



Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (fjärde avdelningen)

den 7 oktober 2015*

”Offentlig upphandling av tjänster — Anbudsförfarande — Tillhandahållandet av externa tjänster för förvaltning av program och projekt samt teknisk rådgivning inom området informationsteknik — Rangordning av en anbudsgivare i ett kaskadsystem — Tilldelningskriterier — Lika möjligheter — Insyn — Uppenbart oriktig bedömning — Motiveringsskyldighet — Utomobligatoriskt skadeståndsansvar — Förlorad möjlighet”

I mål T-299/11,

European Dynamics Luxemburg SA, Ettelbrück (Luxemburg),

Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, Aten (Grekland),

European Dynamics Belgium SA, Bryssel (Belgien),

inledningsvis företrädde av advokaterna N. Korogiannakis och M. Dermitzakis, därefter av advokaten I. Ampazis,

sökande,

mot

Kontoret för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, och mönster) (harmoniseringskontoret), företrätt av N. Bambara och M. Paolacci, båda i egenskap av ombud, biträdda av advokaterna P. Wytinck och B. Hoorelbeke,

svarande,

angående en talan om dels ogiltigförklaring av beslutet – som fattats av harmoniseringskontoret inom ramen för det öppna anbudsförfarandet AO/021/10, med rubriken ”Tillhandahållande av externa tjänster för förvaltning av program och projekt samt teknisk rådgivning inom området informationsteknik”, vilket meddelades sökandena genom skrivelse av den 28 mars 2011 – att rangordna deras anbud på tredje plats i kaskadsystemet vid tilldelning av ramavtal, dels skadestånd,

meddelar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen),

sammansatt av ordföranden M. Prek samt domarna I. Labucka och V. Kreuschitz (referent),

justitiesekreterare: handläggaren S. Spyropoulos,

* Rättegångsspråk: engelska.

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 21 januari 2015,

följande

Dom¹

Bakgrund till tvisten

- 1 Sökandena, European Dynamics Luxembourg SA, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE och European Dynamics Belgium SA är verksamma inom informationsteknik- och kommunikationsbranschen och inger regelbundet anbud i samband med olika anbudsförfaranden som anordnas av unionens organ och institutioner, däribland harmoniseringskontoret.
- 2 Genom meddelande om upphandling av den 28 augusti 2010 publicerade harmoniseringskontoret i tillägg till *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT 2010/S 167-255574) en anbudsförfrågan med referensnummer AO/021/10, med rubriken ”Tillhandahållande av externa tjänster för förvaltning av program och projekt samt teknisk rådgivning inom området informationsteknik”. Den första sökanden ingav med anledning av denna förfrågan ett anbud den 11 oktober 2010. Det offentliga kontraktet avsåg tillhandahållande av externa tjänster för förvaltning av program och projekt samt teknisk rådgivning kopplad till alla typer av informationssystem och på alla teknikområden.

[utelämnas]

- 4 Enligt punkt II.1.4 i meddelandet om upphandling avsåg upphandlingsförfarandet tilldelning av ramavtal upp till en högsta löptid på fyra år med högst tre tjänsteleverantörer. I punkt 14.2 i förfrågningsunderlaget (bilaga I till anbudshandlingarna) preciserades att dessa ramavtal skulle ingå separat enligt ett så kallat kaskadsystem. Detta system innebär att om den anbudsgivare som kommit på första plats inte kan tillhandahålla de efterfrågade tjänsterna, så ska harmoniseringskontoret vända sig till den som kommit på andra plats och så vidare. Vidare skulle kontraktet, enligt punkt IV.2 i meddelandet om upphandling, tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.
- 5 Med avseende på teknisk utvärdering uppmanades anbudsgivarna i förfrågningsunderlaget att ange ”de uppgifter och verksamheter som ska verkställas för att leda och framgångsrikt genomföra det projekt som avses i arbetsbeskrivning 1”. Denna arbetsbeskrivning, vilken utvecklades i bilaga 18 till förfrågningsunderlaget, avsåg ”harmoniseringskontorets upprättande av ett projekt för att bygga upp ett informationssystem”.
- 6 I förfrågningsunderlaget angavs härvidlag i punkt 13.3 följande fem tilldelningskriterier:
 - ”[tilldelnings]kriterium nr 1: anbudsgivaren ska mot bakgrund av sin metod och erfarenhet presentera de uppgifter och verksamheter som denna avser utföra för genomförande av projektet. Detta inbegriper bland annat (men inte endast) följande:
 - a) utvecklingskontroll [det vill säga kontroll av hur arbetet fortskrider],
 - b) problemlösningsprocesser,
 - c) styrning av förändringsprocesser,

1 — Nedan återges endast de punkter i denna dom som tribunalen funnit det vara ändamålsenligt att publicera.

- d) stegvisa interventionsprocesser,
- e) program för tillvaratagande av erfarenheter,
- f) kommunikationsplan och
- g) produktgodkännandeprocesser.

(40 poäng, minimigräns: 20 poäng),

- [tilldelnings]kriterium nr 2: anbudsgivaren ska mot bakgrund av sin metod och erfarenhet presentera de uppgifter och verksamheter som denna avser utföra vad gäller teknisk rådgivning. Detta innebär bland annat (men inte endast) följande:

- a) utvärdering av arkitekturen,
- b) prestandaanalys,
- c) säkerhetsutvärdering och
- d) integration med andra system.

(30 poäng, minimigräns: 10 poäng),

- [tilldelnings]kriterium nr 3: uppskattad insats för varje uppgift och varje verksamhet inom förvaltningen av projektet (10 poäng),
- [tilldelnings]kriterium nr 4: uppskattad insats för varje uppgift och varje verksamhet för teknisk rådgivning (10 poäng) och
- [tilldelnings]kriterium nr 5: planering av genomförande av samtliga uppgifter och samtliga verksamheter (med användande av Microsoft Project eller motsvarande program) (10 poäng)."

[utelämnas]

- 8 Genom skrivelse av den 28 mars 2011 meddelade harmoniseringskontoret sökandena resultatet av anbudsförfarandet AO/021/10 (nedan kallat tilldelningsbeslutet) och angav att den första sökandens anbud hade rangordnats på tredje plats, vilket innebar en reservplats i kaskadsystemet.

[utelämnas]

- 11 Genom skrivelse av den 11 april 2011 informerade harmoniseringskontoret den första sökanden om namnen på de anbudsgivare som rangordnats på första respektive andra plats, nämligen konsortiet Unisys SLU och Charles Oakes & Co Srl, med underleverantören Belgium SA, å ena sidan och ETIQ-konsortiet (by everis och Trasys), å andra sidan. I nämnda skrivelse fanns bland annat en tabell, vilken angav de poäng som tilldelats var och en av anbudsgivarna för de olika tekniska kvalitetskriterierna.
- 12 Det är fråga om följande tabell:

Kvalitativa kriterier	Konsortiet Unisys	ETIQ-konsortiet	European Dynamics
Kvalitativt kriterium 1 (40)	40,00	21,88	22,81

Kvalitativt kriterium 2 (30)	28,00	20,00	24,50
Kvalitativt kriterium 3 (10)	10	6	4
Kvalitativt kriterium 4 (10)	6	6	8
Kvalitativt kriterium 5 (10)	7	7	8
Totalt antal poäng (100)	91,00	60,88	67,31
Totalt antal poäng för tekniska kriterier	99,86	66,80	73,87

- 13 I nämnda skrivelse angav harmoniseringskontoret vidare skälen till varför den första sökanden tilldelats de poäng som anges i den sista kolumnen i ovannämnda tabell för vart och ett av de relevanta tekniska kvalitetskriterierna. Vad gäller den första sökandens tredje, fjärde och femte begäran (se punkt 10 ovan) angav harmoniseringskontoret att enligt riktlinjerna för allmänhetens tillgång till handlingar avseende offentlig upphandling hade kontoret inte behörighet att lämna ut utvärderingsrapporten, namnen på medlemmarna i utvärderingskommittén eller de andra anbudsgivarnas ekonomiska anbud.

[utelämnas]

- 19 Genom gemensam skrivelse av den 18 april 2011 meddelande sökandena harmoniseringskontoret att de ansåg att den vaga och allmänt hållna motiveringen i harmoniseringskontorets skrivelse av den 11 april 2011 var otillräcklig och att den inte gav dem möjlighet att utöva sina rättigheter. De upprepade vidare sin begäran om att få tillgång till bland annat de andra anbudsgivarnas ekonomiska anbud samt en fullständig kopia av utvärderingsrapporten. Sökandena angav dessutom, för var och en av de utvärderingar som harmoniseringskontoret gjort av de olika tekniska kvalitetskriterierna i deras anbud, i detalj skälen varför den upphandlande myndighetens bedömning enligt sökandenas mening var bristfällig och felaktig, eller till och med byggde på en uppenbart oriktig bedömning. Sökanden uppmanade slutligen harmoniseringskontoret att ompröva det resultat som bedömningen lett till, ge dem en detaljerad motivering till sina beslut och rätta de angivna fallen av uppenbart oriktig bedömning.
- 20 Genom skrivelse av den 29 april 2011 översände harmoniseringskontoret följande tabell till sökandena. I tabellen anges de poäng som tilldelats deras ekonomiska anbud liksom anbudet från de andra anbudsgivarna.

	Kriterium 1 (60)	Kriterium 2 (40)	Totalt antal poäng (100)	Poäng för ekonomiskt anbud
ETIQ-konsortiet (by everis och Trasys)	60,00	35,59	95,59	100,00
European Dynamics	40,00	40,00	80,00	83,69
Konsortiet Unisys SLU och Charles Oakes & Co Sàrl	34,14	38,61	72,75	76,11

Vad gäller bedömningen av de tekniska tilldelningskriterierna meddelade harmoniseringskontoret vidare sökandena att de skulle tillsändas ett fullständigt svar inom några arbetsdagar.

[utelämnas]

- 22 Genom skrivelse av den 2 maj 2011, vilken översändes genom telefaxmeddelande den 12 maj 2011, upprepade harmoniseringskontoret i allt väsentligt sina påståenden från skrivelsen av den 11 april 2011, vad gäller utvärderingen av den tekniska kvaliteten i den första anbudsgivarens anbud.

[utelämnas]

- 28 Genom skrivelse av den 13 maj 2011 invände sökandena mot harmoniseringskontorets inställning och angav att de nu var tvungna att väcka talan vid tribunalen.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 29 Sökandena har väckt förevarande talan genom en ansökan som inkom till tribunalens kansli den 6 juni 2011.
- 30 I samband med att sammansättningen av tribunalens avdelningar ändrades, förordnades referenten att tjänstgöra på fjärde avdelningen, varför målet tilldelades denna avdelning.
- 31 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (fjärde avdelningen) att inleda den muntliga delen av förfarandet.
- 32 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens muntliga frågor vid förhandlingen den 21 januari 2015.
- 33 Vid förhandlingen återkallade sökandena dels sin fjärde grund, avseende åsidosättande av bland annat principen om likabehandling, artiklarna 93.1 f, 94 och 96 i rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 av den 25 juni 2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget (EGT L 248, s. 1) (nedan kallad budgetförordningen), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG, Euratom) nr 1995/2006 av den 13 december 2006 (EUT L 390, s. 1) och av artiklarna 133 och 134 i kommissionens förordning nr 2342/2002 av den 23 december 2002 om genomförandebestämmelser för [budgetförordningen] (EGT L 357, s. 1) (nedan kallad genomförandebestämmelserna), dels yrkandet om ersättning för förlust av en skälig förväntad vinst. Harmoniseringskontoret har mot bakgrund av beslut av den 12 september 2013, European Dynamics Luxembourg m.fl./harmoniseringskontoret (T-556/11, REU, EU:T:2013:514), återkallat sin invändning om rättegångshinder avseende yrkandena om ogiltigförklaring och om skadestånd. Dessa återkallelser antecknades i förhandlingsprotokollet.
- 34 Sökandena har yrkat att tribunalen ska
- ogiltigförklara tilldelningsbeslutet, vilket meddelades genom skrivelse av den 28 mars 2011, i den del beslutet innebär att deras anbud rangordnades på tredje plats i kaskadsystemet,
 - ogiltigförklara alla därmed sammanhängande beslut som meddelats av harmoniseringskontoret, däribland besluten att tilldela den första och den andra anbudsgivaren i kaskadsystemet det aktuella kontraktet,
 - förplikta harmoniseringskontoret att betala sökandena 650 000 euro för den skada dessa lidit på grund av förlorade möjligheter och kränkning av deras anseende och trovärdighet, och
 - förplikta harmoniseringskontoret att ersätta rättegångskostnaderna.

- 35 Harmoniseringskontoret har yrkat att tribunalen ska

- ogilla talan, och
- förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

1. Yrkandet om ogiltigförklaring

Sammanfattning av grunderna för ogiltigförklaring

- 36 Sökandena har till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring, efter att ha återkallat den fjärde grunden (se punkt 33 ovan), gjort gällande tre grunder.
- 37 Med sin första grund har sökandena gjort gällande att harmoniseringskontoret har åsidosatt artikel 100.2 första stycket i budgetförordningen och artikel 149 i genomförandebestämmelserna samt dess motiveringsskyldighet enligt artikel 296 FEUF genom att inte ge sökandena en förklaring eller tillräcklig motivering till tilldelningsbeslutet.
- 38 Sökandenas andra grund avser ”åsidosättande av förfrågningsunderlaget”, genom att harmoniseringskontoret till sökandenas nackdel använt sig av nya tilldelningskriterier som inte angavs i förfrågningsunderlaget.
- 39 Sökandena har med sin tredje grund hävdade att harmoniseringskontoret i flera fall gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning.
- 40 Tribunalen avser att först pröva den andra grunden, därefter den tredje grunden och slutligen den första grunden.

Den andra grunden: Åsidosättande av kraven i förfrågningsunderlaget

- 41 Sökandena har med denna grund bland annat ifrågasatt den jämförande analysen av deras anbud, med avseende på det första tilldelningskriteriet, i förhållande till de andra anbudsgivarnas anbud som den upphandlande myndigheten angav i sin skrivelse av den 2 maj 2011. I skrivelsen i fråga anges härvidlag bland annat att ”[de andra anbudsgivarnas] anbud uppvisade ett mycket bra, eller till och med utmärkt, första tilldelningskriterium, ’en mycket bra användning av Prince2-miljön, där sammanhanget först förklarades’ innan det angavs på vilket sätt den skulle användas av harmoniseringskontoret, på så sätt att dessa anbud omfattade såväl teoretiska som praktiska aspekter av användningen av Prince2-miljön”. Enligt samma skrivelse ”identifierade [dessa anbud] styrning av förändringsprocesser och kommunikation som de viktigaste uppgifterna för projektets framgång” (se punkt 23 ovan).
- 42 Den upphandlande myndighetens bedömning härvidlag saknar enligt sökandena stöd i förfrågningsunderlaget och vilar på omständigheter, såsom Prince2-metoden, som inte anbudsgivarna fått kännedom om i tid. Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget att de två underkriterierna styrning av förändringsprocesser och kommunikation enligt harmoniseringskontoret utgjorde de viktigaste. Den upphandlande myndigheten har således i efterhand infört ett nytt kriterium och gjort en ny viktning av nämnda underkriterier.
- 43 Enligt harmoniseringskontoret bygger förevarande grund på en felaktig tolkning av dess skrivelse av den 2 maj 2011. I nämnda skrivelse anges inte några nya tilldelningskriterier. Harmoniseringskontoret har påpekat att anbudsgivarna med stöd av det första tilldelningskriteriet inbjöds att beskriva de

uppgifter och verksamheter som de avsåg utföra för genomförande av projekten. Prince2 var en av de tillgängliga metoder som sökandena själva valt. Dessutom innebär inte den omständigheten att harmoniseringsbyrån angett att de bästa anbudena "identifierade styrning av förändringsprocesser och kommunikation som de viktigaste uppgifterna för projektets framgång" att ett nytt tilldelningskriterium infördes eller att en viktningsfaktor fastställdes i efterhand. I förfrågningsunderlaget preciserades nämligen att anbudsgivarna skulle beskriva de uppgifter och verksamheter som de avsåg utföra för genomförande av projekten. Till dessa hörde styrning av förändringsprocesser och kommunikationsplaner. Ingen särskild poängviktning var kopplad till dessa underkriterier och harmoniseringskontoret bekräftade endast att de andra anbudsgivarna hade en korrekt förståelse för att styrning av förändringsprocesser och kommunikation utgjorde de viktigaste uppgifterna.

- 44 Tribunalen erinrar om att enligt principen om likabehandling är den upphandlande myndigheten skyldig att se till att alla behandlas lika under varje etapp av anbudsförfarandet och att alla anbudsgivare följaktligen får samma möjligheter. Principen om likabehandling innebär även att anbudsgivarna ska behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbudet prövas av den upphandlande myndigheten. Detta innebär särskilt att tilldelningskriterierna, i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling, måste formuleras på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt och att dessa kriterier vid utvärderingen ska tillämpas objektivt och likvärdigt på samtliga anbudsgivare (dom av den 17 februari 2011, kommissionen/Cypern, C-251/09, EU:C:2011:84, punkterna 39 och 40; se även, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2012, Astrim och Elyo Italia/kommissionen, T-216/09, EU:T:2012:574, punkterna 35 och 36 och där angiven rättspraxis). Principen om öppenhet vars syfte huvudsakligen är att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida innebär att samtliga villkor och bestämmelser för upphandlingsförfarandet, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, ska formuleras på ett klart, precist och entydigt sätt, dels för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten ska kunna kontrollera om anbudet från de sistnämnda uppfyller upphandlingskriterierna i fråga (se, för ett liknande resonemang, dom Astrim och Elyo Italia/kommissionen, se ovan, EU:T:2012:574, punkt 37, och dom av den 16 september 2013, Spanien/kommissionen, T-402/06, REU, EU:T:2013:445, punkt 67 och där angiven rättspraxis).
- 45 Vad gäller invändningen att harmoniseringskontoret tillämpade ett tilldelningskriterium som inte angetts i förfrågningsunderlaget är det visserligen riktigt att Prince2-metoden inte uttryckligen omnämndes däri. Enligt det första tilldelningskriteriet krävs emellertid bland annat att "anbudsgivaren ... mot bakgrund av sin metod och erfarenhet [ska] presentera de uppgifter och verksamheter som denna avser utföra för genomförande av projektet". Det framgår dock tydligt av den första sökandens anbud att den "metod som valts bygger på projektstyrningsmetoden Prince2 från OGC, som uppvisar den bästa tillämpningen och är vitt spridd internationellt, och som används för att definiera en projektmetod inom ramen för ITIL" och att denna metod "kommer att vara den dominerande metoden i projektet". Det är vidare utrett att de andra anbudsgivarnas anbud även de byggde på Prince2-metoden, vilket gjorde det möjligt för den upphandlande myndigheten att göra en sådan jämförande analys som avses i punkt 41 ovan.
- 46 Sökandenas invändning att harmoniseringskontoret i efterhand fastställt ett nytt tilldelningskriterium, nämligen Prince2-metoden, som inte angetts i förfrågningsunderlaget eller meddelats anbudsgivarna i tid kan under dessa omständigheter inte godtas. Det är nämligen uppenbart att den bedömning som harmoniseringskontoret gjorde av den första sökandens anbud vägleddes av kriteriet "mot bakgrund av sin metod och erfarenhet", vilket är en slutsats som inte påverkas av att denna metod i detta anbud och de andra anbudsgivarnas anbud motsvarades av just Prince2-metoden. Denna omständighet visar istället, i sig själv, att samtliga anbudsgivare hade förstått att de enligt det första tilldelningskriteriet kunde basera sina anbud på nämnda metod. Den upphandlande myndigheten kan således inte kritiseras för att den jämförde berörda anbud enligt kriterierna för denna metod, då detta endast

kunde underlätta jämförelsen av anbudens kvalitet och främja jämförelsens objektivitet. Slutligen kan kravet på detta tilldelningskriterium tydligt urskiljas av punkt 2.3 i bilaga II till förfrågningsunderlaget enligt vilken "den metod som används av harmoniseringskontoret för projektstyrning är en individuell tillämpning av Prince2" och av vilken det tydligt anges att denna "kommer att ställas till leverantörens förfogande först då ramavtalet påbörjas". Detta innebär att den inte kan utgöra en modell som anbudens måste anpassas till.

- 47 Den första invändningen saknar följaktligen fog.
- 48 Vad gäller den andra invändningen anser sökandena med rätta att den upphandlande myndigheten rent faktiskt tillmätt underkriterierna "styrning av förändringsprocesser" och "kommunikation" större vikt än övriga underkriterier till det första tilldelningskriteriet. Den otvetydiga motiveringen i harmoniseringskontorets skrivelse av den 2 maj 2011, enligt vilken de andra anbudsgivarnas anbud "identifierade styrning av förändringsprocesser och kommunikation som de viktigaste uppgifterna för projektets framgång", kan nämligen inte förstås på något annat sätt. Härav framgår att den upphandlande myndigheten godtagit de andra anbudsgivarnas föreslagna lösning och därvid grundat sig på en viktning av dessa underkriterier som inte motsvaras av lydelsen av det första tilldelningskriteriet. Mot bakgrund av ovan i punkt 44 nämnd rättspraxis har en upphandlande myndighet således inte rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier med avseende på tilldelningskriterier utan att i förväg underrätta anbudsgivarna om dessa (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 januari 2008, Lianakis m.fl., C-532/06, REG, EU:C:2008:40, punkt 38).
- 49 Det ska preciseras att "styrning av förändringsprocesser" och "kommunikationsplan" endast utgör två underkriterier av totalt sju kriterier, som uppräknades utan rangordning och som inte var uttömmande, vad gäller det första tilldelningskriteriet, vilket utgjordes av utvecklingskontroll problemlösningsprocesser, styrning av förändringsprocesser, stegvisa interventionsprocesser, program för tillvaratagande av erfarenheter, kommunikationsplan, produktgodkännandeprocesser, för vilka den upphandlande myndigheten kunde dela ut maximalt 40 poäng (se punkt 5 ovan). Det framgår emellertid inte av detta kriteriums lydelse eller av andra relevanta delar av förfrågningsunderlaget att den upphandlande myndigheten, i förekommande fall och av särskilda ej angivna skäl, hade för avsikt att fästa olika vikt vid dessa underkriterier vid presentationen av det projekt som avses i arbetsbeskrivning 1, det vill säga att vid utvärderingen av ingivna anbud med avseende på det första tilldelningskriteriet tilldela högre eller lägre poäng i förhållande till huruvida det ena eller det andra av dessa underkriterier framhölls i de nämnda anbudens. Detta gäller i än högre grad då det i förfrågningsunderlaget inte anges att den upphandlande myndigheten ansåg att underkriterierna "styrning av förändringsprocesser" och "kommunikationsplan" utgjorde "de viktigaste uppgifterna för projektets framgång".
- 50 Därutöver, mot bakgrund av den allmänna framställningen av de krav som anbudsgivarna skulle uppfylla i förfrågningsunderlaget, inbjöds dessa att presentera "de uppgifter och verksamheter som ska verkställas för att leda och framgångsrikt genomföra det projekt som avses i arbetsbeskrivning 1", vilken angavs i bilaga 18 till förfrågningsunderlaget och som avsåg att harmoniseringskontoret skulle inrätta "ett projekt för ett informationssystem". Härav följer att beskrivningen i de ingivna anbudens av de uppgifter och verksamheter som var kopplade till de olika underkriterierna till det första tilldelningskriteriet med nödvändighet måste avse detta projekt, vilket per definition, var samma för samtliga anbudsgivare.
- 51 Uttrycket "identifierade styrning av förändringsprocesser och kommunikation som de viktigaste uppgifterna för projektets framgång" kan endast förstås på så sätt att det skulle utgöra en allmän och absolut värdering av den särskilda betydelsen av underkriterierna "styrning av förändringsprocesser" och "kommunikationsplan" (de viktigaste) i harmoniseringskontorets projekt under arbetsbeskrivning 1 (för projektets framgång), som de andra anbudsgivarna hade beaktat och, omvänt, som kritik mot den första sökanden för att denne i sitt anbud inte följt ett motsvarande upplägg som de andra anbudsgivarna.

- 52 Harmoniseringskontoret kan härvidlag inte göra gällande att den ovannämnda motiveringen ska betraktas som en värdering av den goda kvaliteten i de andra anbudsgivarnas anbud som grundade sig på en identifiering av dessa särskilda underkriterier, nämligen ”styrning av förändringsprocesser” och ”kommunikationsplan”. Denna värdering kan nämligen inte skiljas från en särskild abstrakt värdering i förhand av dessa underkriterier i förhållande till de andra fem underkriterier som anges inom det första tilldelningskriteriet. Det kan dessutom inte ens av de skäl som anges i punkterna 48–51 ovan anses trovärdigt att den upphandlande myndigheten inte tilldelade särskilda poäng av de totala 40 poängen till de olika underkriterier som avses (se även punkterna 93 och 94 nedan).
- 53 Den negativa bedömning som den upphandlande myndigheten gjorde av den första sökandens anbud i jämförelse med de andra anbudsgivarnas anbud finner således inget stöd i det första tilldelningskriteriets lydelse. I synnerhet framgår inte den underliggande viktningen bakom denna bedömning på ett så klart, precist och entydigt sätt av detta kriterium att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Harmoniseringskontoret har således genom att vikta de olika underkriterierna till det första tilldelningskriteriet på ett sätt som inte angetts i förfrågningsunderlaget och inte heller meddelat anbudsgivarna därom i förväg, i strid med de krav som anges i ovan i punktens 44–48 angiven rättspraxis, åsidosatt principerna om likabehandling och öppenhet till nackdel för sökandena.
- 54 Den andra invändningen är följaktligen befogad.
- 55 Således ska den andra grunden delvis underkännas och delvis godtas.

Den tredje grunden: uppenbart oriktig bedömning

Inledande synpunkter

- 56 Sökandena anser att enbart den bristfälliga information som getts av harmoniseringskontoret avslöjar flera fall av uppenbart oriktig bedömning. Utan denna uppenbart oriktiga bedömning skulle den första sökandens anbud ha kunnat rangordnas på första plats i kaskadsystemet. Enligt sökandena påverkar dessa fel den upphandlande myndighetens bedömning vad gäller vart och ett av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget. Sökandena har i detta sammanhang särskilt ifrågasatt de negativa kommentarer som anges i harmoniseringskontorets skrivelser av den 11 april och den 2 maj 2011.
- 57 Sökandena har vad gäller den upphandlande myndighetens bedömning med avseende på det första tilldelningskriteriet gjort gällande elva invändningar, vilka ska prövas nedan, antingen individuellt eller, när de sammanfaller, tillsammans. Det ska erinras om att enligt nämnda tilldelningskriterium skulle anbudsgivaren ”... mot bakgrund av sin metod och erfarenhet presentera de uppgifter och verksamheter som denna avser utföra för genomförande av projektet”. Detta innefattade bland annat, men inte enbart, sju underkriterier, nämligen utvecklingskontroll problemlösningsprocesser, styrning av förändringsprocesser, stegvisa interventionsprocesser, program för tillvaratagande av erfarenheter, kommunikationsplan, produktgodkännandeprocesser (se punkt 5 ovan).
- 58 Tribunalens erinrar om att den upphandlande myndigheten har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller vilka faktorer som ska beaktas vid kontraktstilldelning i ett anbudsförfarande och tribunalens prövning ska därför begränsas till att avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att uppgifterna om de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, och att det inte har förekommit någon uppenbart oriktig bedömning eller maktmissbruk (se dom av den 23 november 2011, bpost/kommissionen, T-514/09, EU:T:2011:689, punkterna 121 och där angiven rättspraxis).

Påstådd uppenbart oriktig bedömning i samband med det första tilldelningskriteriet. *[utelämnas]*

– Den sjätte invändningen

- 81 Sökandena har i sin sjätte invändning invänt mot harmoniseringskontorets bedömning som innebär att det inte var nödvändigt med en programansvarig, en huvudprojektansvarig och en projektansvarig för varje projekt. Mot bakgrund av kraven avseende arbetsbeskrivning nr 1 och deras erfarenhet, i enlighet med förfrågningsunderlaget, presenterade och motiverade sökandena i kapitel 2 och kapitel 4 i sitt anbud, sitt förslag att inrätta ett projektkontor med en programansvarig och en huvudprojektansvarig.
- 82 Harmoniseringskontoret nämnde i sin skrivelse av den 11 april 2011 att ”alla de projekt som angetts i [sökandenas anbud] kräver inte en programansvarig, en huvudprojektansvarig och en projektansvarig”. I sina inlagor till tribunalen bekräftade harmoniseringskontoret att sökandena felaktigt antagit att harmoniseringskontoret bedrev alla sina projekt inom samma program, vilket medfört att de föreslagit en lösning med en programansvarig, en huvudprojektansvarig och en projektansvarig för varje projekt. Emellertid motiverade inte storleken och den begränsade omfattningen av det projekt som skulle användas som exempel, nämligen arbetsbeskrivning nr 1, att dessa tre poster angavs.
- 83 Det framgår härvidlag av den allmänna framställningen i förfrågningsunderlaget av de krav som anbudsgivarna skulle uppfylla att dessa inbjöds att presentera ”de uppgifter och verksamheter som ska verkställas för att leda och framgångsrikt genomföra det projekt som avses i arbetsbeskrivning 1”, såsom denna angavs i bilaga 18 till förfrågningsunderlaget och som endast avsåg ”ett projekt för ett informationssystem”, och inte ett program som innefattade olika projekt av detta slag, med följd att den upphandlande myndigheten med rätta kunde ha riktat kritik mot sökandenas förslag med en programansvarig.
- 84 Det framgår däremot inte av förfrågningsunderlaget med den klarhet och precision som krävs enligt i punkt 44 ovan nämnd rättspraxis, särskilt inte vad gäller det första tilldelningskriteriet och definitionen av arbetsbeskrivning nr 1, att harmoniseringskontoret avsåg att inbjuda anbudsgivarna att presentera en lösning som inte heller innefattade posterna huvudprojektansvarig och projektansvarig, vilket föreslagits av sökandena. Harmoniseringskontoret förklarade inte heller varför förslaget med sådana poster var oförenligt med arbetsbeskrivning nr 1. Slutligen har harmoniseringskontoret härvidlag, till skillnad från vad som anförts i svaromålet avseende den första till och med den femte invändningen, inte gjort gällande att sökandena inte använt Prince2-metoden. Eftersom förfrågningsunderlaget var otydligt på denna punkt var emellertid sökandena enligt det första tilldelningskriteriet fria att mot bakgrund av sin egen metod och sin egen erfarenhet presentera de uppgifter och verksamheter som denna avser utföra för genomförande av projektet.
- 85 Med beaktande av bland annat den bristande precisionen i förfrågningsunderlaget, liksom utvärderingskommitténs kortfattade och vaga utlåtande, är det omöjligt för såväl sökandena som för tribunalen att kontrollera huruvida den framförda kritiken vad gäller att en huvudprojektansvarig och en projektansvarig tagits med i anbudet är rimlig, och således att avgöra om det förekommit en uppenbart oriktig bedömning.
- 86 Mot denna bakgrund konstaterar tribunalen att motiveringen i detta avseende är bristfällig, i den mening som avses i artikel 296 andra stycket FEUF, jämförd med artikel 100.2 i budgetförordningen (se punkterna 125–135 nedan).

– Den åttonde invändningen

- 87 Sökandena har i sin åttonde invändning bestritt utvärderingskommitténs slutkommentar avseende det första tilldelningskriteriet, enligt vilken den första sökandens "anbud i sin helhet är mycket operationellt istället för strategiskt och lägger tyngdpunkten på en annan typ av projektansvarig än vad harmoniseringskontorerna hade avsett". Denna kommentar är godtycklig och saknar stöd i förfrågningsunderlaget. Den första sökandens anbud motsvarade samtliga krav i förfrågningsunderlaget och godkändes på området för projektstyrning, nämligen Prince2. Sökandena har i detta avseende hänvisat till punkt 4.1.1 i sitt anbud, med rubriken "Struktur och organisation", i vilken det föreslås en enhetlig och centraliserad struktur inom vilken oberoende projekt, såsom det som avses i arbetsbeskrivning nr 1, eller projekt som ingår i ett program, ska ledas, genomföras, kontrolleras och vara föremål för uppföljning av projektkontoret. Den programansvarige ingår i projektkontoret och har en övergripande översikt samtidigt som vederbörande utövar den övergripande kontrollen över samtliga projekt och program som genomförs med stöd av ramavtalet, för att säkerställa att dessa genomförs på ett effektivt, likartat och lämpligt sätt. Genom att på den första sökandens anbud tillämpa ett kriterium som inte föreskrivs i förfrågningsunderlaget, nämligen att "harmoniseringskontoret [ska] leda samtliga projekt inom ramen för ett och samma program" har harmoniseringskontoret gjort en uppenbart oriktig bedömning.
- 88 Harmoniseringskontoret har vid tribunalen endast anfört det argument som angetts i punkt 82 ovan. Tribunalen konstaterar emellertid, i likhet med de överväganden som gjorts i punkt 84 ovan, att då det inte fanns tillräckligt klara och precisa kriterier i förfrågningsunderlaget, kan utvärderingskommitténs slutkommentar, särskilt den vaga kritiken att harmoniseringskontoret hade avsett "en annan typ av projektansvarig", inte förstås, varför det är det omöjligt för såväl sökandena som för tribunalen att kontrollera huruvida kritiken är rimlig, och således att avgöra om det förekommit en uppenbart oriktig bedömning. Detta gäller i än högre grad då anbudsgivarna enligt det första tilldelningskriteriet, mot bakgrund av sin egen metod och sin egen erfarenhet, skulle presentera de uppgifter och verksamheter som denna avsåg utföra för genomförande av projektet, och följaktligen inte mot bakgrund av harmoniseringskontorets eventuella praxis eller erfarenhet som inte angetts i förfrågningsunderlaget.
- 89 Mot denna bakgrund konstaterar tribunalen att motiveringen i detta avseende är bristfällig, i den mening som avses i artikel 296 andra stycket FEUF, jämförd med artikel 100.2 i budgetförordningen (se punkterna 125–135 nedan).

– Den nionde till och med den elfte invändningen

- 90 Sökandena har i den nionde, den tionde och den elfte invändningen vänt sig mot harmoniseringskontorets svar i dess skrivelse av den 2 maj 2011 och anfört att det är bristfälligt, undvikande och vagt, särskilt vad gäller poängsättningen och den jämförande värderingen av deras anbud i förhållande till de andra anbudsgivarnas anbud, med avseende på det första tilldelningskriteriet. Harmoniseringskontoret angav endast att de två andra anbuden bedömts vara de bästa, eftersom det i dessa angavs var och en av "de teoretiska och praktiska aspekterna av användningen av Prince2" och "identifierade styrning av förändringsprocesser och kommunikation som de viktigaste uppgifterna för projektets framgång". I punkterna 2.1.1 och 2.1.2 i sökandenas anbud presenterade emellertid även dessa de teoretiska och praktiska aspekterna av användningen av Prince2-metoden för projektledning och gav även ett detaljerat förslag till uppgifterna styrning av förändringsprocesser och kommunikation, tillämpade på harmoniseringskontorets projekt. De angav även, i punkterna 2.2–2.11 i sitt anbud, i detalj, de teoretiska och praktiska aspekterna av användningen av deras på Prince2 baserade metod för projektledning och utförande av uppgifterna med projektledning vad gäller arbetsbeskrivning nr 1. I punkt 2.5 i nämnda anbud gjordes en utförlig beskrivning av hur styrningen av förändringsprocesser skulle ske och i punkterna 2.10 och 2.8 angavs kommunikationsplanen och förslagen till stegvisa interventionsprocesser, utan att

harmoniseringskontoret gett en förklaring till de påstådda bristerna eller det påstått bättre innehållet i de andra anbuderna i detta avseende (den nionde invändningen). Dessutom krävdes inte enligt det första tilldelningskriteriet att omfattningen av de föreslagna uppgifterna skulle anges, vilket hade stått i strid med god sedvänja och internationellt etablerade metoder. Sökandena har under alla omständigheter presenterat en väldefinierad, sammanhängande och klart strukturerad metod för projektledning, enligt vilken processer, verksamhet och uppgifter alla är nödvändiga för att genomföra projektet (den tionde invändningen). Slutligen har harmoniseringskontoret inte motiverat den mycket låga poäng på 22,81 som den första anbudsgivarens anbud getts med avseende på det första tilldelningskriteriet, medan den vinnande anbudsgivarens anbud getts det maximala antalet poäng, det vill säga 40 (den elfte invändningen).

- 91 Tribunalen hänvisar inledningsvis till de överväganden som gjorts i punkterna 48–53 ovan, som svar på den andra grunden. Där anges att den negativa jämförande bedömningen av den första sökandens anbud, enligt vilken de andra anbudsgivarnas anbud ”identifierade styrning av förändringsprocesser och kommunikation som de viktigaste uppgifterna för projektets framgång”, utgör ett åsidosättande av principerna om lika möjligheter och öppenhet, eftersom den inte har något stöd i det första tilldelningskriteriets lydelse och följaktligen visar en viktning av de olika underkriterierna till detta tilldelningskriterium som inte i förväg meddelats anbudsgivarna. Härav följer med nödvändighet att denna bedömning inte är rimlig och även utgör en uppenbart oriktig bedömning vid viktningen av de angivna underkriterierna.
- 92 Harmoniseringskontoret har vidare inte vid tribunalen tagit ställning till sökandenas utförliga argument, inte heller till det sätt på vilket utvärderingskommittén kom fram till en total poäng på 22,81 av 40 poäng vad gäller den första sökandens anbud, såsom det angetts i harmoniseringskontorets skrivelse av den 2 maj 2011. Som svar på en precis fråga från tribunalen vid förhandlingen angav emellertid harmoniseringskontoret i huvudsak att utvärderingskommitténs bedömning i förevarande fall inte hade skett genom att använda en matematisk formel som lett till visst antal poäng per underkriterium eller för vissa negativa kommentarer utan bedömnarna hade gett en samlad poäng för den allmänna kvaliteten på hela denna del av anbudet vad gäller det första tilldelningskriteriet. Fastställandet av poäng med två decimaler (22,81) berodde på att anbuderna utvärderats av flera bedömare vars poäng först lades ihop för att sedan delas med antalet bedömare.
- 93 Tribunalen finner emellertid att dessa förklaringar, som inte angetts i harmoniseringskontorets skrivelse av den 2 maj 2011, lämnats sent och att de dessutom är osannolika. Eftersom förfrågningsunderlaget saknar preciseringskrav vad gäller den faktiska viktningen av de olika underkriterierna till det första tilldelningskriteriet och eftersom harmoniseringskontoret inte har framlagt skriftlig bevisning i detta hänseende kan dess argument att bedömnarna inte gett ett visst antal poäng till de underkriterier som angavs i förfrågningsunderlaget och i vilket det angavs att varje anbudsgivare kunde ges högst 40 poäng, inte betraktas som trovärdigt. Det är vidare, i likhet med vad sökandena anförde vid förhandlingen inte heller trovärdigt att bedömnarna inte använt sig av en matematisk formel eller att de under alla omständigheter tilldelade åtminstone delar av poäng för varje underkriterium när de utvärderade anbuderna med avseende på nämnda tilldelningskriterium. Även om det antas att den sammanlagda poängen delades med antalet bedömare, vilket harmoniseringskontoret har gjort gällande, hade det utan ett sådant matematiskt tillvägagångssätt eller tilldelning av delar av poäng för varje underkriterium, varit omöjligt att nå en total poäng med två decimaler. Harmoniseringskontorets argument att den första sökandens anbud getts en samlad poäng för hela den del av anbudet som avsåg det första tilldelningskriteriet kan således inte godtas.
- 94 Harmoniseringskontorets skrivelse av den 2 maj 2011 erbjuder ingen relevant förklaring till detta förhållande. I denna skrivelse konstateras nämligen enbart vagt att ”[de andra anbudsgivarnas] anbud uppvisade ett mycket bra, eller till och med utmärkt, första tilldelningskriterium, en mycket bra användning av Prince2-miljön, där sammanhanget först förklarades innan det angavs på vilket sätt den skulle användas av harmoniseringskontoret, på så sätt att dessa anbud omfattade såväl teoretiska som praktiska aspekter av användningen av Prince2-miljön”. Harmoniseringsbyrån begränsade sig dessutom

till att ange att dessa anbud "identifierade styrning av förändringsprocesser och kommunikation som de viktigaste uppgifterna för projektets framgång" och avslutade med att ange att "utvärderingskommittén har vid en jämförelse funnit bättre förslag än vad [sökandena] har lämnat". Mot bakgrund av dessa oprecisa och bristfälliga överväganden som anges i nämnda skrivelse, vilka endast avser vissa underkriterier till det första tilldelningskriteriet och där det inte anges exakt vilken poäng som den upphandlande myndigheten avsåg tilldela för vart och ett av dessa underkriterier och det inte heller i förfrågningsunderlaget anges hur dessa underkriterier ska viktas tillsammans, är det omöjligt för såväl sökandena som för tribunalen att förstå hur den upphandlande myndigheten, inom ramen för dess individuella och jämförande utvärdering av inkomna anbud, tilldelade de tillgängliga poängen för det första tilldelningskriteriet och dess underkriterier.

- 95 Tribunalen kan följaktligen, förutom att konstatera den uppenbart oriktiga bedömning som avses i punkt 91 ovan, inte ens avgöra om sådana uppenbart oriktiga bedömningar förekommit eller ej. Tilldelningsbeslutet saknar nämligen tillräcklig motivering i den mening som avses i artikel 296 andra stycket FEUF jämförd med artikel 100.2 första stycket i budgetförordningen (se punkterna 125–135 nedan).

– Mellanliggande slutsats

- 96 Av det anförda följer att med reservation för bedömningen av den första grunden avseende bristande motivering, ska talan vinna bifall såvitt avser den nionde invändningen i förevarande del av den tredje grunden, vilken rör det första tilldelningskriteriet, i den del den avser den uppenbart oriktiga bedömning som konstaterats i punkt 91 ovan. Grundens övriga delar ska underkännas.

Påstådda fall av uppenbart oriktig bedömning i samband med det andra tilldelningskriteriet

- 97 Sökandena har ifrågasatt den negativa bedömningen av deras anbud med avseende på det andra tilldelningskriteriet, såsom den framgår av skrivelsen av den 11 april 2011, i vilken det angavs att det inte fanns något "exempel på den produkt som skulle levereras för fallstudien, daglig avläsning, register över konfigurationer, rapport om de huvudsakliga indikatorerna". Det har till stöd för denna delgrund för det första gjorts gällande att harmoniseringskontoret inte besvarat några av sökandenas motiverade bestridanden härvidlag, vilka framförts i deras skrivelse av den 18 april 2011. Enligt förfrågningsunderlaget krävdes nämligen inte något sådant exempel, utan endast en presentation av de uppgifter och verksamheter som skulle genomföras för teknisk rådgivning. För det andra angavs i punkt 6.2 i den första sökandens anbud exempel på former och modeller för varje produkt som skulle levereras, vilket harmoniseringskontoret slutligen har medgett. Dessa modeller var fullständiga och tillräckligt underbyggda, eftersom de presenterade strukturen, delarna och det exakta innehållet i de tjänster som skulle levereras inom ramen för det hypotetiska scenario som angavs i förfrågningsunderlaget. För det tredje har harmoniseringskontoret i sin skrivelse av den 2 maj 2011 inte förklarat på vilket sätt de andra anbudsgivarna hade gett mycket bra exempel på de produkter som skulle levereras, och inte heller skälen till att deras anbud ansetts vara av bättre kvalitet än sökandenas anbud. De komponenter som åberopats av harmoniseringskontoret är inte produkter som skulle levereras och som faller under tillhandahållande av teknisk rådgivning, utan endast produkter avseende projektledning enligt Prince2-metoden. Sökandena tillade vid förhandlingen, i likhet med vad som angetts i dupliken, att harmoniseringskontoret vid utvärderingen av det andra tilldelningskriteriet gjorde en positiv utvärdering av de andra anbudsgivarnas ingivande av prov på tidigare projekt, vilket dels innebar att det i efterhand inrättades ett nytt underkriterium, dels en rättstridig sammanblandning av urvalskriteriet erfarenhet med tilldelningskriteriet i fråga. Det framgår emellertid tydligt av punkt 11 i förfrågningsunderlaget, med rubriken "Ingivande av exempel" att "ingivande av exempel är inte en förutsättning för ingivande av anbud".

- 98 Harmoniseringskontoret har genmält att begreppet "exempel" som användes i skrivelsen av den 11 april 2011 i allt väsentligt ska förstås som "tillhandahålla en presentation av" de föreslagna tjänsterna. Enligt förfrågningsunderlaget krävdes en beskrivning av det sätt på vilket uppgifterna och verksamheterna skulle genomföras, och följaktligen en passande presentation av tjänsterna, med stöd av prov på nämnda tjänster som tillhandahålls enligt arbetsbeskrivning nr 1. Den negativa kommentaren kring den omständigheten att den första sökandens anbud endast innehöll fem "oanvända prover" visar i sig att kvaliteten var sämre och att sökandena var medvetna om behovet av att lämna prov på tjänsterna i sitt anbud. Till skillnad från de prover som lämnats av de andra anbudsgivarna, särskilt av Accenture som fick maximalt antal poäng härvidlag, var sökandenas oanvända prover inte anpassade till arbetsbeskrivning nr 1. Harmoniseringskontoret preciserade vid förhandlingen att det härigenom inte hade utvärderat anbudsgivarnas tidigare erfarenhet, utan endast beaktat förhållandet att de inlämnade proverna av de produkter som skulle levereras utgjorde ett mervärde genom att de visade att dessa anbudsgivare hade förstått harmoniseringskontorets behov och vad som krävdes.
- 99 Det ska först erinras om att enligt det andra tilldelningskriteriet ska "anbudsgivaren ... mot bakgrund av sin metod och erfarenhet presentera de uppgifter och verksamheter som denna avser utföra vad gäller teknisk rådgivning. Detta inbegriper bland annat (men inte endast) ... [en] utvärdering av arkitekturen, ... [en] prestandaanalys, ... [en] säkerhetsutvärdering, [och en] integration med andra system". Den första sökandens anbud erhöll vidare 24,5 av totalt 30 poäng för nämnda kriterium, medan de andra anbudsgivarna tilldelades 28 respektive 20 poäng.
- 100 Vidare vilar den kritik som harmoniseringskontoret framfört i sin skrivelse av den 11 april 2011 och som innebär att det i den första sökandens anbud inte angavs "exempel på den produkt som skulle levereras för fallstudien ..." på omständigheter som inte har bestritts, eftersom sökandena endast tillhandahållit oanvända prover eller tomma modeller som bifogats punkt 6.2 i deras anbud.
- 101 Det framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget, och särskilt inte av det andra tilldelningskriteriet, att anbudsgivarna skulle presentera "exempel på den produkt som skulle levereras för fallstudien". Det framgår heller inte att en sådan presentation av den upphandlande myndigheten kunde betraktas som ett mervärde, såsom harmoniseringskontoret har gjort gällande i målet. Såsom sökandena har gjort gällande framgår istället tydligt av punkt 11 i förfrågningsunderlaget, med rubriken "Ingivande av exempel", att "ingivande av exempel [inte är] en förutsättning för ingivande av anbud". Harmoniseringskontorets argument – att begreppet "exempel", som användes i skrivelsen av den 11 april 2011, ska förstås på så sätt att "tillhandahålla en presentation av" de föreslagna tjänsterna – är inte trovärdigt och ska underkännas. Den negativa kommentaren kring den omständigheten att "det inte fanns något exempel på den produkt som skulle levereras för fallstudien ..." kan nämligen endast förstås på så sätt att sökandena enligt den upphandlande myndigheten hade underlåtit att presentera sådana exempel. Vidare framgår inte skälen till att den upphandlande myndigheten ansåg att den första sökandens anbud innehöll en otillräcklig presentation av delarna "daglig avläsning, register över konfigurationer, rapport om de huvudsakliga indikatorerna" med tillräcklig tydlighet av nämnda skrivelse.
- 102 Dessa överväganden räcker för att konstatera att den negativa kommentaren i harmoniseringskontorets skrivelse av den 11 april 2011 inte hade något stöd i förfrågningsunderlaget, och att den följaktligen utgör en uppenbart oriktig bedömning. Det saknas anledning att pröva sökandenas övriga invändningar härvidlag.
- 103 Talan ska således vinna bifall såvitt avser den del av förevarande grund som rör bedömningen av den första sökandens anbud med avseende på det andra tilldelningskriteriet.

Påstådd uppenbart oriktig bedömning i samband med det tredje tilldelningskriteriet

- 104 Enligt det tredje tilldelningskriteriet skulle anbudgivarna fastställa ”uppskattad insats för varje uppgift och varje verksamhet inom förvaltningen av projektet” och den första sökandens anbud tilldelades endast fyra av totalt tio poäng. Harmoniseringskontoret anförde till stöd för denna bedömning i sin skrivelse av den 11 april 2011, vad gäller de negativa delarna, att ”ett projekt som inte är kopplat till ett program (såsom arbetsbeskrivning nr 1) kräver inte någon programansvarig[,] för många allmänna kostnadsnivåer[,] den uppskattade insatsen för förvaltning av projektet utgör 24 procent av hela den insats som avser det till arbetsbeskrivning nr 1 hörande projektet”. I sin skrivelse av den 2 maj 2011 preciserade harmoniseringskontoret att ”de bättre förslagen inte innehöll någon programansvarig och motiverade denna punkt härvidlag” och att ”utvärderingskommittén vid en jämförelse [hade föredragit] detta tillvägagångssätt och [gett] det en högre poäng”.

[utelämnas]

- 107 För det första, vad gäller den felaktiga beräkningen eller bedömningen av omständigheterna avseende den uppskattade insatsen för förvaltning av program, det vill säga 12 procent istället för 24 procent, erinras om att harmoniseringskontoret redan under anbudsförfarande medgett ett sådant fel och att det till tribunalen ingett en intern anteckning av den 24 april 2011 i vilket det anges alternativa beräkningar som visar att även utan beräkningsfel eller under antagandet att den första sökandens anbud skulle ha tilldelats maximala tio poäng, så skulle detta anbud ha rangordnats på tredje plats i kaskadsystemet. Sådan enkla beräkningsfel eller fel avseende de faktiska omständigheterna som inte kan påverka resultatet av ett förfarande, kan emellertid inte motivera att den angripna rättsakten ogiltigförklaras (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 oktober 2005, Freistaat Thüringen/kommissionen, T-318/00, REG, EU:T:2005:363, punkt 191 och där angiven rättspraxis, och dom av den 19 mars 2010, Evropaiki Dynamiki/kommissionen, T-50/05, REU, EU:T:2010:101, punkt 159).
- 108 Detta obestridda fel avseende de faktiska omständigheterna kan således inte medföra att tilldelningsbeslutet är rättsstridigt på ett sådant sätt att det ska ogiltigförklaras.

[utelämnas]

- 111 Följaktligen kan ingen av invändningarna mot den upphandlande myndighetens bedömning med avseende på det tredje tilldelningskriteriet godtas.

[utelämnas]

Slutsats avseende den tredje grunden

- 121 Av det anförda följer att, med förbehåll för bedömningen av den första grunden avseende bristande motivering, ska talan vinna bifall såvitt avser dels den första grundens nionde del avseende det första bedömningskriteriet vad gäller det fall av uppenbart oriktig bedömning som konstaterats i punkt 91 ovan, dels denna grundens andra del, avseende det andra tilldelningskriteriet, i sin helhet. (se punkterna 97–103 ovan). Den tredje grunden underkänns i övriga delar.

Den första grunden: bristande motivering

- 122 Med sin första grund har sökandena gjort gällande att harmoniseringskontoret i flera fall har åsidosatt artikel 100.2 första stycket i budgetförordningen och artikel 149 i genomförandebestämmelserna samt dess motiveringsskyldighet enligt artikel 296 andra stycket FEUF.

- 123 Sökandena har härvidlag begärt att tribunalen ska förelägga harmoniseringskontoret att förete de fullständiga och icke-konfidentiella versionerna av de andra anbudsgivarnas anbud samt hela utvärderingsrapporten, inbegripet kommentarerna kring dessa anbud. Sökandena har vidare gjort gällande att utdragen från utvärderingsrapporten med bedömningen av deras anbud är så ofullständiga och vaga att det är fråga om en bristfällig motivering som hindrat dem att verkningsfullt göra gällande sina rättigheter och, åtminstone delvis, gör tribunalens lagenlighetsprövning omöjlig. Detta gäller särskilt de ofullständiga och otillräckliga skäl som angetts i harmoniseringskontorets skrivelse av den 2 maj 2011, som skulle ge en motivering till den jämförande utvärderingen av den första sökandens anbud med de andra anbudsgivarnas anbud.
- 124 Harmoniseringskontoret har bestritt dessa argument och yrkat att begäran om åtgärder för processledning och bevisupptagning ska avslås.
- 125 När, som i förevarande fall, unionens institutioner i egenskap av upphandlande myndigheter ges utrymme för skönsmässig bedömning är det av än mer grundläggande betydelse att de garantier som tillhandahålls av unionens rättsordning i fråga om administrativa förfaranden uppfylls. Bland dessa skyddsregler återfinns bland annat skyldigheten för den behöriga institutionen att på ett tillfredsställande sätt motivera sina beslut. Det är nämligen endast på detta sätt som unionsdomstolen kan kontrollera om de faktiska och rättsliga omständigheter som är av betydelse för den skönsmässiga bedömningen föreligger (dom av den 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, REG, EU:C:1991:438, punkt 14, dom av den 20 maj 2009, VIP Car Solutions/parlamentet, T-89/07, REG, EU:T:2009:163, punkt 61, och av den 12 december 2012, Evropaïki Dynamiki/EFSA, T-457/07, EU:T:2012:671, punkt 42).
- 126 Enligt den motiveringsskyldighet som stadgas i artikel 296 andra stycket FEUF, ska det klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och göra sina rättigheter gällande och så att domstolen ges möjlighet att utföra sin prövning. Frågan huruvida kravet på motivering är uppfyllt ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälen och det intresse av att få förklaringar som de till vilka rättsakten är riktad, eller andra personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha (se dom av den 21 februari 2013, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, T-9/10, EU:T:2013:88, punkterna 25 och 26 och där angiven rättspraxis). Motiveringsskyldigheten utgör en väsentlig formföreskrift som ska särskiljas från frågan huruvida motiveringen är hållbar, vilken ska hänföras till frågan huruvida den omtvistade rättsakten är lagenlig i materiellt hänseende (se dom av den 22 maj 2012, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, T-17/09, EU:T:2012:243, punkt 40 och där angiven rättspraxis).
- 127 I artikel 100.2 första stycket i budgetförordningen och artikel 149.3 i genomförandebestämmelserna preciseras, vad gäller offentlig upphandling, villkoren enligt vilka den upphandlande myndigheten uppfyller sin motiveringsskyldighet gentemot anbudsgivarna.
- 128 Den upphandlande myndigheten ska således enligt artikel 100.2 i budgetförordningen ”informera alla anbudssökande och anbudsgivare vars ansökningar förkastats om orsaken till detta, och alla som lämnat formellt korrekta anbud och ansökningar som prövats skall, om de skriftligen begär detta, informeras om vilka relativa kvaliteter och fördelar som kännetecknar det anbud som slutligen valts, samt namnet på den som lämnat det anbudet”.
- 129 Enligt fast rättspraxis kan det enligt nämnda bestämmelse inte krävas att den upphandlande myndigheten tillsänder en anbudsgivare vars anbud förkastats, dels, förutom skälen till att anbudet förkastats, en detaljerad redogörelse för det sätt på vilket varje detalj i dennes anbud beaktats vid utvärderingen, dels vad gäller informationen om vilka relativa kvaliteter och fördelar som kännetecknar det anbud som slutligen valts, en detaljerad jämförande analys av det utvalda anbudet och det förlorande anbudet. Den upphandlande myndigheten är heller inte skyldig att efter skriftlig begäran tillhandahålla den anbudsgivare vars anbud förkastats en fullständig kopia av

utvärdringsrapporten (dom av den 4 oktober 2012, *Evropaïki Dynamiki/kommissionen*, C-629/11 P, EU:C:2012:617, punkterna 21–23, beslut av den 20 september 2011, *Evropaïki Dynamiki/kommissionen*, C-561/10 P, EU:C:2011:598, punkt 27, och beslut av den 29 november 2011, *Evropaïki Dynamiki/kommissionen*, C-235/11 P, EU:C:2011:791, punkterna 50 och 51). Unionsdomstolen ska emellertid kontrollera huruvida den av den upphandlande myndigheten använda metoden för teknisk utvärdering av anbud anges tillräckligt klart i förfrågningsunderlaget, inbegripet de olika tilldelningskriterierna, deras respektive poäng vid utvärderingen, det vill säga i beräkningen av totalpoängen, samt det lägsta och högsta antalet poäng för varje kriterium (se, för ett liknande resonemang, dom *Evropaïki Dynamiki/kommissionen*, se ovan, EU:C:2012:617, punkt 29).

- ¹³⁰ Det framgår vidare av rättspraxis att när den upphandlande myndigheten har sänt en skrivelse till svar på en begäran om ytterligare upplysningar angående ett tilldelningsbeslut innan talan väcks, men efter den tidpunkt som föreskrivs i artikel 149.3 i genomförandebestämmelserna, kan även denna skrivelse beaktas vid bedömningen av huruvida motiveringen var tillräcklig. Motiveringsplikten ska nämligen bedömas utifrån de upplysningar en part förfogade över när talan väcktes. Institutionen får emellertid inte ange en helt ny motivering i stället för den ursprungliga (se, för ett liknande resonemang, dom *Evropaïki Dynamiki/kommissionen*, punkt 126 ovan, EU:T:2013:88, punkterna 27 och 28 och där angiven rättspraxis).
- ¹³¹ Tribunalen erinrar inledningsvis om att den upphandlande myndigheten enligt ovan i punkt 131 nämnd rättspraxis inte är skyldig att ge den anbudsgivare vars anbud förkastats tillgång till den fullständiga versionen av den vinnande anbudsgivarens anbud, inte heller av utvärdringsrapporten. Med beaktande av parternas skrivelser, de handlingar som ingetts i målet och av vad som framkommit vid förhandlingen anser sig tribunalen vidare ha tillräckliga upplysningar för att kunna avgöra målet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 november 2006, *Peróxidos Orgánicos/kommissionen*, T-120/04, REG, EU:T:2006:350, punkt 80), varför det saknas anledning att bifalla sökandenas begäran om åtgärder för processledning eller bevisupptagning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 september 2009, *Erste Group Bank m.fl./kommissionen*, C-125/07 P, C-133/07 P och C-137/07 P, REG, EU:C:2009:576, punkt 319, och beslut av den 10 juni 2010, *Thomson Sales Europe/kommissionen*, C-498/09 P, EU:C:2010:338, punkt 138).
- ¹³² Vad därefter gäller de skäl som harmoniseringskontoret i efterhand lagt fram, nämligen dess skrivelser av den 11 april och den 2 maj 2011, har det inte bestritts att dessa skrivelser i sig utgör kompletteringar till motiveringen till tilldelningsbeslutet, i enlighet med artikel 100.2 första stycket i budgetförordningen och artikel 149.3 i genomförandebestämmelserna, som tribunalen kan beakta. Även om harmoniseringskontorets skrivelse av den 2 maj 2011 endast översänts till sökandena genom telefaxmeddelande av den 12 maj 2011, det vill säga efter det att fristen enligt artikel 149.3 i genomförandebestämmelserna löpt ut, räknat från sökandenas första ansökan den 30 mars 2011, kan denna skrivelse under alla omständigheter beaktas vid prövningen av huruvida tilldelningsbeslutet var tillräckligt motiverat (se ovan i punkt 130 angiven rättspraxis).
- ¹³³ Det återstår emellertid att avgöra om och i vilken utsträckning dessa skrivelser är bristfälligt motiverade, av det skälet att de inte gjorde det möjligt för sökandena att få kännedom om skälen till den vidtagna åtgärden för att kunna göra sina rättigheter gällande och för unionsdomstolen att genomföra sin lagenlighetsprövning i sak.
- ¹³⁴ Vid prövningen av den tredje grunden, avseende den sjätte och den åttonde till och med den elfte invändningen i samband med det första tilldelningskriteriet samt den del som avser det fjärde tilldelningskriteriet har tribunalen inte kunnat pröva tilldelningsbeslutets lagenlighet i sak, eftersom detta grundats på en individuell och jämförande bedömning av anbud mot bakgrund av de aktuella tekniska tilldelningskriterierna. De ifrågasatta bedömningarna utgör emellertid delar av den motivering som är nödvändig för förståelsen av de krav som följer av förfrågningsunderlaget, däribland viktningen av vissa underkriterier, och den upphandlande myndighetens individuella och jämförande bedömning härvidlag (se punkterna 81–86, 87–89 och 90–95 ovan).

- 135 Härav följer att tilldelningsbeslutet i flera avseenden är bristfälligt motiverat, i den mening som avses i artikel 100.2 i budgetförordningen, jämförd med artikel 296 andra stycket FEUF. Talan ska således vinna bifall såvitt avses den första grunden.

Slutsats avseende ogiltighetstalan

- 136 Av det anförda följer att på grund av de fel i materiellt och formellt hänseende som harmoniseringskontoret gjort sig skyldigt till och som konstaterats vid prövningen av de första till och med tredje grunderna, ska det angripna beslutet ogiltigförklaras i sin helhet, även i den del de andra anbudsgivarna rangordnats på första och andra plats i kaskadsystemet (se punkt 34 andra strecksatsen ovan).

2. Skadeståndstalan

- 137 Det ska vad gäller skadeståndstalan erinras om att sökandena vid den muntliga förhandlingen begränsade räckvidden av denna talan genom att avstå från anspråk på ersättning för den skada de lidit på grund av förlorade möjligheter, vilket av tribunalen noterades i förhandlingsprotokollet (se punkt 33 ovan). Sökandena har därigenom angett att de inte längre söker ersättning för förlusten av det aktuella kontraktet utan endast ersättning för förlusten av möjligheten att ingå kontraktet i egenskap av den anbudsgivare som rangordnats på första plats i kaskadsystemet, vilket skiljer sig från förlusten av hela kontraktet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 maj 2008, Belfass/rådet, T-495/04, REG, EU:T:2008:160, punkt 124, och dom av den 20 september 2011, Evropaiki Dynamiki/EIB, T-461/08, REU, EU:T:2011:494, punkt 210), samt ersättning för den ideella skadan på grund av kränkning av deras anseende och trovärdighet.
- 138 En sådan ersättning är enligt sökandena nödvändig på grund av att deras anbud avseende det aktuella kontraktet oåterkalleligen förkastats, eftersom kontraktet troligen kommer att ha genomförts fullt ut när dom meddelas. Även om tribunalen skulle ogiltigförklara tilldelningsbeslutet och harmoniseringskontoret skulle anordna ett nytt anbudsförfarande, så kan detta inte leda till att konkurrensförhållandena för tilldelningen av kontraktet återupprättas. Detta motsvarar en säker förlust av möjligheten och har förorsakat sökandena allvarliga skador. Harmoniseringskontoret har således genom att underteckna ett kontrakt med de andra anbudsgivarna skapat en oåterkallelig faktisk situation som medfört en definitiv och omedelbar förlust av sökandenas möjlighet att tilldelas kontraktet. Det är fråga om en säker förlust, eftersom den kan värderas ekonomiskt trots svårigheten att beräkna förlusten exakt, som sökandena i det aktuella fallet mot bakgrund av kontraktets värde, de tekniska frågornas komplexitet och den upphandlande myndighetens anseende uppskattar till 650 000 euro. Sökandena har härvidlag bestritt att den inledande kontraktsperioden på ett år och den möjliga treåriga förlängningen, samt harmoniseringskontorets frihet att göra särskilda beställningar hos leverantören påverkat orsakssambandet mellan harmoniseringskontorets rättsstridiga beteende och den skada de lidit. Under alla omständigheter kräver den grundläggande principen om ett effektivt domstolsskydd att den skada som åsamkats en anbudsgivare ska ersättas fullt ut.
- 139 Harmoniseringskontoret har bestritt denna argumentation och särskilt det belopp som skadan uppges uppgå till vad gäller förlust av möjlighet eller kränkning av sökandenas anseende och trovärdighet, förekomsten av en sådan kränkning och, mot bakgrund av den upphandlande myndighetens stora utrymme för skönsmässig bedömning, orsakssambandet mellan de påstådda rättsstridigheterna och nämnda kränkning å ena sidan och den påstådda skadan å andra sidan.
- 140 Enligt fast rättspraxis krävs att ett antal villkor är uppfyllda för att unionen ska ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar, i den mening som avses i artikel 340 andra stycket FEUF, för rättsstridiga åtgärder som vidtagits av dess organ. Det beteende som den berörda institutionen

klandras för ska vara rättsstridigt, det ska föreligga en reell skada och det ska finnas ett orsakssamband mellan detta beteende och den åberopade skadan (se dom av den 15 oktober 2013, *Evropaïki Dynamiki/kommissionen*, T-474/10, EU:T:2013:528, punkt 215 och där angiven rättspraxis).

- 141 Skadeståndstalan grundas på samma rättsstridigheter som de som åberopats till stöd för talan om ogiltigförklaring av tilldelningsbeslutet, vilket i flera fall var rättsstridigt i materiellt hänseende, däribland åsidosättande av principerna om lika möjligheter och öppenhet (se punkt 53 ovan), uppenbart oriktig bedömning (se punkterna 96, 102 och 121 ovan), samt flera fall av bristande motivering (se punkterna 86, 89, 95, 134 och 135 ovan).
- 142 Vad gäller frågan om huruvida det föreligger ett orsakssamband mellan nämnda rättsstridigheter i materiellt och formellt hänseende och den påstådda skadan, framgår det av fast rättspraxis att bristande motivering i sig inte medför att unionen är skadeståndsskyldig, särskilt på grund av att det inte därigenom kan visas att kontraktet, utan bristande motivering, hade kunnat, eller skulle, ha tilldelats sökanden (se, för ett liknande resonemang dom av den 20 oktober 2011, *Alfastar Benelux/rådet*, T-57/09, EU:T:2011:609, punkt 49, dom av den 17 oktober 2012, *Evropaïki Dynamiki/domstolen*, T-447/10, EU:T:2012:553, punkt 123, och dom av den 14 januari 2015, *Veloss International och Attimedia/parlamentet*, T-667/11, EU:T:2015:5, punkt 72).
- 143 Tribunalen finner således i förevarande mål att det inte föreligger ett orsakssamband mellan de fall av bristande motivering som konstaterats och den skada som sökandena har gjort gällande.
- 144 Vad däremot gäller orsakssambandet mellan de rättsstridigheter i materiellt hänseende som konstaterats, nämligen åsidosättande av principerna om lika behandling och öppenhet samt fallen av uppenbart oriktig bedömning, å ena sidan, och den förlorade möjligheten, å andra sidan, kan inte harmoniseringskontoret begränsa sig till att påstå att kontoret mot bakgrund av sitt stora utrymme för skönsmässig bedömning inte var skyldigt att ingå ramavtal med sökandena (se, för ett liknande resonemang, *Evropaïki Dynamiki/EIB*, punkt 136 ovan, EU:T:2011:494, punkt 211). I förevarande mål konstaterar tribunalen att de rättsstridigheter i materiellt hänseende som den upphandlande myndigheten gjorde sig skyldig till vid den individuella och jämförande bedömningen av anbudsgivarnas anbud kunde påverka möjligheterna för den första sökandens anbud att rangordnas på första eller andra plats i kaskadsystemet. Detta gäller särskilt den jämförande bedömningen av dessa anbud vad gäller det första tilldelningskriteriet när harmoniseringskontoret lät sig styras av en uppenbart felaktig tolkning av förfrågningsunderlaget och vid vilken den första sökandens anbud endast tilldelades 22,81 av totalt 40 poäng. Härav följer vidare att även om den upphandlande myndighetens utrymme för skönsmässig bedömning vid tilldelningen av det aktuella kontraktet beaktas utgör den förlorade möjligheten en faktisk och säker skada för den första sökanden i den mening som avses i rättspraxis (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 november 2006, *Agraz m.fl./kommissionen*, C-243/05 P, REG, EU:C:2006:708, punkterna 26–42, förslag till avgörande av generaladvokaten Cruz Villalón i mål *Giordano/kommissionen*, C-611/12 P, REU, EU:C:2014:195, punkt 61, och dom *Evropaïki Dynamiki/EIB*, punkt 137 ovan, EU:T:2011:494, punkterna 66 och 67). I förevarande mål innebär enbart den omständigheten att den första sökanden rangordnades på tredje plats i kaskadsystemet och således godtogs som möjlig leverantör, inte att antagandet att den upphandlande myndigheten kunde underlåta att tilldela denne kontraktet blir trovärdigt.
- 145 Tribunalen delar sökandenas ståndpunkt att i en situation som den aktuella där det föreligger en betydande risk för att kontraktet verkställs fullt ut efter det att förfarandet vid tribunalen avslutats skulle det strida mot principen om ett effektivt domstolsskydd, såsom den anges i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, om unionsdomstolen inte skulle godta en sådan förlorad möjlighet och inte anse det nödvändigt att besluta om ersättning för denna förlust. I en sådan situation innebär nämligen en ogiltigförklaring av tilldelningsbeslutet ingen fördel för den anbudsgivare vars anbud förkastats, vilket innebär att den förlorade möjligheten inte kan repareras. På grund av de regler som styr interimistiska förfaranden inför tribunalens ordförande kan för övrigt den anbudsgivare vars anbud rättsstridigt utvärderats och förkastats i praktiken endast

ytterst sällan erhålla uppskov med verkställigheten av ett sådant beslut (beslut av den 23 april 2015, kommissionen/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), REU, EU:C:2015:275, och beslut av den 4 februari 2014, Serco Belgium m.fl./kommissionen, T-644/13 R, REU, EU:T:2014:57, punkterna 18 och följande punkter).

- 146 Tribunalen finner i förevarande mål följaktligen att den första sökanden måste kompenseras för den förlorade möjligheten, eftersom tilldelningsbeslutet, även om ogiltigförklaringen har retroaktiv verkan, i praktiken slutgiltigt gjort det omöjligt för sökandens anbud att rangordnas högre och därmed också för den första sökanden att tilldelas särskilda kontrakt vid genomförandet av ramavtalet.
- 147 Vad gäller omfattningen av ersättningen för skadan till följd av den förlorade möjligheten, vilken av sökandena uppskattats till 650 000 euro, har tribunalen emellertid inte möjlighet att mot bakgrund av handlingarna i målet i detta skede av förfarandet uttala sig om det belopp som unionen ska ersätta den första sökanden med. Eftersom frågan om vilket belopp skadan uppgår till ännu inte kan besvaras är det av processekonomiska skäl lämpligt att i ett första skede av förfarandet genom mellandom fastställa att unionen är skadeståndsskyldig. Ersättningsbeloppen för harmoniseringskontorets rättsstridiga agerande ska fastställas i ett senare skede antingen i enlighet med en överenskommelse mellan parterna, eller av tribunalen om en sådan överenskommelse inte kan nås (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 september 2013, ATC m.fl./kommissionen, T-333/10, REU, EU:T:2013:451, punkt 199 och där angiven rättspraxis).
- 148 Såväl parterna som tribunalen ska härvidlag beakta följande omständigheter.
- 149 För det första ska det beaktas att det uppskattade värdet av det aktuella kontraktet, som det angetts i meddelandet om upphandling, uppgår till 13 000 000 euro exklusive mervärdesskatt för ramavtalets maximala löptid på fyra år och att värdet för det första året följaktligen uppgår till minst 3 250 000 euro.
- 150 För det andra ska den grad av sannolikhet för att den första sökandens anbud skulle få framgång, det vill säga att rangordnas på första eller andra plats i kaskadsystemet om de olika rättsstridigheterna som harmoniseringskontoret gjort sig skyldigt till i materiellt hänseende under anbuds förfarandet inte förelegat, fastställas. Härvidlag ska beaktas att den första sökandens tekniska och ekonomiska anbud båda rangordnades på andra plats (se tabellerna i punkterna 12 och 20 ovan) och att, enligt den beräkningsmodell som angavs i punkt 13.5 i förfrågningsunderlaget, var viktningen av dessa anbud vid tilldelningen av kontraktet 50/50.
- 151 För det tredje ska den omständigheten beaktas att ramavtalet endast tilldelades och undertecknades för en inledande period om ett år och att det inte är säkert att harmoniseringskontoret kommer att förnya detsamma för de följande tre åren (se punkt 14.3 i förfrågningsunderlaget) och punkt 1.2.5 i förslaget till ramavtal. Det är även lämpligt att utvärdera sannolikheten för att den första leverantören ska ha kapacitet att uppfylla kraven i de olika beställningar som den upphandlande myndigheten gör såväl under det första året som ramavtalet genomförs som under de följande åren om ramavtalet förnyas. Härav följer att det är nödvändigt att justera sannolikhetsgraden för att anbudet ska få framgång i förhållande till den omständigheten att det inte är säkert att ramavtalet förnyas samt att nämnda leverantör kan visa sig oförmögen att genomföra nämnda beställningar.
- 152 För det fjärde ska den ersättningsgilla skadan fastställas mot bakgrund av den nettovinst som den första sökanden kunde ha fått under genomförandet av ramavtalet. Tribunalen erinrar i detta hänseende om att sökandena har gjort gällande att den första sökanden under räkenskapsåret 2006 gjorde en genomsnittlig vinst på 10,33 procent.
- 153 För det femte ska de vinster som den första sökanden gjort på andra håll på grund av att denna inte tilldelades det aktuella kontraktet räknas bort för att undvika en överkompensation.

- 154 För det sjätte ska, för att erhålla det totala belopp som ska ersättas för förlust av möjlighet, den fastställda nettovinsten multipliceras med graden av sannolikhet för framgång.
- 155 Vad slutligen gäller den påstådda kränkningen av sökandenas anseende och trovärdighet framgår det av rättspraxis att tribunalens eventuella ogiltigförklaring av tilldelningsbeslutet, i princip, är tillräckligt för att reparera denna skada (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 20 september 2005, Deloitte Business Advisory/kommissionen, T-195/05 R, REG, EU:T:2005:330, punkt 126). Det saknas härvidlag anledning att avgöra huruvida den omständigheten att den första sökandens anbud, i förekommande fall omotiverat, rangordnats på tredje plats istället för första eller andra plats i kaskadsystemet utgör en sådan skada.
- 156 Av de anförda följer att skadeståndstalan ska bifallas i den mån den avser ersättning för förlorad möjlighet och ogillas i övrigt.
- 157 Tribunalen uppmanar därför parterna att vad gäller ersättningen för förlust av möjlighet, med förbehåll för att tribunalen fattar beslut i ett senare skede, ingå en överenskommelse om dessa belopp mot bakgrund av de överväganden som anförts och att inom tre månader meddela tribunalen vilka belopp som ska erläggas eller, om en sådan överenskommelse inte kan träffas, inkomma med beloppsmässiga yrkanden (se, för ett liknande resonemang, dom ATC m.fl./kommissionen, punkt 147 ovan, EU:T:2013:451, punkt 101).

Rättegångskostnader

- 158 Frågan om rättegångskostnader anstår.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen)

följande:

- 1) **Det beslut som fattats av harmoniseringskontoret – inom ramen för det öppna anbudsförfarandet AO/021/10, med rubriken "Tillhandahållande av externa tjänster för förvaltning av program och projekt samt teknisk rådgivning inom området informationsteknik", vilket meddelades European Dynamics Luxembourg SA genom skrivelse av den 28 mars 2011 – att rangordna deras anbud på tredje plats i kaskadsystemet vid tilldelning av ramavtal, samt att rangordna de anbud som ingetts av konsortiet Unisys SLU och Charles Oakes & Co Sàrl å ena sidan och konsortiet ETIQ (by everis och Trasys), å andra sidan, på första respektive andra plats, ogiltigförklaras.**
- 2) **Europeiska unionen ska ersätta den skada som European Dynamics Luxembourg lidit till följd av förlust av möjligheten att tilldelas ramavtalet som första anbud i kaskadsystemet.**
- 3) **Skadeståndstalan ogillas i övrigt.**
- 4) **Parterna ska inom tre månader från det att förevarande dom har meddelats, till tribunalen inge det i siffror uttryckta belopp som ersättningen ska uppgå till enligt överenskommelse mellan parterna.**
- 5) **Om en överenskommelse inte kan träffas, ska parterna inkomma med beloppsmässiga yrkanden till tribunalen inom samma frist.**
- 6) **Frågan om rättegångskostnader anstår.**

Prek

Labucka

Kreuschitz

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 7 oktober 2015

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten	2
Förfarandet och parternas yrkanden	5
Rättslig bedömning	6
1. Yrkandet om ogiltigförklaring	4
Sammanfattning av grunderna för ogiltigförklaring	6
Den andra grunden: Åsidosättande av kraven i förfrågningsunderlaget	6
Den tredje grunden: uppenbart oriktig bedömning	9
Inledande synpunkter	9
Påstådd uppenbart oriktig bedömning i samband med det första tilldelningskriteriet.....	10
– Den sjätte invändningen	10
– Den åttonde invändningen	11
– Den nionde till och med den elfte invändningen	12
– Mellanliggande slutsats	13
Påstådda fall av uppenbart oriktig bedömning i samband med det andra tilldelningskriteriet.....	13
Påstådd uppenbart oriktig bedömning i samband med det tredje tilldelningskriteriet	15
Slutsats avseende den tredje grunden	15
Den första grunden: bristande motivering	15
Slutsats avseende ogiltighetstalan	18
2. Skadeståndstalan	19
Rättegångskostnader	21