden anført, at den ikke havde »fastsat et optimalt antal« for så vidt angår de hold, der skulle stilles til rådighed, og navnlig det hold, der hidrører fra dens egne midler, der skal stilles til rådighed til at opfylde den ordregivende myndigheds andre behov. EIB har endelig præciseret, at udtrykket »egne midler« betød »det personale, der på nuværende tidspunkt er beskæftiget af tilbudsgiveren eller dennes angivne underleverandører«.

¹⁴⁵ Indledningsvis må det konstateres, at sagsøgeren ikke med føje kan hævde, at tildelingskriteriet »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler« var diskriminerende, fordi det var til hinder for, at denne gjorde brug af underleverandører for at opfylde alle de behov, som EIB har givet udtryk for. Det fremgår således af udbudsbetingelserne og af listen over »spørgsmål og svar«, at det var tilladt at anvende underleverandører, forudsat at disse er tydeligt identificeret som sådanne i buddene, og tilbudsgiverne er blevet behørigt underrettet om, at de tydeligt identificerede underleverandører tages i betragtning ved anvendelsen af dette tildelingskriterium.

¹⁴⁶ Endelig kan sagsøgeren ikke med føje hævde, at tildelingskriteriet »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler« blev anvendt under fasen for udvælgelse af tilbudsgivere. Det fremgår således af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne ifølge udvælgelseskriterierne i udbudsbetingelsernes punkt 6.2.2 alene skulle fremlægge »tre relevante og verificerbare referencer for opgaver, der er udført i de sidste to år på det af udbudsproceduren omfattede område« og »en underskrevet erklæring, som angiver, at tilbudsgiverne havde mindst femten ansatte på it-området (ikke personale, der

yder administrativ bistand), der har arbejdet for dem i mindst to år«. Det sidstnævnte udvælgelseskriterium, der vedrørte et mindsteantal personer, der har forudgående erfaring og kompetencer på det af udbudsproceduren omfattede område, adskilte sig fra det pågældende tildelingskriterium vedrørende tilbudsgiverens evne til at mobilisere tilstrækkeligt personale, der er kompetent og erfarent til at opfylde den ordregivende myndigheds andre formål.

- ¹⁴⁷ Hvad angår selve valget af tildelingskriteriet »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler« skal det endelig bemærkes, at hverken retningslinjernes punkt 2.5.1.2 eller de generelle retsprinsipper kan fortolkes således, at hvert af de af EIB valgte tildelingskriterier til identificering af det økonomisk mest fordelagtige bud nødvendigvis skal være af kvantitativ karakter eller udelukkende skal baseres på priserne (jf. analogt dommen i sagen Renco mod Rådet, nævnt i præmis 109 ovenfor, præmis 67 og 68). Forskellige forhold, der ikke udelukkende er kvantitative, såsom personalets kvalitet eller mere generelt tilbuddets tekniske værdi, kan således påvirke kvaliteten af udførelsen af en kontrakt om levering af tjenesteydelser og dermed et buds økonomiske værdi (jf. i denne retning Beentjes-dommen, nævnt i præmis 141 ovenfor, præmis 18 og dom af 16.9.1999, sag C-27/98, Fracasso og Leitschutz, Sml. I, s. 5697, præmis 30).

- ¹⁴⁸ Det fremgår imidlertid af de udbudsdokumenter, der er nævnt i præmis 144 ovenfor, at tildelingskriteriet »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler« bl.a. vedrører kapaciteten for det personale, der er beskæftiget af tilbudsgiveren og dennes identificerede underleverandører som beskrevet i oversigten over personalets profiler, til med hensyn til erfaring, kvalifikationer og antal at opfylde den ordregivende myndigheds andre formål. Der er således tale om et kriterium, der i det mindste vedrører en del af tilbudsgivernes evne til at gennemføre hele kontrakten, herunder yderligere tjenesteydelser. I den forbindelse har et sådant kriterium ikke samme egenskab som et »tildelingskriterium« som omhandlet i retningslinjerne punkt 2.5.1.2, der kun gælder for kvaliteten af de leverede øvrige ydelser, der kan leveres af hver tilbudsgiver i forhold til dennes egne midler, og dermed den økonomiske fordel ved hvert af budene vedrørende sådanne leveringer (jf. i denne retning og analogt dommen i sagen

Lianakis m.fl., nævnt i præmis 142 ovenfor, præmis 31, og Rettens dom af 1.7.2008, sag T-211/07, AWWW mod FEACVT, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 60, og af 10.9.2008, sag T-465/04, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 65).

¹⁴⁹ Selv om tildelingskriteriet »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler« bl.a. skal gøre det muligt at vurdere, om tilbudsgiveren råder over personale med de nødvendige kompetencer og erfaring »i tilstrækkeligt antal« til at opfylde EIB's behov for yderligere tjenesteydelser, var dette kriterium vagt og upræcist formuleret, eftersom — som det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 4.2 — der ikke forud var fastsat et »optimalt antal« vedrørende dette personale, og EIB ikke i den forbindelse havde givet tilbudsgiverne præcise kvantitative oplysninger. Udbudsbetingelsernes punkt 1.2 vedrørende »beskrivelse af området«, som kontrakten omfatter, angiver ganske vist, at ti personer blandt EIB's ikke-ansatte blev anvendt til projekter vedrørende det pågældende softwareprogram, og at ti projekter for øjeblikket var i gang. Det blev desuden angivet, at i de kommende år skulle navnlig antallet af projekter falde, således at de i udbudsbetingelserne nævnte tal skulle betragtes som et maksimum af de potentielle tilbudsgivere. Det var imidlertid umiddelbart herefter præciseret, at det ikke var udelukket, at de nye lånemandater eller nye transaktioner, der var godkendt af EIB, kan afføde spidsbelastning med hensyn til projekterne.

¹⁵⁰ For så vidt som den valgte tilbudsgiver også var den eksisterende leverandør af tjenesteydelser, der havde ansvaret for udvikling, vedligeholdelse, support og projekter vedrørende det pågældende softwareprogram, var denne imidlertid på baggrund af sine erfaringer bedst i stand til at vurdere, hvad der kunne være EIB's reelle behov med hensyn til at stille et hold til rådighed af egne midler til at opfylde EIB's behov for yderligere tjenesteydelser, der er angivet af EIB i forbindelse med gennemførelsen af kontrakten. Det følger heraf, at det unøjagtige tildelingskriterium »evnen til

at stille et hold til rådighed af egne midler« i praksis kunne føre til en favorisering af den eksisterende tilbudsgiver på bekostning af de øvrige tilbudsgivere, og navnlig sagsøgeren, hvilket udgør en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, i henhold til hvilket tilbudsgiverne skal have de samme muligheder ved formuleringen af affattelsen af deres bud.

- 151 Det må herefter fastslås, at principperne om proportionalitet og ligebehandling samt retningslinjernes punkt 2.5.1.2, der gennemfører disse principper, er til hinder for, at EIB inden for rammerne af den foreliggende udbudsprocedure tager hensyn til tilbudsgivernes evne til at levere alle de forventede tjenesteydelser i forbindelse med kontrakten, ikke i henhold til »et kriterium for udvælgelse«, men i henhold til et »kriterium for tildeling« af kontrakten, og for så vidt som den i den forbindelse støtter sig på et upræcist kriterium, der i praksis kan favorisere den valgte tilbudsgiver, der desuden var den eksisterende kontrahent, der tidligere har leveret de pågældende tjenesteydelser.
- 152 På grundlag af det ovenfor anførte må det tredje og det fjerde anbringende tages til følge.

Det sjette anbringende

— Parternes argumenter

- 153 Sagsøgeren har anført, at EIB har tilsidesat finansforordningens artikel 99, gennemførelsesbestemmelsernes artikel 148, stk. 1 og 2, og principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling som de er fastsat i finansforordningens artikel 89, sammenholdt med dennes 18. betragtning, og i retspraksis, Kommissionens

praksis eller i teorien, idet EIB har tildelt kontrakten til den valgte tilbudsgiver, efter at denne — som følge af hemmelige kontakter med EIB — havde ændret vilkårene i sit bud væsentligt både med hensyn til pris og kvalitet. Det fremgår af notatet af 31. januar 2008, at vurderingsudvalget efter åbningen af buddene og vurderingen heraf har anbefalet den valgte tilbudsgivers bud. Efter at vurderingsudvalget havde konstateret, at dette bud var det højeste af alle buddene, besluttede vurderingsudvalget imidlertid at afholde et møde med den valgte tilbudsgiver med henblik på at få afklaret visse udestående åbne punkter, bl.a. de finansielle aspekter ved buddet, inden det fortsatte udbudsproceduren. På dette møde ændrede den valgte tilbudsgiver vilkårene i sit bud væsentligt med henblik på at sænke den fastsatte pris for tjenesteydelsen og nedsatte samtidig kvaliteten af denne. Den valgte tilbudsgiver lovede navnlig at nedsætte den i buddet fastsatte pris og især at ændre det personale, som er ansvarligt for kontrakten, med henblik på en mere afbalanceret sammensætning af personalet og dermed bidrage med et mindre antal erfarne konsulenter. På baggrund af disse ulovlige forhandlinger besluttede EIB at tildele kontrakten til den valgte tilbudsgiver. Heraf følger, at det bud, der til slut blev accepteret af EIB, var væsentligt anderledes og — hvilket er det vigtigste i forhold til den relative vægtning af de tildelingskriterier, som er angivet i udbudsbetingelserne — af ringere kvalitet end det bud, der blev bedømt af vurderingsudvalget. Denne ringere kvalitet af den valgte tilbudsgivers »endelige bud« blev imidlertid ikke taget i betragtning under den sammenlignende vurdering af buddene, som vurderingsudvalget har foretaget.

¹⁵⁴ Sagsøgeren har i den forbindelse opfordret Retten til at sammenligne erfaringen hos det personale, der er anført i den valgte tilbudsgivers bud, med erfaringen hos personalet i dennes endelige bud og fastslå, at hvis der ikke havde været ulovlige forhandlinger med EIB og anlagt åbenbart urigtige skøn i forbindelse med den anfægtede afgørelse, ville kontrakten være blevet tildelt sagsøgeren. Sagsøgeren har under alle omstændigheder anført, at hvis udbudsproceduren havde overholdt ligebehandlingsprincippet og været gennemsigtigt, havde sagsøgeren desuden været i stand til at

forbedre sit »første bud« væsentligt i forhold til de valgte tildelingskriterier, hvilket desuden ville have givet sagsøgeren mulighed for at få tildelt kontrakten.

155 EIB har afvist sagsøgerens argumenter og har gjort gældende, at det sjette anbringende bør forkastes. EIB har bemærket, at hverken finansforordningen eller gennemførelsesbestemmelserne kan regulere udbudsproceduren. Sagsøgeren har desuden ingen interesse i at påberåbe sig dette anbringende. Ifølge EIB fandt drøftelserne med den valgte tilbudsgiver først sted efter afslutningen af den sammenlignende vurdering af buddene, der indplacerede den valgte tilbudsgivers bud på førstepladsen, mens sagsøgerens bud kun fik andenpladsen, og således på et tidspunkt, hvor den valgte tilbudsgiver allerede havde fået tildelt kontrakten. Disse drøftelser skal således ikke antages at have fundet sted under udbudsproceduren som nævnt i retningslinjernes punkt 2.5.2 eller endog finansforordningens artikel 99, som sagsøgeren har påberåbt sig. Under alle omstændigheder vedrørte disse drøftelser ikke ændringer i den valgte tilbudsgivers bud, der blev indplaceret på førstepladsen efter den sammenlignende vurdering af buddene, eller førte til et sådant resultat. Drøftelserne vedrørte alene den valgte tilbudsgivers gennemførelse af kontrakten i overensstemmelse med vilkårene i dennes bud og var under alle omstændigheder ikke af en sådan art, at de kunne ændre den fastsatte indplacering efter den sammenlignende vurdering af buddene. Under en finansiell synsvinkel har nedsættelsen af de daglige satser, der var fastsat for »ældre udviklere af software« og til »udviklere af software på mellemniveau« og til udviklere, der træder i stedet for visse »ældre udviklere af software« på det ledende hold, hvilket er foreslået af de »yngre« ansatte, ikke kunnet ændre på indplaceringen af den valgte tilbudsgivers bud i forhold til indplaceringen af de øvrige tilbudsgivers bud, herunder sagsøgeren, således at de ikke har skadelige virkninger for øvrige tilbudsgivere. Under en teknisk synsvinkel har udskiftningen af visse »ældre udviklere af software« på det ledende hold, der er blevet foreslået af den valgte tilbudsgiver, med »yngre« ansatte, ikke medført en forværring i forhold til den tekniske værdi af den valgte tilbudsgivers bud, eftersom det udskiftede personale indgik i oversigten over personalets profiler, der var bilagt det nævnte bud, og at dette buds tekniske værdi var blevet vurderet under hensyntagen til ikke alene de kvalifikationer, der følger af curriculum vitæ for de forslåede ansatte på det vigtigste hold, men også af kvalifikationerne hos de personer, der er integreret i den pågældende oversigt over personalets profiler.

Henvisningen til »en mere afbalanceret sammensætning af personalet« betød ikke, at det vigtigste personale, der er blevet foreslået i den valgte tilbudsgivers bud, for at udgøre det hold, der varetager gennemførelsen af kontrakten, ville blive ændret, men alene, at dette personale ville gøre det muligt at sammensætte et »mere afbalanceret« hold end det, som denne tilbudsgiver havde fastsat til gennemførelsen af den tidligere kontrakt vedrørende det pågældende softwareprogram. Den gældende retspraksis på området gør det således ikke muligt at konstatere, at de drøftelser, der fandt sted mellem den selv og tilbudsgiveren efter den sammenlignende vurdering af buddene, har påvirket den anfægtede afgørelses gyldighed, og sagsøgeren kan ikke i det foreliggende tilfælde påberåbe sig, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er tilsidesat.

— Rettens bemærkninger

¹⁵⁶ Sagsøgeren kan ikke påberåbe sig, at finansforordningens artikel 89 og 99 og gennemførelsesbestemmelsernes artikel 148, stk. 1 og 2, er blevet tilsidesat, idet udbudsproceduren og den anfægtede afgørelse hverken er omfattet af finansforordningen eller af gennemførelsesbestemmelserne (jf. præmis 87 ovenfor). Det sjette anbringende må herefter forkastes, i det omfang det er baseret på en sådan tilsidesættelse.

¹⁵⁷ Det sjette anbringende skal dog undersøges, i det omfang det hermed gøres gældende, at der er sket en tilsidesættelse af principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed, der finder anvendelse på udbudsproceduren og den anfægtede afgørelse af de i præmis 88 nævnte grunde. Henset til såvel betydningen af som formålet med og den effektive virkning af de nævnte principper, skal overholdelsen heraf også sikres, når der er tale om et særligt udbud som det, der er tale om i den foreliggende sag, idet der eventuelt samtidig skal tages hensyn til de særlige kendetegn ved denne procedure.

- 158 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at da det i den foreliggende sag drejer sig om en tjenesteydelseskontrakt, der er indgået på egne vegne, hvis anslåede samlede værdi eksklusive moms er mellem 3,5 mio. EUR og 7 mio. EUR, har EIB i overensstemmelse med bestemmelserne i retningslinjerne besluttet at tildele kontrakten efter udbudsproceduren, at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i EF-Tidende, udarbejde udbudsbetingelserne, der fastlægger betingelser og vilkår for kontrakten, herunder tildelingskriterierne og invitere alle økonomiske aktører, der anmodede herom, til at afgive bud på dette grundlag.
- 159 Under disse omstændigheder skal bestemmelserne i retningslinjerne og i givet fald bestemmelserne i direktiv 2004/18, som disse henviser til, anses for at udgøre de retsfrskrifter, inden for hvilke udbudsproceduren skal gennemføres, og det påhviler EIB i kraft af dens stilling som ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat, ikke alene under udbudsproceduren som sådan, der havde til formål at foretage en sammenlignende vurdering af buddene og vælge kontraktmodtageren, men i almindelighed frem til afslutningen af fasen for kontraktens opfyldelse (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, nævnt i præmis 89 ovenfor, præmis 115).
- 160 Hvis en tilbudsgivers bud, der ikke er blevet udelukket fra udbudsproceduren, og som opfylder de udvælgelseskriterier, der er anført i udbudsbekendtgørelsen, og udbudsbetingelserne, set ud fra den ordregivende myndigheds synspunkt ikke forekommer at være det økonomisk mest fordelagtige bud i forhold til tildelingskriterierne, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, skal buddet udelukkes af den ordregivende myndighed, idet denne imidlertid ikke har ret til at ændre den almindelige opbygning af kontrakten ved at ændre en af de væsentlige betingelser for tildelingen af kontrakten. Såfremt den ordregivende myndighed således i løbet af udbudsproceduren var befojet til frit at ændre selve betingelserne for tildeling, uden at være blevet udtrykkeligt befojet hertil i de relevante bestemmelser, der finder anvendelse, ville de oprindeligt fastsatte regler for tildelingen af kontrakten blive omgået (dommen i sagen Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, nævnt i præmis 89 ovenfor, præmis 120). Hertil kommer, at en sådan praksis uundgåeligt medfører en tilsidesættelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling af de bydende, idet en ensartet anvendelse af betingelserne for tildeling og objektivitet i proceduren

ikke længere vil være sikret (dommen i sagen Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, nævnt i præmis 89 ovenfor, præmis 121).

- 161 Disse principper er desuden gengivet i retningslinjernes punkt 2.5.2, der bl.a. fastsætter, at »i forbindelse med en udbudsprocedure må [EIB] ikke foretage nogen drøftelser med ansøgere eller tilbudsgivere, der vil kunne underminere procedurens objektivitet eller princippet om retfærdig behandling af de økonomiske aktører«, og at hvis »[EIB] til gengæld kan kontakte ansøgerne eller tilbudsgiverne skriftligt med henblik på at få afklaret bestemte punkter vedrørende deres ansøgninger eller deres bud«, »har sådanne drøftelser imidlertid forårsaget ændringer i betingelserne i ansøgningen om deltagelse eller budet«.
- 162 I det foreliggende tilfælde angav udbudsbetingelsernes punkt 1.2 vedrørende »beskrivelse af området«, som kontrakten omfatter, at det pågældende softwareprogram blev anvendt af ca. 600 personer, et hold på ti personer blandt EIB's ikke-ansatte var ansat for at sikre vedligeholdelsen eller støtten og projekterne (fire personer var beskæftiget med vedligeholdelsen og seks personer var beskæftiget med projekterne), og at ti projekter i øjeblikket var i gang. Det blev desuden præciseret, at fire af EIB's ansatte fører tilsyn eller udfylder en projektstyringsrolle, men var desuden mere og mere involveret i de tekniske aktiviteter, nemlig drøftelserne vedrørende arkitekturen. Det var planlagt at indføre undersøgelsesprocedurer af regler i en nær fremtid. I de efterfølgende år var det endelig forventet, at antallet af projekter ville falde, således at de af EIB nævnte tal skulle betragtes som et maksimum af de potentielle tilbudsgivere, selv om det ikke kunne udelukkes, at de nye lånemandater eller nye transaktioner, der var godkendt af EIB, kunne afføde spidsbelastning med hensyn til projekterne.
- 163 I henhold til udbudsbetingelsernes punkt 6.5 vedrørende »personalets profil« skal tilbudsgiveren udarbejde en tydelig profil over kompetencerne for det personale, der er til rådighed, som supplerer til oversigten over personalets profiler. I denne oversigt skal den samme ansat ikke være registreret i mere end en profil. Tilbudsgiverne

skal desuden udarbejde anonyme curriculum vitæ i en »ledende fælles fond over de ressourcer, der er til rådighed«, der svarer til de forskellige profiler, der er identificeret i oversigten over personalets profiler (herefter »det ledende hold«). Den præcise arbejdsgiver (det pågældende medlem i tilfælde af gruppebud eller bud fra underleverandører) for hvert medlem af det ledende hold skal være angivet på hvert curriculum vitæ. I overensstemmelse med oplysningerne i udbudsbetingelsernes punkt 1.2 er mindsteantallet af curriculum vitæ, der er fremlagt for hver af de fem profiltyper, som er identificeret i oversigten over personalets profiler, defineret således: to curriculum vitæ for »analytiker af forvaltningssystemer«, to curriculum vitæ for »specialist i teknisk arkitektur«, to curriculum vitæ for »yngre udviklere af software«, seks curriculum vitæ for »udviklere af software på mellemniveau« og to curriculum vitæ for »ældre udviklere af software«. Desuden kunne det samme curriculum vitæ ikke fremlægges for mere end en profil.

- 164 Udbudsbetingelsernes punkt 6.8 vedrørende »profilomkostninger« angav bl.a., at priserne skulle angives i euro, eksklusive moms. Priserne skulle omfatte enhver form for udgift, der ikke refunderes særskilt af EIB. Tilbudsgiveren skulle supplere oversigten over personalets profiler, der er nævnt i bilaget til udbudsbetingelserne. Omkostningerne skulle præsenteres i form af en dagskurs for »kontinuerlige tjenesteydelser« og »tjenesteydelser på engangsbasis«. Hvis tilbudsgiveren eller leverandøren af tjenesteydelser agtede at anvende forskellige satser for tjenesteydelser, der er ydet »uden for åbningstid«, nemlig efter kl. 19.00 og før kl. 8.00, og tjenesteydelser, der er ydet i weekenden eller i ferierne, skulle disse satser desuden være anført i oversigten. Satsene fandt ligeledes anvendelse på tjenesteydelser, der er ydet for at imødekomme spidsbelastning med hensyn til projekterne (jf. præmis 162 ovenfor).

- 165 Udbudsbetingelsernes punkt 7.1 vedrørende »tildelingskriterier« anførte, at kontrakten ville blive tildelt det økonomisk mest fordelagtige bud i forhold til tildelingskriterierne og den relative vægtning (jf. præmis 3 ovenfor). Hvad angår de tekniske kriterier

præciserede udbudsbetingelsernes punkt 7.1.1, at »overensstemmelsesniveauet for det foreslåede personales kompetencer og kvalifikationer« og »evnen til at stille et hold til rådighed af egne midler«, dvs. to kriterier, der tilsammen udgjorde 60 % af det samlede pointantal, blev vurderet og klassificeret på grundlag af den supplerede oversigt over personalets profiler og det ledende hold, der blev foreslået i form af curriculum vitæ af tilbudsgiverne i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 6.5. Dette blev bekræftet over for tilbudsgiverne i listen over »spørgsmål og svar«. Hvad angår det finansielle kriterium præciserede udbudsbetingelsernes punkt 7.1.2, at profilomkostningerne for hver tilbudsgiver blev vurderet og klassificeret på grundlag af en vægtet gennemsnitlige daglig sats, der er beregnet for hver tilbudsgiver. Vægtningen, der er i overensstemmelse med profilerne hos de personer, der har den største chance for at deltage i gennemførelsen af kontrakten, var præciseret i oversigten over personalets profilomkostninger. Udbudsbetingelsernes punkt 7.1.1 og 7.1.2 fastslog endelig, at EIB kunne invitere tilbudsgiverne til samtaler, men at tilbudsgiverne imidlertid ikke havde ret til at ændre vilkårene i deres skriftlige bud, efter at disse var indgivet.

¹⁶⁶ Hvad angår den tekniske vurdering indebar oversigten over personalets profiler for hver af de fem profiltyper, at i almindelighed og for hver af de kompetencer, der er forbundet med hver profiltipe, blev antallet af ansatte, der er til rådighed, præciseret med særskilt angivelse af »ansatte, der har en samlet erfaring på under tre år«, »ansatte, der har en samlet erfaring på over tre år«, og »ansatte, der har en erfaring på mere end to år som leverandør af tjenesteydelse«.

¹⁶⁷ Hvad angår den finansielle vurdering indebar oversigten over personalets profilomkostninger, at der for hver profiltipe og for hver type tjenesteydelse blev givet en gennemsnitlig daglig sats. Den relative vægtning af de gennemsnitlige daglige satser for hver type tjenesteydelse var defineret således: 45 % af pointene for omkostningerne ved »kontinuerlige tjenesteydelser« og 45 % af pointene for omkostningerne ved »tjenesteydelser på engangsbasis«, 5 % af pointene for omkostningerne ved tjenesteydelser, der er ydet »uden for åbningstid«, og 5 % af pointene for omkostningerne ved tjenesteydelser, der er ydet i »weekender/ferier«. Den relative vægtning

af de gennemsnitlige daglige satser for hver profiltype var i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 7.1.2, og under hensyntagen til »profiler, der har den største chance for at blive anvendt«, der følger af udbudsbetingelsernes punkt 6.5, 15 % af pointene for profilen »analytiker af forvaltningssystemer«, 15 % af pointene for profilen »specialist i teknisk arkitektur«, 15 % af pointene for profilen »yngre udvikler af software«, 40 % af pointene for profilen »udvikler af software på mellemniveau« og 15 % af pointene for profilen for »ældre udvikler af software«.

- 168 I det foreliggende tilfælde fremgår det af notatet af 31. januar 2008 og EIB's forklaringer i dens skrivelse af 15. december 2009, at EIB efter den sammenlignende vurdering af buddene var bekymret for, at den valgte tilbudsgivers bud, der var placeret på førstepladsen, var det højeste, og at EIB følgelig besluttede at afholde et møde med den valgte tilbudsgiver for at afklare udestående punkter med denne, navnlig de finansielle aspekter ved dennes bud, før den fortsatte udbudsproceduren. Det fremgår desuden af notatet af 31. januar 2008, at dette møde blev afholdt den 29. januar 2008, og at den valgte tilbudsgiver under dette møde anførte over for den ordregivende myndighed, at den valgte tilbudsgiver kunne »sammensætte et mere afbalanceret hold (som for øjeblikket næsten udelukkende bestod af »ældre« konsulenter)« og nedsætte den daglige sats for personalet fra 750 EUR til 720 EUR svarende til profilen »ældre udvikler af software«, og den daglige sats for personalet fra 665 EUR til 650 EUR svarende til profilen »udvikler af software på mellemniveau«. Det var først efter dette møde og under hensyntagen til de af den valgte tilbudsgiver således formulerede forslag, at direktøren for EIB's afdeling for informationsteknologi den 31. januar 2008 på grundlag af vurderingsudvalget udtalelse besluttede at tildele kontrakten til den valgte tilbudsgiver, en afgørelse, der efterfølgende blev godkendt af EIB's formand (jf. præmis 20 og 43 ovenfor). Den 12. og 17. juni 2008 blev kontrakten underskrevet af henholdsvis EIB og den valgte tilbudsgiver (jf. præmis 8 ovenfor). I overensstemmelse med bestemmelserne i retningslinjernes punkt 2.4.1 vedrørende »offentliggørelse af bekendtgørelser«, hvorefter datoen for afslutningen af proceduren svarer til datoen for undertegnelsen af kontrakten, blev udbudsproceduren afsluttet den 17. juni 2008, dvs. datoen for undertegnelsen af rammeaftalen. Det følger heraf, at EIB ikke med

rette kan gøre gældende, at kontrakten allerede var blevet tildelt den valgte tilbudsgiver den 29. januar 2008, og at udbudsproceduren allerede var blevet afsluttet, da mødet fandt sted.

- 169 Det fremgår desuden af de dokumenter, som EIB har fremlagt, at efter den sammenlignende vurdering af buddene var EIB ikke fuldt ud tilfreds med det resultat, der var opnået i henhold til den relative vægtning af tildelingskriterierne, dvs. 75 % af pointene for de tekniske kriterier og 25 % af pointene for det finansielle kriterium, der havde gjort det muligt at vælge et bud for en tjenesteydelse af stor teknisk værdi, men til en samlet pris, der var højere end de øvrige buds, hvilket navnlig fik EIB til at afholde mødet den 29. januar 2008. Det fremgår desuden af disse dokumenter, at dette sidste møde gjorde det muligt for den valgte tilbudsgiver at fjerne de bekymringer vedrørende den samlede pris i dennes bud, som den ordregivende myndighed havde givet udtryk for, og at dette møde således har været afgørende med henblik på tildeling af kontrakten. Under mødet har den valgte tilbudsgiver således accepteret at nedsætte den samlede pris i sit bud ved at nedsætte den daglige sats for personalet svarende til profilerne »ældre udvikler af software« og »udvikler af software på mellemniveau« som beskrevet i oversigten over personalets profiler samt at »sammensætte et mere afbalanceret hold (som i øjeblikket næsten udelukkende bestod af »ældre« konsulenter)«. I den henseende kan formuleringen i notatet af 31. januar 2008, hvorefter udvalgets medlemmer efter mødet den 29. januar 2008 opretholdt deres anbefaling om at tildele den valgte tilbudsgiver kontrakten, ikke anses som et udtryk for en ny sammenlignende vurdering af buddene, men som vurderingsudvalgets simple gentagelse af dets tidligere holdning i betragtning af, at den valgte tilbudsgiver have fjernet de bekymringer af finansiell art, som den ordregivende myndighed havde givet udtryk for.

- 170 Hvad angår nedsættelse af den daglige sats i oversigten over profilomkostninger, som den valgte tilbudsgiver havde suppleret og vedlagt sit bud, førte denne efterfølgende til en ændring af vilkårene, på baggrund af hvilke vurderingsudvalget finansielt vurderede den valgte tilbudsgivers bud.

- 171 Hvad angår formuleringen om, at den valgte tilbudsgiver ville »sammensætte et mere afbalanceret hold (som i øjeblikket næsten udelukkende bestod af »ældre« konsulenter)«, har EIB selv forklaret i sine bemærkninger af 26. februar 2010, at formuleringen vedrørte den omstændighed, at »under mødet [den 29. januar 2008] havde den valgte tilbudsgiver foreslået at udskifte nogle af disse konsulenter svarende til de foreslåede »ældre udvikler af software« med yngre ansatte«. I den konkrete sammenhæng, hvor EIB i praksis krævede af den valgte tilbudsgiver, at denne nedsatte den samlede pris i sit bud for at bringe denne pris tættere på de priser, de øvrige tilbudsgivere havde foreslået i deres bud, er den eneste troværdige forklaring på en sådan formulering, at den valgte tilbudsgiver i praksis ville udskifte nogle af »ældre udvikler af software« på det ledende hold, som var foreslået af nogle »yngre« ansatte. For så vidt som den samlede pris for tjenesteydelsen afhæng direkte af den vægtede gennemsnitlige daglige sats for det ledende hold, der er beskrevet som det hold, der havde den største chance for at blive anvendt i det tilfælde, hvor den valgte tilbudsgiver fik tildelt kontrakten, kunne denne pris således rent faktisk være blevet nedsat gennem en ændring af sammensætning af det ledende hold, der er foreslået i budet, hvis de dyreste ansatte erstattes, fordi de mest kvalificerede, dvs. de »ældre konsulenter«, svarer til profilen »ældre udvikler af software«, med billigere, fordi mindre kvalificerede ansatte, dvs. »yngre konsulenter«, svarer til profilerne »udvikler af software på mellemniveau« og »yngre udvikler af software«, som det fremgår af EIB's bemærkninger af 26. februar 2010.

- 172 EIB har ikke fremlagt noget bevis for, at uanset de bestemmelser, der blev fastlagt på mødet den 29. januar 2008, svarer de personer, der rent faktisk blev anvendt af den valgte tilbudsgiver til at opfylde kontrakten, til dem, der udgjorde det ledende hold, der i form af curriculum vitæ blev foreslået i dennes bud, og på grundlag af hvilket det nævnte bud blev teknisk og finansielt bedømt af vurderingsudvalget. EIB har ikke i sine bemærkninger af 26. februar 2010 anført, at sammensætningen af det ledende hold, der i form af curriculum vitæ blev foreslået i den valgte tilbudsgivers bud, ikke var ændret som følge af mødet den 29. januar 2008, men har alene anført, at denne

ændring ikke kan sidestilles med en egentlig ændring af dette bud, for så vidt som de »yngre ansatte«, der har udskiftet de »ældre ansatte« på det ledende hold, allerede var blevet integreret i oversigten over personalets profiler, som den valgte tilbudsgiver havde suppleret og vedlagt som bilag til det nævnte bud. For så vidt som den sammenlignende vurdering af buddene i forbindelse med den tekniske vurdering navnlig var foretaget ud fra kvalifikationerne for de personer, der udgjorde det ledende hold, der er foreslået af tilbudsgiveren, således som det fremgår af disse personers curriculum vitæ, der var vedlagt som bilag til buddene, kunne sammensætningen af et mere afbalanceret hold, der er opnået som følge af udskiftningen af visse »ældre udviklere af software« med »yngre« ansatte, herunder også integrationen af personer, der allerede er nævnt i oversigten over personalets profiler, som den valgte tilbudsgiver har vedlagt sit bud, kun føre til en efterfølgende ændring af vilkårene, på grundlag af hvilke vurderingsudvalget bedømte den valgte tilbudsgivers bud både i forbindelse med den tekniske og den finansielle vurdering.

- 173 Desuden har EIB tilsyneladende forsøgt at begrunde den valgte tilbudsgivers forslag under mødet den 29. januar 2008 med det forhold — som angivet i udbudsbetingelserne — at det kan være unødvendigt, at det hold, der rent faktisk blev anvendt ved opfyldelsen af kontrakten, er ligeså kvalificeret som det hold, der tidligere havde ansvaret for vedligeholdelse, support og udvikling af det pågældende softwareprogram (jf. præmis 162 ovenfor), og som blev anvendt som reference for i udbudsbetingelserne at fastlægge sammensætningen af det ledende hold, på baggrund af hvilket tilbudsgivernes bud bl.a. skulle vurderes både i forbindelse med den tekniske og finansielle vurdering (jf. præmis 163 ovenfor). Selv hvis det antages, at den valgte tilbudsgivers gennemførelse af kontrakten rent faktisk kan opfyldes af et personale, der er mindre kvalificeret end det, der tidligere havde ansvaret for det pågældende softwareprogram, kan dette imidlertid ikke begrunde, at den valgte tilbudsgiver ændrer sammensætningen af det ledende hold, som denne havde foreslået i sit bud som det hold, der kan anvendes, hvis denne tildeles kontrakten, for at nedsætte den samlede pris i dette bud og således opfylde et nyt krav, der er stillet af den ordregivende myndighed med henblik på tildelingen af kontrakten. Det vil således være en efterfølgende ændring af

vilkårene, på grundlag af hvilke vurderingsudvalget havde bedømt den valgte tilbudsgivers bud både i forbindelse med den tekniske og den finansielle vurdering, uden at de tilbudsgivere, hvis bud ikke er blevet antaget, herunder sagsøgeren, fik tilbudt samme mulighed for at ændre deres bud.

- 174 Det fremgår af ovenstående betragtninger, at EIB i det foreliggende tilfælde ikke med føje kan gøre gældende, at mødet den 29. januar 2008 alene blev afholdt med henblik på drøftelse af den valgte tilbudsgivers gennemførelse af kontrakten og ikke for at ændre indholdet i dennes bud med henblik på at tildele denne kontrakten.
- 175 Det fremgår desuden af disse betragtninger, at disse ændringer ikke alene skadede den finansielle vurdering af den valgte tilbudsgivers bud, men også den tekniske vurdering. Desuden førte kontakten mellem EIB og den valgte tilbudsgiver i praksis til ændringen af den relative vægtning af tildelingskriterierne. Disse forhandlinger og deres resultat, nemlig ændringen af den valgte tilbudsgivers bud, medførte således i praksis, at EIB tillagde det finansielle kriterium en betydning, der var relativt større end de tekniske kriteriers betydning som angivet i udbudsdokumenterne, på grundlag af hvilke buddene ikke alene var forberedt af tilbudsgiverne, men desuden sammenlignet af vurderingsudvalget. Der er imidlertid ingen tvivl om, at den relativt forøgede betydning, som EIB endelig tillagde det finansielle kriterium med henblik på tildelingen af kontrakten til den valgte tilbudsgiver, ville have været gunstigere for sagsøgeren, hvis den også var blevet anvendt under den sammenlignende vurdering af buddene, idet sagsøgerens bud var det laveste og således havde opnået det bedste pointantal for så vidt angår det finansielle kriterium.
- 176 EIB finder imidlertid ikke, at disse ændringer har skadet den sammenlignende vurdering af buddene på en sådan måde, at de forbigående tilbudsgivere i henhold til denne vurdering blev påvirket deraf.

- 177 Selv hvis det antages, som EIB indirekte har gjort gældende, idet den navnlig henviser til Domstolens dom af 25. april 1996, Kommissionen mod Belgien (sag C-87/94, Sml. I, s. 2043, præmis 59), at annullationen af en afgørelse om at tildele en offentlig kontrakt i henhold til en procedure, der er fordrejet af den omstændighed, at den valgte tilbudsgiver har fået lov til at ændre indholdet af sit bud, er betinget af, at retten fastslår, at en hensynstagen til denne ændring til skade for de øvrige tilbudsgivere har ændret betingelserne for sammenligningen af buddene, således at indplaceringen af tilbudsgiverne er blevet påvirket, skal det bemærkes, at en sådan virkning rent faktisk kan konstateres i betragtning af omstændighederne i det foreliggende tilfælde.

- 178 Det er ganske vist korrekt, at ud fra et finansielt synspunkt har de anfægtede ændringer kun haft den virkning, at vurderingen af den valgte tilbudsgivers bud er blevet yderligere forbedret i forhold til de øvrige tilbudsgivers bud, navnlig sagsøgere. Det er imidlertid forkert at hævde, at udskiftningen af visse »ældre udviklere af software« på det ledende hold, der er blevet foreslået den valgte tilbudsgiver, med »yngre« ansatte ikke i forbindelse med den tekniske vurdering har kunnet ændre på vurderingen af den valgte tilbudsgivers bud. Det fremgår i den forbindelse af sagsakterne og navnlig af listen over »spørgsmål og svar«, at »EIB ønskede at sikre, at den tilbudsgiver, hvis bud antages, ikke kun havde et personale, der var kompetent og erfarent og tilstrækkelig talrigt til at udgøre det ledende hold, men også havde en reserve af tilstrækkelige ressourcer for så vidt angår kompetence og erfaring til rådighed til at opfylde andre formål«. I den forbindelse »skulle curriculum vitæ svare til det ledende hold, som tilbudsgiveren havde foreslået, mens oversigten over personalets profiler gav et indtryk af dybden og omfanget af den kompetence og erfaring, der er til rådighed for den tilbudsgiver, som EIB kan mobilisere«. Selv om curriculum vitæ således gav EIB mulighed for at vurdere kvalifikationerne for ledende hold, der er foreslået af tilbudsgiveren, nemlig de personer, der svarer til de profiler, der ifølge udbudsbetingelsernes punkt 7.1.2 havde den største chance for at blive anvendt i forbindelse med opfyldelsen af kontrakten (jf. præmis 165 ovenfor), skulle oversigten over personalets profiler gøre det muligt for EIB at vurdere de generelle kvalifikationer hos det personale, der var til rådighed for tilbudsgiveren, som denne kunne regne med til at opfylde andre formål. Under sådanne omstændigheder kan udskiftningen af visse

»ældre udviklere af software« på det ledende hold, der er blevet foreslået den valgte tilbudsgiver i forbindelse med dennes bud, hvis curriculum vitæ havde været taget i betragtning med henblik på at kontrollere dette holds tekniske kvalifikationer, med »yngre« ansatte, hvis kvalifikationer nødvendigvis var mindre, kun have haft skadelig virkning på den tekniske værdi af dette bud i forhold de øvrige tilbudsgivers bud, navnlig sagsøgerens.

179 Under hensyn til den relative vægtning af kriterierne for tildeling, nemlig 25 % af pointene for det finansielle kriterium og 75 % af pointene for de tekniske kriterier, og den omstændighed, at den sammenlignende vurdering af buddene selv hviler 60 % på undersøgelsen af curriculum vitæ og oversigten over personalets profiler, som tilbudsgiverne har tilbudt (jf. præmis 165 ovenfor), skal det bemærkes, at forbedringen af den finansielle vurdering af den valgte tilbudsgivers bud, der kan følge af nedsættelsen af den samlede pris i dette bud, ikke kunne kompensere for forværringen af den tekniske vurdering af dette bud, der kan følge af udskiftningen af visse »ældre udviklere af software« på det ledende hold, der er blevet foreslået den valgte tilbudsgiver, med »yngre« ansatte. Det følger heraf, at de efterfølgende ændringer af den valgte tilbudsgivers bud kun kan have haft en samlet skadelig virkning på vurderingen af dette bud i tilfælde af en ny sammenlignende vurdering af buddene.

180 På tidspunktet for tildelingen af kontrakten til den valgte tilbudsgiver har EIB under alle omstændigheder ændret den relative vægtning af de tekniske kriterier og det finansielle kriterium, som angivet i de officielle udbudsdokumenter, for at tillægge det finansielle kriterium en forøget betydning (jf. præmis 175 ovenfor).

181 Retten råder i det foreliggende tilfælde ikke over nogen oplysninger, der giver mulighed for med sikkerhed at konkludere eller udelukke, at ændringerne i den valgte tilbudsgivers bud og den relative vægtning af de tekniske kriterier og det finansielle

kriterium efter mødet den 29. januar 2008 og forud for vedtagelsen af den anfægtede afgørelse kunne skade den sammenlignende vurdering af buddene til skade for de forbigåede tilbudsgivere, navnlig sagsøgeren, således at resultatet af udbudsproceduren blev påvirket deraf. Da EIB havde de bedste forudsætninger for at føre bevis i den henseende, må en sådan usikkerhed tillægges denne (jf. i denne retning og analogt Domstolens dom af 8.10.1986, forenede sager 169/83 og 136/84, Leussink mod Kommissionen, Sml. s. 2801, præmis 17). Det af sagsøgeren fremførte, hvorefter de ovennævnte ændringer kan have skadet resultatet af udbudsproceduren, således at sagsøgeren ulovligt blev frataget en reel mulighed for at få tildelt kontrakten, må således tiltrædes.

- ¹⁸² Det følger af det ovenstående, at EIB ved at pålægge den valgte tilbudsgiver at ændre sit bud under mødet den 29. januar 2008 har behæftet den anfægtede afgørelse, som den vedtog den 31. januar 2008, med en tilsidesættelse af principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed, som kan fordreje resultatet af udbudsproceduren, idet den ulovligt fratager sagsøgeren en reel mulighed for at få tildelt kontrakten.

- ¹⁸³ På grundlag af det ovenfor anførte må det sjette anbringende tages til følge.

Det femte anbringende

— Parternes argumenter

- ¹⁸⁴ Sagsøgeren har gjort gældende, at EIB har tilsidesat de regler, der finder anvendelse på udbudsprocedurer, og ligebehandlingsprincippet, idet den har vedtaget den

anfægtede afgørelse på grundlag af den relative vægtning, nemlig 75 % af pointene for de tekniske kriterier og 25 % af pointene for det finansielle kriterium. I overensstemmelse med principperne for forsvarlig økonomisk forvaltning, som de er afspejlet i artikel 36 i direktiv 92/50, i artikel 34 i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84), i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 138, stk. 3, og i retspraksis, skal den ordregivende myndighed, når tildelingen sker til det økonomisk mest fordelagtige bud, fastsætte den relative vægtning af tildelingskriterierne, idet den sørger for ikke at neutralisere eller minimere »priseffekten«, således at udbudsproceduren kunne føre til indgåelse af en offentlig kontrakt, der var urimeligt dyr i forhold til administrationens faktiske behov.

- 185 Sagsøgeren har anført, at i næsten alle udbudsprocedurer, der er iværksat af fællesskabsadministrationen på egne vegne i løbet af de seneste 15 år, er den sammenlignende vurdering af buddene blevet udført for så vidt angår den relative vægtning af tildelingskriterierne med en vægtning af kriterierne på 50 % af pointene eller knap 50 % af pointene for det finansielle kriterium, når det ikke var det billigste bud, der skulle antages. Denne praksis er i overensstemmelse med principperne for forsvarlig økonomisk forvaltning, hvorefter vurderingsudvalget indledningsvis tildeler et bestemt antal point til hvert bud i forhold til disse buds tekniske værdi, derefter deler dette antal point med buddets pris, og den tilbudsgiver, der opnår det højeste pointantal, bliver tildelt kontrakten. Kvaliteten sikres i den forbindelse af kriterierne for udvælgelse af tilbudsgiverne og anvendelsen af grænseværdierne, der er forbundet med de tekniske kriterier i tildelingsfasen. Den relative vægtning af de tildelingskriterier, der er anvendt i det foreliggende tilfælde, nemlig 75 % af pointene for de tekniske kriterier og 25 % af pointene for det finansielle kriterium, er derimod udtryk for en dårlig økonomisk forvaltning, der førte til neutralisering eller minimering af »priseffekten« i en udbudsprocedure, der imidlertid forventes at opnå »det økonomisk mest fordelagtige bud«, og som kan føre til administrationens erhvervelse af urimelig dyre tjenesteydelser ved at opmuntre tilbudsgiverne til at overudvikle deres buds tekniske værdi udelukkende for at opnå det bedst mulige pointtal og endelig få

tildelt kontrakten. Denne usædvanlige vægtning udgør, henset til fællesskabsadministrationens praksis, desuden indirekte forskelsbehandling, idet den klart stiller de små og mellemstore virksomheder ringere i forhold til de tilbudsgivere, der har mulighed for at tilbyde en teknisk værdi, der langt overstiger den pågældende offentlige kontrakts faktiske behov. De er således i strid med princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne.

- 186 Sagsøgeren finder endelig, at EIB ikke med føje kan gøre gældende, at sagsøgerens bud var det »dårligste«, idet EIB med henblik herpå baserer sig på resultatet af en vurdering, der i sig selv er ulovlig og mangler objektivitet. I den forbindelse har sagsøgeren gjort gældende, at det foreliggende anbringende skal ses i sammenhæng med anbringendet om sammenblandingen af kriterier.
- 187 Sagsøgeren har i replikken gjort gældende, at neutraliseringen af »priseffekten« i budene, der følger af den relative vægtning af de tildelingskriterier, der er anvendt i det foreliggende tilfælde, er i strid med gennemførelsesbestemmelsernes artikel 138, stk. 3, hvorefter »den relative vægtning af priskriteriet i forhold til andre kriterier ikke må føre til, at priskriteriet neutraliseres ved ordretildelingen«.
- 188 EIB har gjort gældende, at det femte anbringende skal forkastes. EIB har gjort gældende, at ifølge retspraksis kan de ordregivende myndigheder ikke alene frit vælge kriterierne for tildeling af kontrakten, men også fastlægge deres vægtning. Det fremgår desuden klart af retningslinjernes punkt 2.5.1.2, at i tilfælde af en udbudsprocedure, der er underlagt kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud, der bygger på forholdet mellem kvalitet og pris, kan de tekniske kriterier være påvirket af den relative vægtning, der er vigtige end det finansielle kriterium. Til sammenligning sikrer finansforordningens artikel 97 og gennemførelsesbestemmelsernes artikel 138 fleksibilitet for de ordregivende myndigheder med hensyn til at tilpasse den relative vægtning af tildelingskriterier til kontraktens formål, og gennemførelsesbestemmelsernes artikel 241 bestemmer, at fællesskabsadministrationen kan tillægge den relative vægtning af tildelingskriterierne 80 % af pointene for de tekniske kriterier og 20 %

af pointene for det finansielle kriterium for så vidt angår tjenesteydelseskontrakter, der er indgået i forbindelse med foranstaltninger udadtil. I det foreliggende tilfælde har buddenes tekniske værdi og tilbudsgivernes kompetence været afgørende faktorer for EIB, da det pågældende softwareprogram skulle være support for EIB's udlånsforretninger, der er kernen i dens opgaver.

189 EIB har anført, at den relative vægtning af tildelingskriterierne ikke var usædvanlig i forhold til kontrakter af samme art, der er indgået af EIB eller endog af institutioner, og i forhold til de kvalitetsnormer, som EIB's it-afdeling anvender på kontrakter vedrørende »intellektuelle tjenesteydelser for support af edb-systemer«.

190 For så vidt angår sagsøgerens påstand om, at den relative vægtning af de tildelingskriterier, der er anvendt i det foreliggende tilfælde, har stillet sagsøgeren ringere, idet den har neutraliseret »priseffekten« i udbudsproceduren, har EIB gjort gældende, at sagsøgeren ikke med rimelighed kunne have forventet at få tildelt kontrakten, udelukkende fordi denne havde tilbudt den laveste pris. Selv hvis den nævnte relative vægtning havde været den af sagsøgeren anførte, nemlig 50 % af pointene for de tekniske kriterier og 50 % af pointene for det finansielle kriterium, ville sagsøgerens bud ikke være blevet valgt, idet det pointantal, som dennes bud har opnået for de tekniske kriterier, var væsentlig lavere end det, som den valgte tilbudsgivers bud havde opnået for de samme kriterier. Hvad angår erfaringen med bankforretninger var den valgte tilbudsgivers bud meget omfattende, hvilket curriculum vitæ for størstedelen af de personer, som den valgte tilbudsgiver har foreslået, viser, mens kun en af de analytikere, som sagsøgeren har foreslået, var i besiddelse af den nødvendige kompetence vedrørende bankforhold. Sagsøgeren kan heller ikke med føje gøre gældende, at denne relative vægtning har neutraliseret »priseffekten« i udbudsproceduren, da sagsøgerens bud på trods af en lavere teknisk værdi, der er blevet anset for den dårligste i de fem bud, der ikke var blevet afvist af vurderingsudvalget i forbindelse med den tekniske

vurdering, og knap nok bedre end de to bud, der blev afvist efter den tekniske vurdering, opnået det næstbedste samlede pointtal, under hensyntagen til det pointtal, der er opnået for det finansielle kriterium, idet sagsøgeren har foreslået den laveste pris.

— Rettens bemærkninger

¹⁹¹ Det bemærkes, at den anfægtede afgørelse ikke er baseret på den relative vægtning af de tildelingskriterier, der oprindeligt er valgt (jf. præmis 3 ovenfor), da EIB fraveg den nævnte vægtning, idet EIB pålagde tilbudsgiveren at nedsætte den samlede pris i sit bud, før EIB tildelte denne kontrakten (jf. præmis 175 ovenfor). Hvis den anfægtede afgørelse, for så vidt som den vedrører afvisningen af de andres tilbudsgiveres bud, der fik adgang til at deltage i den sammenlignende vurdering af buddene, navnlig sagsøgerens bud, imidlertid er baseret på anvendelsen af den nævnte relative vægtning af tildelingskriterierne, har sagsøgeren fortsat interesse i sideløbende at kræve en prøvelse af tildelingskriteriernes lovlighed og uafhængigt af en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling, der er konstateret i forbindelse med gennemgangen af det sjette anbringende som følge af ændringen af den relative vægtning af tildelingskriterierne, der fandt anvendelse under udbudsproceduren (jf. præmis 182 ovenfor).

¹⁹² Ifølge fast retspraksis kan de ordregivende myndigheder ved valget af det økonomisk mest fordelagtige bud frit vælge tildelingskriterierne, men kan også fastlægge vægtningen heraf, for så vidt som vægtningen muliggør en samlet vurdering af de valgte kriterier med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud (jf. i denne retning Domstolens dom af 27.10.2005, sag C-234/03, Contse m.fl., Sml. I, s. 9315, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis, og dommen i sagen Strabag Benelux mod Rådet, nævnt i præmis 109 ovenfor, præmis 77). I overensstemmelse med

princippet om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling skal den relative vægtning af de forskellige kriterier eller delkriterier heller ikke være vedtaget under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af tilbudsgiverne (jf. i denne retning Domstolens dom af 24.11.2005, sag C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl., Sml. I, s. 10109, præmis 32, og dommen i sagen Lianakis m.fl., nævnt i præmis 142 ovenfor, præmis 42 og 43).

193 Det fremgår af indledningen til retningslinjerne, at »EIB mener, at den bedste måde at anvende EU's grundlæggende principper i forbindelse med en udbudsprocedure i almindelighed er at iværksætte et udbud for kvalificerede tilbudsgivere og foretage en udvælgelse, der er baseret på omkostningsmæssige og kvalitetsmæssige betragtninger«. Desuden henviser retningslinjernes punkt 2.1 til »EIB's dominerende ønske om at sikre det bedste forhold mellem pris og kvalitet« ved tildelingen af kontrakter, som den indgår på egne vegne. Retningslinjernes punkt 2.5.1.2 vedrørende »tildelingskriterier« præciserer i den forbindelse, at »det set ud fra EIB's synspunkt økonomisk mest fordelagtige bud« i princippet svarer til det bud, der har »det bedste forhold mellem pris og kvalitet« i forhold til »forskellige kriterier i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt [...]«.

194 Medmindre der foreligger ganske særlige omstændigheder, som det tilkommer EIB at begrunde, indebærer kravet om at sikre det bedste forhold mellem »pris over for kvalitet« eller »kvalitet over for pris« efter en samlet vurdering af de valgte kriterier med henblik på at udvælge det økonomisk mest fordelagtige bud, at den relative vægtning af det finansielle kriterium fører til en neutralisering af dette kriterium ved tildelingen af kontrakten.

195 Det kan umiddelbart bemærkes, at den relative vægtning af de tildelingskriterier, der er anvendt i det foreliggende tilfælde, nemlig 75 % af pointene for de tekniske kriterier og 25 % af pointene for det finansielle kriterium, er lovligt fastsat af EIB, for så vidt som den for det første afspejler EIB's selvstændige vurdering, hvorefter prisen — i betragtning af kontraktens art og formål, der vedrørte et softwareprogram, hvis formål

var at støtte udlånsforretninger, der er kernen i EIB's opgaver — uden at være ubetydelig var af sekundær betydning i forhold til den tekniske værdi, og disse vægtninger for det andet blev anvendt på samme måde og på en gennemskuelig måde i forhold til alle tilbudsgiverne.

- ¹⁹⁶ Det fremgår imidlertid af de foreliggende omstændigheder, at EIB endelig har konstateret i lyset af resultatet af den sammenlignende vurdering af buddene, at den relative vægtning af det finansielle kriterium, der oprindeligt var valgt, førte til en overdreven neutralisering af dette kriterium ved tildelingen af kontrakten, og at der dermed var behov for at revurdere betydningen af priskriteriet med henblik på tildeling af kontrakten til den valgte tilbudsgiver, hvilket skete som led i forhandlinger med den valgte tilbudsgiver under mødet den 29. januar 2008 (jf. præmis 175 ovenfor).
- ¹⁹⁷ Det følger heraf, at den anfægtede afgørelse, for så vidt den vedrører afvisningen af buddene fra de øvrige tilbudsgivere, der fik adgang til at deltage i den sammenlignende vurdering af buddene, herunder sagsøgerens bud, er baseret på anvendelsen af den relative vægtning af tildelingskriterierne, der ifølge EIB's vurdering på tidspunktet for vedtagelsen af afgørelsen førte til en overdreven neutralisering af det finansielle kriterium, og som dermed ikke gav mulighed for at sikre det bedste forhold mellem »pris over for kvalitet« eller »kvalitet over for pris« efter en samlet vurdering af de valgte kriterier med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.
- ¹⁹⁸ Det følger desuden af ovenstående og af undersøgelsen af det sjette anbringende, at EIB har tilsidesat princippet om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling ved at ændre den relative vægtning af tildelingskriterierne under udbudsproceduren.

- ¹⁹⁹ På grundlag af det ovenfor anførte må det sjette anbringende tages til følge.

- 200 Det følger af de ovenfor anførte bemærkninger, at de seks anbringender, der understøtter annullationspåstanden, alle skal tages til følge, og at sagsøgeren således bør gives medhold og den anfægtede afgørelse annulleres.

Erstatningspåstanden

Parternes argumenter

- 201 For det tilfælde, at Retten måtte antage, at den anfægtede afgørelse blev vedtaget under tilsidesættelse af de regler, der finder anvendelse på udbudsprocedurer, og/eller principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, og henset til at Retten sandsynligvis ville træffe afgørelse i den foreliggende sag, efter at den valgte tilbudsgiver fuldstændig har opfyldt kontrakten i overensstemmelse med den anfægtede afgørelse, har sagsøgeren nedlagt påstand om, at EIB på grundlag af artikel 235 EF og 288 EF tilpligtes at betale sagsøgeren et beløb på 1 940 000 EUR i erstatning.
- 202 Sagsøgeren finder, at erstatningspåstanden skal tages til følge af følgende grunde.
- 203 Sagsøgeren har indledningsvis gjort gældende, at der i henhold til fast retspraksis foreligger en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af en højere retsregel til beskyttelse af private eller af en retsregel, der har til formål at tillægge private rettigheder, som kan føre til, at Fællesskabet eller i det foreliggende tilfælde EIB ifalder ansvar. Denne tilsidesættelse er begået af EIB i dens egenskab af ordregivende myndighed og følger af »ulovligheden« af den anfægtede afgørelse og den vurdering, som denne

baseres på, som angivet i stævningen, nemlig en tilsidesættelse af de regler, der finder anvendelse på udbudsprocedurer, en tilsidesættelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, en tilsidesættelse af bestemmelserne i retningslinjerne, en forsinket meddelelse af oplysninger, en utilstrækkelig begrundelse for den anfægtede afgørelse, anvendelse af diskriminerende kriterier, en sammenblanding af kriterierne for tildeling af kontrakten og kriterierne for udvælgelse af tilbudsgiverne og endelig en ulovlig relativ vægtning af de tekniske kriterier og det finansielle kriterium på tidspunktet for tildelingen af kontrakten.

204 Sagsøgeren har desuden påberåbt sig at have lidt et tab på grund af den anfægtede afgørelse svarende til den bruttofortjeneste, som sagsøgeren med urette er blevet frataget som følge af den ulovlige tildeling af kontrakten til den valgte tilbudsgiver og ikke til sagsøgeren. Hvis Retten fastslår, at sagsøgerens bud skulle have været placeret på førstepladsen efter den sammenlignende vurdering af buddene, burde et sådan tab tilskrives EIB med henblik på at straffe denne for de ulovlige handlinger, der er begået under udbudsproceduren, eller — således som sagsøgeren har præciseret under retsmødet som svar på spørgsmål fra Retten — for at få EIB til at deltage i de faste udgifter og den økonomiske risiko, som sagsøgeren er udsat for i forbindelse med dets virksomhed på udbudsområdet. Sagsøgeren har udtrykkeligt anført, at selskabet derimod ikke har nedlagt påstand om erstatning for udgifterne i forbindelse med sin deltagelse i udbudsproceduren.

205 Sagsøgeren har endelig gjort gældende, at selskabet har opgjort sit tab. Dette tab udgør et beløb på 1 940 000 EUR. Hvad angår dette beløb skal der tages hensyn til, at renten af bruttofortjenesten for denne type tjenesteydelser er ca. 50% i forhold til den modtagne pris, hvilket dokumenteres af de finansielle oversigter, der er blevet godkendt af Kommissionen i forbindelse med de forsknings- og udviklingsprojekter, som Kommissionen finansierer. For så vidt EIB i udbudsbetingelserne har ansøgt om ti eksperter i alt (fire til vedligeholdelse og seks til projekter), og de »gennemsnitlige daglige omkostninger« for buddet udgjorde 441 EUR, kunne prisen svarende til dette bud beregnes som følger: 441 EUR ganget med 220 personer/dage pr. år ganget med

10 personer pr. år ganget med 4 år, dvs. omkring 3,88 mio. EUR. Denne pris er i overensstemmelse med det varslede budget for kontrakten og er mellem 3,5 og 7 mio. EUR. Bruttofortjenesten, der ikke er modtaget, svarer således til 50 % af 3,88 mio. EUR, dvs. 1,94 mio. EUR.

- 206 EIB har subsidært gjort gældende, at erstatningspåstanden ikke er begrundet. Ifølge retspraksis skal der ske frifindelse i det hele, såfremt én af betingelserne for at ifalde ansvar uden for kontrakt ikke er opfyldt, uden at det er nødvendigt at undersøge de øvrige betingelser for at ifalde dette ansvar. I det foreliggende tilfælde er det således tilstrækkeligt at fastslå, at EIB ikke har begået nogen uregelmæssighed eller ulovlighed, der kan pådrage Fællesskabet ansvar uden for kontraktforhold i forbindelse med udbudsprocedure. Sagsøgeren kan heller ikke med føje fremsætte en erstatningspåstand for et tab svarende til bruttofortjenesten, som sagsøgeren ville have modtaget, hvis kontrakten var blevet tildelt selskabet. Den påståede tabte fortjeneste er fremtidig og hypotetisk, idet sagsøgeren, selv om kontrakten ikke var blevet tildelt den valgte tilbudsgiver på grundlag af den anfægtede afgørelse og den anfægtede vurdering, ikke kunne være sikker på, at kontrakten var blevet tildelt selskabet. Selv om Retten kan annullere afgørelsen om at tildele en kontrakt, kan den aldrig tilpligte administrationen at tildele kontrakten til en specifik tilbudsgiver. Et sådan tab kan dermed i henhold til retspraksis ikke tages i betragtning.

Rettens bemærkninger

- 207 Ifølge fast retspraksis forudsætter Fællesskabets erstatningsansvar uden for kontrakt i henhold til artikel 288, stk. 2, EF opfyldelse af en række betingelser, nemlig at den adfærd, som bebrejdes institutionen, er retsstridig, at der er indtrådt et økonomisk tab, og at der er årsagsforbindelse mellem adfærden og det påberåbte tab. Det følger

heraf, Fællesskabet ikke vil kunne pålægges ansvar, uden at alle disse betingelser er opfyldt (Domstolens dom af 29.9.1982, sag 26/81, *Oleifici Mediterranei mod EØF*, Sml. s. 3057, præmis 16, og Rettens dom af 16.10.1996, sag T-336/94, *Efisol mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1343, præmis 30).

- 208 I denne sag undersøges det først, hvorvidt betingelsen om årsagsforbindelse mellem EIB's ulovlige adfærd og det af sagsøgeren påberåbte tab er opfyldt.
- 209 For så vidt angår betingelsen om, at der skal være en årsagsforbindelse mellem den påståede adfærd og det påberåbte tab, følger det af fast retspraksis, at det påståede tab skal fremgå tilstrækkeligt klart af den påklagede adfærd, idet sidstnævnte skal være den afgørende årsag til tabet (jf. i denne retning Domstolens dom af 4.10.1979, forenede sager 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 og 45/79, *Dumortier m.fl. mod Rådet*, Sml. s. 3091, præmis 21, og Rettens dom af 11.7.1996, sag T-175/94, *International Procurement Services mod Kommissionen*, Sml. II, s. 729, præmis 55). Det tilkommer sagsøgerne at føre bevis for en sådan årsagsforbindelse (jf. Domstolens dom af 30.1.1992, forenede sager C-363/88 og C-364/88, *Finsider m.fl. mod Kommissionen*, Sml. I, s. 359, præmis 25, og Rettens dom af 24.4.2002, sag T-220/96, *EVO mod Rådet og Kommissionen*, Sml. II, s. 2265, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).
- 210 Som det således fremgår af stævningen (jf. præmis 81 ovenfor), påberåber sagsøgeren sig en skade, der svarer til »den bruttofortjeneste i forbindelse med den nævnte åbne udbudsprocedure, som sagsøgeren forventede at ville have opnået ved en tildeling af kontrakten«. I sine skrivelser erkender sagsøgeren, at EIB kun ville kunne pålægges at betale sagsøgeren en erstatning, der svarer til den tabte bruttofortjeneste, som beregnet i stævningen, hvis Retten kunne konstatere, at sagsøgerens bud skulle have været placeret på førstepladsen efter den sammenlignende vurdering af buddene (jf. præmis 204 ovenfor). Sagsøgerens erstatningspåstand er således baseret på den overbevisning, at den anfægtede afgørelse har forhindret sagsøgeren i at få tildelt kontrakten og underskrive rammeaftalen vedrørende opfyldelse af denne kontrakt med EIB. En sådan påstand skal fortolkes således, at den ikke kun har til formål at opnå erstatning for den mistede mulighed for at indgå, men også for tabet af selve kontrakten. Det spiller i denne sammenhæng ingen rolle, at sagsøgeren under retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten har angivet, at erstatningspåstanden til en vis

grad omfattede en mistet mulighed, eftersom den manglende undertegnelse af kontrakten havde hindret sagsøgerens muligheder for i fremtiden at få tildelt kontrakter og generelt dække de faste udgifter, som sagsøgeren afholder i forbindelse med dets virksomhed på udbudsområdet. Ud over at de nye påstande om tab er blevet fremsat for sent og følgelig må afvises, er de således under alle omstændigheder ikke baseret på sagsøgerens mistede mulighed for at indgå kontrakten, men på de konsekvenser, der ifølge sagsøgeren er en direkte følge af tabet af selve kontrakten.

211 Sagsøgeren har i det foreliggende tilfælde hverken godtgjort eller fremlagt beviser, der giver Retten mulighed for med sikkerhed at fastslå, at sagsøgerens bud skulle have været placeret på førstepladsen efter den sammenlignende vurdering af buddene. Selv om det antages, at sagsøgerens bud skulle have været placeret på førstepladsen, og at sagsøgeren således burde have været tildelt kontrakten, forpligter dette under alle omstændigheder ikke EIB til at underskrive rammeaftalen med sagsøgeren. Der er således intet princip eller nogen regler, der finder anvendelse på EIB's udbudsprocedurer, der pålægger EIB at indgå aftalen vedrørende kontrakten med den person, der er udpeget som kontraktmodtager efter udbudsproceduren (jf. i denne retning og analogt dommen i sagen Fracasso og Leitschutz, nævnt i præmis 147 ovenfor, præmis 24 og 25, og dommen i sagen Embassy Limousines & Services mod Parlamentet, nævnt i præmis 125 ovenfor, præmis 54).

212 Det kan således ikke fastslås, at der foreligger en årsagsforbindelse mellem EIB's vedtagelse af den anfægtede afgørelse, der er ulovlig, som det fremgår af gennemgangen af annullationspåstanden, og det af sagsøgeren påberåbte tab, der følger af tabet af selve kontrakten. Det følger heraf, at sagsøgeren ikke med rette kan fremsætte en påstand om erstatning for det tab, der følger af selskabets manglende indgåelse af rammeaftalen med EIB og endsize den manglende opfyldelse af kontrakten.

213 Det følger af ovenstående, at erstatningspåstanden må forkastes i sin helhed.

- 214 Dette berører ikke den kompensation, der kan udredes til sagsøgeren ifølge artikel 266 TEUF i form af en rimelig genoprettelse af selskabets situation som følge af annullationen af den anfægtede afgørelse (jf. præmis 67 ovenfor).

Sagens omkostninger

- 215 Sagsøgeren har forklaret, at selskabet var forpligtet til at indlede denne procedure og kræve erstatning for tab, der er lidt som følge af EIB's mangelfulde vurdering af dets bud og som følge af, at sagsøgeren ikke har fået oplyst karakteristika og fordele ved det valgte bud i forhold til selskabets eget bud. Den manglende begrundelse og den omstændighed, at vurderingsrapporten på trods af sagsøgerens anmodninger aldrig blev fremsendt til selskabet, er tilstrækkelig begrundelse til, at EIB bør tilpligtes at betale sagens omkostninger, også selv om sagsøgeren ikke får medhold.
- 216 EIB mener ikke, at betingelserne i procesreglementets artikel 87, stk. 3, andet afsnit, er opfyldt i det foreliggende tilfælde, og at det følgerlig må være procesreglementets artikel 87, stk. 2, der finder anvendelse. Sagsøgeren har ikke godtgjort, at selskabet har været udsat for udgifter, der er påført unødvendigt eller af ond vilje, og dette har således ikke været tilfældet. Desuden bør der tages hensyn til, hvad EIB har svaret på sagsøgerens anmodninger om yderligere oplysninger, navnlig af dennes skrivelse af 1. august 2008 (Rettens dom af 26.2.2002, sag T-169/00, Esedra mod Kommissionen, Sml. II, s. 609, præmis 192). På det tidspunkt, hvor sagsøgeren indgav stævningen, havde selskabet modtaget alle oplysninger, som var nødvendige for at forsvare dets rettigheder.
- 217 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 3, andet afsnit, kan Retten pålægge en part at erstatte den anden part de udgifter, som skønnes at være påført modparten unødvendigt eller af ond vilje. Henset til, at den anfægtede afgørelse i det foreliggende tilfælde var utilstrækkeligt begrundet, og med henblik på at tage hensyn til, at EIB har begået adskillige ulovlige handlinger i forbindelse med den udbudsprocedure, der har ført til

vedtagelsen af denne afgørelse, der har tvunget sagsøgeren til anlægge nærværende sag, skal EIB betale samtlige omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling):

- 1) **Den Europæiske Investeringsbanks (EIB) afgørelse om ikke at antage Evropaíki Dynamiki — Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE's bud i forbindelse med offentligt udbud 2007/S 176 215155 vedrørende levering af tjenesteydelser med henblik på »støtte til vedligeholdelse og udvikling af front office-systemet for udlån (Serapis)« og om at tildele kontrakten til Sybase BVBA annulleres.**
- 2) **I øvrigt frifindes Den Europæiske Investeringsbank.**
- 3) **EIB betaler sagens omkostninger.**

Pelikánová

Jürimäe

Van der Woude

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 20. september 2011.

Underskrifter

Indhold

Sagens baggrund	II - 6379
Retsforhandlinger og parternes påstande	II - 6384
Retlige bemærkninger	II - 6386
1. Formaliteten	II - 6386
Om Rettens kompetence	II - 6387
Parternes argumenter	II - 6387
Rettens bemærkninger	II - 6389
Sagsøgerens retlige interesse i, at den anfægtede afgørelse annulleres	II - 6400
Parternes argumenter	II - 6400
Rettens bemærkninger	II - 6401
Den manglende anfægtelse af den anvendte fremgangsmåde under den sammenlignende vurdering af buddene i forbindelse med udbudsproceduren	II - 6404
Parternes argumenter	II - 6404
Rettens bemærkninger	II - 6404
Uklarhed med hensyn til erstatningspåstanden	II - 6406
Parternes argumenter	II - 6406
Rettens bemærkninger	II - 6406

2. Om realiteten	II - 6408
Den relevante lovgivning	II - 6408
Parternes argumenter	II - 6408
Rettens bemærkninger	II - 6409
Annulationspåstanden	II - 6413
Det første og andet anbringende	II - 6414
— Parternes argumenter	II - 6414
— Rettens bemærkninger	II - 6416
Det tredje og det fjerde anbringende	II - 6427
— Parternes argumenter	II - 6427
— Rettens bemærkninger	II - 6430
Det sjette anbringende	II - 6437
— Parternes argumenter	II - 6437
— Rettens bemærkninger	II - 6440
Det femte anbringende	II - 6452
— Parternes argumenter	II - 6452
— Rettens bemærkninger	II - 6456
Erstatningspåstanden	II - 6459
Parternes argumenter	II - 6459
Rettens bemærkninger	II - 6461
Sagens omkostninger	II - 6464