



## Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (första avdelningen)

den 13 december 2013\*

”Offentlig upphandling av tjänster — Anbudsfordarande — Tjänster i syfte att utarbeta IT-infrastruktur och tjänster avseende e-förvaltning i Albanien — En anbudsgivares anbud förkastas — Öppenhet — Motiveringsskyldighet”

I mål T-165/12,

**European Dynamics Luxemburg SA**, Ettelbrück (Luxemburg),

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

företrädta av advokaten V. Christianos,

sökande,

mot

**Europeiska kommissionen**, företräd av P. van Nuffel och M. Konstantinidis, båda i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut CMS/cms D(2012)/00008 av den 8 februari 2012 om att förkasta sökandenas anbud i det selektiva anbudsfordarandet EuropAid/131431/C/SER/AL,

meddelar

TRIBUNALEN (första avdelningen),

sammansatt av tillförordnade ordföranden S. Frimodt Nielsen samt domarna M. Kancheva (referent) och E. Buttigieg,

justitiesekreterare: handläggaren S. Spyropoulos,

efter det skriftliga fordarandet och förhandlingen den 11 juni 2013,

följande

\* Rättegångsspråk: grekiska.

## Dom

### Bakgrund till tvisten

- 1 Sökandena, European Dynamics Luxembourg SA och Evropaïki Dynamiki–Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, är ett bolag bildat enligt luxemburgsk rätt med säte i Ettelbrück (Luxemburg) respektive ett bolag bildat enligt grekisk rätt med säte i Aten (Grekland).
- 2 Den 11 maj 2011 publicerades ett förhandsmeddelande avseende anbudsinfordran EuropeAid/131431/C/SER/AL (nedan kallat anbudsinfordran) i den elektroniska versionen av *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT/S 90). Den 19 juli 2011 publicerades ett meddelande om upphandling (nedan kallat meddelandet om upphandling) i den elektroniska versionen av *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT/S 136).
- 3 Anbudsinfordran avsåg tjänster till stöd till det albanska ministeriet för innovation och IKT samt den albanska nationella byrån för informationssamhället i syfte att utarbeta IT-infrastruktur och tjänster avseende e-förvaltning i Albanien. Den inledande genomförandeperioden för kontraktet uppgick till 18 månader och den högsta budgeten till 2 400 000 euro.
- 4 Anbudsfrågan ingår i det instrument för stöd inför anslutningen som inrättades och regleras genom rådets förordning (EG) nr 1085/2006 av den 17 juli 2006 om upprättande av ett instrument för stöd inför anslutningen (ISA) (EUT L 210, s. 82).
- 5 Syftet med ISA är att i flera länder, däribland Albanien, ge stöd till dessa för att gradvis anpassa sig till unionens normer och politik samt till unionsrätten med tanke på framtida medlemskap. Detta stöd sker bland annat genom att Europeiska kommissionen inleder och genomför tjänsteupphandlingar där de som tilldelats kontraktet tillhandahåller de stödmottagande länderna, däribland Albanien, dessa tjänster.
- 6 Den upphandlande myndigheten är unionen, representerad av kommissionen, till förmån för och på uppdrag av mottagarlandet Albanien.
- 7 Kontraktet ska tilldelas det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet vid ett selektivt anbudsförfarande, i två steg, förhandsuttagning och tilldelning.
- 8 Berörda personer hade med avseende på förhandsuttagningen en frist fram till och med den 2 september 2011 för att inkomma med ansökan, vilken skulle åtföljas av vissa uppgifter rörande ekonomisk och finansiell kapacitet samt tekniska och yrkesmässig kvalifikation för att genomföra kontraktet. Utvärderingskommittén skulle efter att ha utvärderat kandidaterna upprätta en sammanställning över förhandsuttagna sökande. Denna förteckning skulle bestå av mellan fyra och åtta anbudssökande, vilka var de enda som av kommissionen skulle inbjudas att delta i förfarandets andra steg, det vill säga kontraktstilldelningen.
- 9 Den 30 augusti 2011 ingav sökandena en ansökan om att få delta i upphandlingen. Detta skedde i form av ett konsortium tillsammans med Performance SA.
- 10 Genom skrivelse av den 12 oktober 2011 meddelade kommissionen European Dynamics Luxembourg, i egenskap av ledare för konsortiet, att dess anbud hade godkänts i förhandsuttagningsfasen. Kontraktshandlingarna, i vilka det preciserades hur tilldelningsfasen skulle gå till, bifogades skrivelsen.

- 11 Bland dessa handlingar fanns "Instruktioner till anbudsgivarna", "Förslag till kontrakt och särskilda villkor" och sex bilagor med rubrikerna "Allmänna villkor för tjänstekontrakt", "Tekniskt förfrågningsunderlag", "Organisation och metod", "Nyckelspecialister", "Budget" och "Formulär och andra handlingar". Bland dessa fanns även handlingar med andra uppgifter, såsom "Utvärderingsmall" vilken innehöll utvärderingskriterierna och formuläret för att inge anbud.
- 12 Enligt punkt 12 i instruktionerna till anbudsgivarna skedde utvärderingen av anbuderna i två steg, nämligen utvärdering av det tekniska anbudet och därefter utvärderingen av det ekonomiska anbudet.
- 13 Utvärderingen av det tekniska anbudet gjordes på grundval av utvärderingsmallen där tilldelningskriterierna och deras viktning angavs. Det första kriteriet, "organisation och metod", kunde således ge upp till 70 poäng. Detta kriterium kunde uppdelas i tre underkriterier med rubrikerna "motiverad analys av kontraktets genomförande", "strategi" och "tidsplan för verksamheten". Det andra kriteriet, "nyckelspecialister", avsåg kvalifikationerna hos tre specialister med olika inriktningar. Den första specialisten var gruppleddare, den andra var specialist på elektronisk dokumentation och arkivering och den tredje en så kallad portalspecialist. Det högsta antal poäng som kunde tilldelas för varje specialist var 14 för gruppleddaren, 8 för specialisten på elektronisk dokumentation och arkivering och 8 för portalspecialisten, det vill säga totalt 30 poäng. Var och en av dessa specialister skulle utvärderas enligt tre kriterier, nämligen kvalifikationer och kompetens, allmän yrkeserfarenhet och särskild yrkeserfarenhet.
- 14 Utvärderingen av det ekonomiska anbudet, vilken var villkorad av att minst 80 poäng erhållits vid utvärderingen av det tekniska anbudet, kunde ge ytterligare 20 poäng.
- 15 Det framgår av punkt 12.4 i instruktionerna till anbudsgivare att hela utvärderingsförfarandet är konfidentiellt, med förbehåll för den upphandlande myndighetens lagstiftning om tillgång till handlingar. Utvärderingskommittén fattar sina beslut kollektivt och dess överläggningar sker bakom stängda dörrar. Dess medlemmar ska inte yppa vad som förevarit vid överläggningarna. I samma punkt preciseras vidare att i synnerhet utvärderingsrapporterna och de skrivna protokollen endast är till för att användas i tjänsten och inte kan lämnas ut till vare sig anbudsgivare eller någon annan part än den upphandlande myndigheten, kommissionen, Europeiska byrån för bedrägeribekämpning (Olaf) och Europeiska unionens revisionsrätt.
- 16 I punkt 8 i instruktionerna till anbudsgivare angavs att anbud kunde lämnas fram till och med den 30 november 2011.
- 17 Sökandena gav in sitt tekniska anbud och sitt ekonomiska anbud inom den angivna fristen.
- 18 Genom skrivesle av den 8 februari 2012 meddelade kommissionen European Dynamics Luxembourg, i egenskap av ledare för konsortiet, följande:
  - konsortiets anbud hade inte antagits, eftersom det inte utgjorde det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bland de anbud som var godkända i den tekniska delen,
  - utvärderingskommittén hade föreslagit att kontraktet skulle tilldelas det konsortium som bildats av CSI-Piemonte och Infosoft Systems Sha,
  - konsortiet kunde angripa detta beslut enligt punkt 2.4.15 i kommissionens praktiska handledning för förfaranden för kontraktstilldelning för kommissionens externa åtgärder (nedan kallad den praktiska handledningen).

- 19 I nämnda skrivelse fanns även en tabell med den totala poäng som sökandena och den vinnande anbudsgivaren erhållit samt deras poäng för det tekniska respektive ekonomiska anbudet. I tabellen fanns poängen för sökandena respektive det vinnande anbudet vad avser kriterierna organisation och metod, specialist nr 1, specialist nr 2 och specialist nr 3.
- 20 Genom skrivelse av den 10 februari 2012 begärde sökandena att från kommissionen få bland annat följande uppgifter:
- en avskrift av utvärderingskommitténs detaljerade rapport samt denna kommittés sammansättning,
  - de starka och svaga punkterna i deras anbud vad avser organisation och metod, jämfört med det vinnande anbudet,
  - den exakta poäng som deras anbud och det vinnande anbudet erhållit för vart och ett av underkriterierna vad gäller kriteriet organisation och metod och kriteriet specialister samt motiveringen till dessa poäng.
- 21 Genom skrivelse av den 21 februari 2012 angav kommissionen att den inte kunde tillhandahålla mer uppgifter om det vinnande anbudet, eftersom sådana uppgifter var konfidentiella och endast fick användas internt. Kommissionen angav även i denna skrivelse att utvärderingskommitténs rapport (nedan kallad utvärderingsrapporten) varken kunde lämnas ut till anbudsgivare eller till någon extern part utanför den upphandlande myndigheten, kommissionen och övervakningsmyndigheterna. Kommissionen hänvisade härvid till artikel 3.3.10.5 i den praktiska handledningen. Kommissionen hänvisade vidare till Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, s. 43), och preciserade att namnen på utvärderingskommitténs medlemmar inte kunde lämnas ut med hänsyn till skyddet för den enskildes privatliv och integritet.
- 22 I kommissionens skrivelse av den 21 februari 2012 fanns även en tabell i vilken den genomsnittliga poängen som sökandenas tekniska anbud erhållit för underkriterierna motiverad analys av kontraktets genomförande, strategi och tidsplan för verksamheten som utgjorde kriteriet organisation och metod, samt för underkriterierna kvalifikationer och kompetens, allmän yrkeserfarenhet och särskild yrkeserfarenhet, som utgjorde kriteriet nyckelspecialister.
- 23 Kommissionen preciserade i samma skrivelse att motiveringen till poängen i nämnda tabell vad gäller de tre underkriterier som utgör kriteriet organisation och metod var följande:
- motiverad analys av kontraktets genomförande: svag allmän bedömning av nyckelproblem, riskanalys och avhjälpande ej tillräckligt definierade,
  - strategi: tillräckligt utförlig förteckning över verksamheter samt mycket stark förteckning över stödspecialister. Mycket konkurrenskraftigt servicenivåavtal,
  - tidsplan för verksamheten: bra tidsplan för verksamheten.
- 24 Kommissionen angav vad gäller motiveringen till poängen för specialisterna att gruppleddarens, specialistens på elektronisk dokumentation och arkivering samt portalspecialistens erfarenhet, utbildningsnivå och språkkunskaper bedömts enligt följande: god allmänprofil.
- 25 Den 21 mars 2012 ingav sökandena en bekräftande ansökan, i den mening som avses i artikel 7.2 i förordning nr 1049/2001, och begärde att kommissionen skulle meddela dem utvärderingskommitténs sammansättning samt tillhandahålla en kopia av den detaljerade utvärderingsrapporten med en jämförelse mellan utvärderingen av sökandenas anbud och det vinnande anbudet för varje utvärderingskriterium.

## Förfarandet och parternas yrkanden

- 26 Sökandena har väckt förevarande talan genom en ansökan som inkom till tribunalens kansli den 11 april 2012.
- 27 Kommissionen ingav sitt svaromål till tribunalens kansli den 19 juni 2012.
- 28 Under målets handläggning besvarade kommissionen genom skrivelse av den 25 juli 2012 delvis sökandenas bekräftande ansökan om tillgång till handlingar. Således överlämnade kommissionen utvärderingsrapporten och sju andra handlingar som bifogats denna, till sökandena. Det var härvid fråga om närvarolistor, anteckningarna från utvärderingskommitténs förberedande sammanträde, rapporten från öppningen av anbudena, utvärderingsmallen, kommentarerna kring varje anbud, skriftväxlingen med anbudsgivarna och mallen för kontroll av uppfyllandet av administrativa krav. Kommissionen angav emellertid att den med stöd av artikel 4.1 b i förordning nr 1049/2001 i samtliga aktuella handlingar tagit bort vissa uppgifter med hänsyn till skyddet för den enskildes privatliv och integritet. Kommissionen angav även att den i enlighet med artikel 4.2 i förordning nr 1049/2001 tagit bort andra uppgifter i utvärderingsrapporten, rapporten från öppningen av anbudena, utvärderingsmallen, kommentarerna kring varje anbud samt i skriftväxlingen med anbudsgivarna med hänsyn till skyddet för affärsintressen.
- 29 Sökandena och kommissionen inkom den 20 augusti respektive den 12 oktober 2012 med replik och duplik.
- 30 Sökandena har yrkat att tribunalen ska
- ogiltigförklara det beslut i vilket kommissionen förkastade deras anbud i det omtvistade anbudsförfarandet,
  - förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.
- 31 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska
- ogilla talan,
  - förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

## Rättslig bedömning

- 32 Sökandena har anfört tre grunder till stöd för sin talan. Som första grund har det gjorts gällande att kommissionen genom att inte ha gett dem tillgång till den utvärderingsrapport som det angripna beslutet grundar sig på har åsidosatt principen om insyn och öppenhet samt proportionalitetsprincipen. Den andra grunden avser åsidosättande av motiveringsskyldigheten, dels vad gäller de poäng som sökandena respektive det vinnande anbudet tilldelats, dels det sistnämndas kvaliteter och fördelar. Sökandenas tredje grund rör huvudsakligen åsidosättande av den allmänna rättsprincip enligt vilken det är förbjudet att ändra i kontraktshandlingarna under pågående anbudsförfarande. Det framgår nämligen av den utvärderingsrapport som kommissionen tillhandahöll den 25 juli 2012 att sökandenas anbud utvärderats av kommissionen på grundval av underkriterier som inte angetts i kontraktshandlingarna.

*Den första grunden: Åsidosättande av principen om insyn och öppenhet och proportionalitetsprincipen*

- 33 Den första grunden har två delar. Den första delen avser åsidosättande av principen om insyn och öppenhet och den andra delen avser åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

*Åsidosättande av principen om insyn och öppenhet*

- 34 Sökandena har hävdad att kommissionen har åsidosatt principen om insyn och öppenhet som den anges i artiklarna 15 FEUF och 298 FEUF samt artikel 89.1 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) genom att kommissionen i sin skrivelse av den 21 februari 2012 vägrat att tillhandahålla en avskrift av utvärderingsrapporten. Denna vägran har inte stöd i bestämmelserna i den praktiska handledningen, eller i bestämmelserna i kommissionens förordning (EG, Euratom) nr 2342/2002 av den 23 december 2002 om genomförandebestämmelser för rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget (EGT L 357, s. 1) (nedan kallad genomförandeförordningen) och inte heller i instruktionerna till anbudsgivare.
- 35 Sökandena har för det första hävdad att artikel 3.3.10.5 i den praktiska handledningen, enligt vilken utvärderingsrapporten inte får lämnas ut till vare sig anbudsgivare eller någon annan part än den upphandlande myndigheten, kommissionen och de övervakande myndigheterna, endast är av informativ karaktär.
- 36 Sökandena har vidare gjort gällande att artikel 100.2 i budgetförordningen och artikel 149.3 i genomförandeförordningen inte utgör en uttömmande reglering av vad som får lämnas ut till anbudsgivarna. Kommissionen kan således inte grunda en vägran att lämna ut utvärderingsrapporten till sökandena på dessa bestämmelser. Under alla omständigheter kan dessa bestämmelser inte ge kommissionen rätt att avvika från en princip i primärrätten, såsom principen om insyn och öppenhet.
- 37 Slutligen har sökandena hävdad att kommissionens vägran att lämna ut utvärderingsrapporten till dem inte kan motiveras med punkt 12.4 i instruktionerna till anbudsgivare. Denna bestämmelse är nämligen motstridig då den utgör hinder för att lämna ut utvärderingsrapporten samtidigt som den föreskriver att lagstiftningen om tillgång till handlingar, som utgör en konkretisering av principen om insyn och öppenhet, ska tillämpas på utvärderingsförfarandet.
- 38 Kommissionen har bestritt denna argumentation.
- 39 Tribunalen erinrar inledningsvis om att den första grunden inte avser ett eventuellt åsidosättande av förordning nr 1049/2001, i vilken det i artikel 8 anges under vilka omständigheter en juridisk person med säte i en medlemsstat kan väcka talan mot en institution som vägrat att lämna ut en handling till följd av en begäran enligt samma förordning, utan enbart frågan huruvida det inom ramen för det aktuella anbuds-förfarandet utgör ett åsidosättande av de olika bestämmelser som sökandena har åberopat, det vill säga artiklarna 15 FEUF och 298 FEUF samt artikel 89.1 i budgetförordningen, att inte lämna ut utvärderingsrapporten till dem. I den mån sökandenas invändningar om att utvärderingsrapporten inte lämnats ut även kan förstås som att avse bristande motivering, ska emellertid detta prövas inom ramen för den andra grunden.
- 40 För det första ska under alla omständigheter kommissionens argument att en kopia av utvärderingsrapporten lämnades ut till sökandena den 27 juli 2012 till följd av den bekräftande ansökan som dessa ingett med stöd av förordning nr 1049/2001, underkännas.

- 41 Såsom framgår av sökandenas skrivelse av den 10 februari 2012 begärde sökandena efter att ha fått del av det angripna beslutet att kommissionen, med stöd av unionens regler om offentlig upphandling, skulle lämna ut utvärderingsrapporten till sökandena. I likhet med vad som framgår av kommissionens skrivelse av den 21 februari 2012 efterkom denna institution inte begäran.
- 42 Kommissionen tillhandahöll enligt vad som framgår av dess skrivelse av den 25 juli 2012 sökandena en version av utvärderingsrapporten där vissa påstått konfidentiella uppgifter tagits bort, som svar på de bekräftande ansökningar om tillgång till handlingar som ingetts av sökandena den 21 mars respektive den 25 april 2012 med stöd av förordning nr 1049/2001.
- 43 Mot bakgrund av att de förfaranden som föreskrivs i förordning nr 1049/2001 om allmänhetens tillgång till handlingar och i budgetförordningen vad gäller offentlig upphandling utgör fristående förfaranden, saknar den omständigheten att kommissionen i förevarande fall tillmötesgått sökandenas begäran om att få tillgång till utvärderingsrapporten betydelse för ett eventuellt konstaterande att principen om insyn och öppenhet har åsidosatts genom att utvärderingsrapporten inte lämnats ut i det aktuella anbuds förfarandet.
- 44 Vad avser ett sådant åsidosättande framgår av artikel 89.1 i budgetförordningen att "[a]lla kontrakt som helt eller delvis finansieras genom [unionens] budget[...] skall omfattas av principerna om insyn och öppenhet, proportionalitet, likabehandling och icke-diskriminering".
- 45 Enligt fast rättspraxis är således den upphandlande myndigheten skyldig att i varje led i ett upphandlingsförfarande iaktta likabehandlingsprincipen och följaktligen att ge alla anbudsgivare samma möjligheter (domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, REG 2004, s. I-3801, punkt 108, förstainstansrättens dom av den 17 december 1998 i mål T-203/96, Embassy Limousines & Services mot parlamentet, REG 1998, s. II-4239, punkt 85, och av den 17 mars 2005 i mål T-160/03, AFCon Management Consultants m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. II-981, punkt 75).
- 46 Enligt principen om likabehandling av anbudsgivare, vars syfte är att främja utvecklingen av en sund konkurrens mellan de företag som deltar i ett anbuds förfarande, krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och den innebär således att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction, REG 2001, s. I-7725, punkt 34, och av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale Bau m.fl., REG 2002, s. I-11617, punkt 93).
- 47 Det följer även av rättspraxis att principen om likabehandling innebär en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas (domstolens dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, REG 2002, s. I-5553, punkt 45, och domen i det ovan i punkt 46 nämnda målet Universale-Bau m.fl., punkt 91).
- 48 Denna princip om insyn och öppenhet har främst som syfte att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Den innebär att samtliga villkor och bestämmelser för upphandlingsförfarandet ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget (domen i det ovan i punkt 45 nämnda målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, punkt 111).
- 49 Principen om insyn och öppenhet innebär således även att all teknisk information som behövs för förståelsen av meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget ska tillhandahållas samtliga företag som deltar i en offentlig upphandling så snart som möjligt, dels för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta räckvidden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten på ett effektivt sätt ska kunna kontrollera

om anbudena från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna för det aktuella kontraktet (tribunalens dom av den 19 mars 2010 i mål T-50/05, *Evropaïki Dynamiki mot kommissionen*, REU 2010, s. II-1071, punkt 59).

- 50 Det framgår av artikel 147 i genomförandeförordningen att syftet med utvärderingsrapporten inte är att ange samtliga villkor och bestämmelser för upphandlingsförfarandet utan att presentera det resultat till vilket utvärderingskommittén kommit. Denna rapport ska bland annat innehålla namnen på de anbudsgivare som förkastats, motiveringen till att deras anbud förkastats samt namnet på den föreslagna anbudsgivaren och motiveringen till detta förslag. Det är därefter den upphandlande myndigheten som fattar det slutliga beslutet om tilldelning av kontrakt, i enlighet med artikel 147.3 i genomförandeförordningen och detta beslut ska uppfylla de motiveringskrav som gäller enligt unionens rättsordning.
- 51 Härav följer att kommissionens vägran att lämna ut utvärderingsrapporten under det administrativa förfarandet, i förevarande fall inte medförde att sökandena och andra anbudsgivare inte hade samma möjligheter att utforma sina anbud, vilket mot bakgrund av ovan i punkterna 45–49 nämnd rättspraxis skulle ha utgjort ett åsidosättande av principen om insyn och likabehandling.
- 52 Av det anförda följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den första grundens första del.

#### *Åsidosättande av proportionalitetsprincipen*

- 53 Sökandena har hävdats att kommissionens fullständiga och absoluta vägran att lämna ut någon som helst del av utvärderingsrapporten även utgör ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.
- 54 Kommissionen har bestritt denna argumentation.
- 55 Den första grundens andra del framfördes av sökandena för första gången i deras replik. Den ska därför anses vara en ny grund som således i enlighet med artikel 48.2 i tribunalens rättegångsregler inte kan prövas, eftersom sökandena inte har gjort gällande att den föranletts av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet.
- 56 Av det anförda följer att den första grunden delvis inte kan godtas och delvis inte kan prövas, varför den inte kan leda till bifall av talan.

#### *Den andra grunden: Åsidosättande av motiveringsskyldigheten*

- 57 Sökandena har kritiserat kommissionen för att den inte meddelat dem, dels de poäng som det vinnande anbudet tilldelats för det tekniska anbudet för vart och ett av de kriterier som angetts i utvärderingsmallen (se punkt 13 ovan) samt motiveringen till dessa, dels motiveringen till de poäng som deras eget tekniska anbud tilldelats för de nio underkriterierna till det andra kriteriet nyckelspecialister. Enligt sökandena har kommissionen även brustit i sin skyldighet att till en anbudsgivare vars anbud förkastats och som skriftligt begärt att få kunskap om kvaliteter och fördelar hos det vinnande anbudet, ge dessa uppgifter. Det angripna beslutet är följaktligen bristfälligt motiverat.
- 58 Kommissionen har hävdats att det angripna beslutet innehåller en tillräcklig motivering mot bakgrund av kraven i artikel 100.2 i budgetförordningen och i artikel 149.3 i genomförandeförordningen.
- 59 Med anledning av att sökandena med sina invändningar inom ramen för den första grunden avsett att göra gällande att kommissionen var skyldig att lämna ut utvärderingsrapporten till dem erinrar tribunalen inledningsvis om att kommissionens enda skyldighet i detta avseende vid förfaranden för

offentlig upphandling är att till de anbudsgivare som begär det upplysa om det vinnande anbudets kvaliteter och fördelar samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet. Detta kan ske genom utvärderingsrapporten eller på annat sätt.

- 60 Kommissionen förfogar nämligen, i likhet med andra institutioner, över ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller de omständigheter som ska beaktas när den har att fatta beslut om att tilldela ett kontrakt till följd av en anbudsfordran. Domstolsprövningen av utövandet av denna befogenhet är begränsad till en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de uppgifter om faktiska omständigheter som har lagts till grund för det ifrågasatta beslutet är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk (förstainstansrättens dom av den 6 juli 2005 i mål T-148/04, TQ3 Travel Solutions Belgium mot kommissionen, REG 2005, s. II-2627, punkt 47, se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 23 november 1978 i mål 56/77, Agence européenne d'intérims mot kommissionen, REG 1978, s. 2215, punkt 20).
- 61 Det ska vidare framhållas att när en institution förfogar över ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning är iakttagandet av de skyddsregler som unionens rättsordning innehåller för administrativa förfaranden av än mer grundläggande betydelse. Bland dessa skyddsregler återfinns bland annat skyldigheten för den behöriga institutionen att på ett tillfredsställande sätt motivera sina beslut. Det är enbart på så sätt som domstolen har möjlighet att pröva huruvida de omständigheter och rättsregler som utövandet av detta utrymme för skönsmässig bedömning är beroende av är uppfyllda (domstolens dom av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, punkt 14, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453, och tribunalens dom av den 9 september 2010 i mål T-387/08, Evropaïki Dynamiki mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 31).
- 62 Motiveringsskyldigheten vad gäller tilldelning av offentliga tjänstekontrakt anges i artikel 100.2 i budgetförordningen och i artikel 149 i genomförandeförordningen, där det framgår att den upphandlande myndigheten ska anses ha uppfyllt sin motiveringsskyldighet om den till att börja med omedelbart meddelar de anbudsgivare som fått avslag anledningen till varför deras anbud har förkastats och sedan till varje anbudsgivare som har avgett ett giltigt anbud, och vilka uttryckligen begärt detta, inom 15 dagar från det att anbudsgivarens skriftliga begäran inkommit meddelar kvaliteterna och fördelarna med det anbud som antagits samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet (tribunalens dom av den 17 oktober 2012 i mål T-447/10, Evropaïki Dynamiki mot domstolen, punkt 71).
- 63 Detta förfaringssätt är förenligt med syftet med den motiveringsskyldighet som stadgas i artikel 296 EG, enligt vilken det klart och tydligt ska 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 (förstainstansrättens dom av den 14 juli 1995 i mål T-166/94, Koyo Seiko mot rådet, REG 1995, s. II-2129, punkt 103, och av den 19 mars 2010 i det ovan i punkt 49 nämnda målet Evropaïki Dynamiki mot kommissionen, punkt 134).
- 64 Kravet på motivering ska vidare bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälens beskaffenhet och det intresse som de vilka rättsakten är riktad till, eller andra personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha av att få förklaringar (se domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63 och där angiven rättspraxis).
- 65 Bedömningen av huruvida motiveringen är tillräcklig ska slutligen göras utifrån den information som sökanden erhållit vid tiden för talans väckande (se förstainstansrättens dom av den 25 februari 2003 i mål T-183/00, Strabag Benelux mot rådet, REG 2003, s. II-135, punkt 58).

66 Det är mot bakgrund av ovannämnda principer som det ska prövas huruvida kommissionen har åsidosatt sin motiveringsskyldighet. För att avgöra om kommissionen i det aktuella fallet har uppfyllt sin motiveringsskyldighet enligt budgetförordningen och genomförandeförordningen ska det göras en prövning av kommissionens skrivelser av den 8 februari 2012 samt av den 21 februari 2012, vilka kommissionen tillställde sökandena efter deras begäran om kompletterande upplysningar om varför deras anbud förkastats. Det ska härvid noteras att kommissionen vid förhandlingen tydligt angav, dels att skrivelsen av den 21 februari 2012 innehöll en tillräcklig motivering med avseende på kraven i budgetförordningen och genomförandeförordningen, dels att den utvärderingsrapport som sökandena hade tillhandahållits inte ingick i motiveringen till det angripna beslutet. Det ska även anmärkas att kommissionen för första gången lämnat utvärderingsrapporten till sökandena den 25 juli 2012. Följaktligen kan denna handling som tillhandahållits för första gången under domstolsförfarandet, i enlighet med den ovan i punkt 65 angivna principen, inte beaktas vid bedömningen av huruvida motiveringen varit tillräcklig.

Skrivelsen av den 8 februari 2012

67 I förevarande fall upplyste kommissionen genom sin skrivelse av den 8 februari 2012 sökandena om, för det första att deras anbud hade förkastats, eftersom det inte utgjorde de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet av de anbud som hade godtagits i den tekniska delen, för det andra att utvärderingskommittén hade rekommenderat att kontraktet skulle tilldelas det konsortium som bildats av två andra anbudsgivare vilkas namn angavs och för det tredje att sökandena hade möjlighet att överklaga detta beslut i enlighet med punkt 2.4.15 i den praktiska handledningen.

68 Denna skrivelse innehöll bland annat följande tabell:

	Organisa- tion och metod	Nyckel- specialist 1	Nyckel- specialist 2	Nyckel- specialist 3	Teknisk poäng	Ekonomisk poäng	Total poäng
Ert anbud	58,33	10,50	7,58	6,92	73,66	18,76	92,43
Vinnande anbud	65,83	12,83	6,67	5,17	80,00	19,71	99,71

69 Tribunalen konstaterar att denna skrivelse är utformad i enlighet med artikel 100.2 i budgetförordningen. Enligt denna bestämmelse krävs emellertid även att den upphandlande myndigheten informerar alla som lämnat formellt korrekta anbud om vilka relativa kvaliteter och fördelar som kännetecknar det anbud som slutligen valts, samt namnet på den som lämnat det anbudet om detta begärts skriftligen.

Skrivelsen av den 21 februari 2012

70 Kommissionen tillställde den 21 februari 2012 sökandena en andra skrivelse, till följd av deras begäran av den 10 februari 2012 om att få uppgifter om bland annat, deras anbuds starka och svaga punkter vad gäller organisation och metod jämfört med det vinnande anbudet liksom den exakta poäng som tilldelats deras anbud och det vinnande anbudet för vart och ett av underkriterierna vid utvärderingen vad gäller kriteriet organisation och metod och kriteriet nyckelspecialister samt motiveringen till dessa poäng.

71 Det ska vad gäller denna skrivelse för det första anges att kommissionen svarade på sökandens skriftliga begäran av den 10 februari 2012 inom den maximala fristen på 15 kalenderdagar räknat från mottagandet av begäran i enlighet med vad som stadgas i artikel 149.2 i genomförandeförordningen.

72 För det andra ska det således undersökas huruvida skrivelsen av den 21 februari 2012 innehåller en beskrivning av de kvaliteter och fördelar som kännetecknar det anbud som slutligen valts som uppfyller kraven i artikel 100.2 i budgetförordningen.

73 Denna skrivelse innehöll följande tabell:

	Högsta	Medel
Organisation och metod		
motiverad analys av kontraktets genomförande	10	6.67
strategi	40	32.33
tidsplan för verksamheten	20	19.33
Total poäng för organisation och metod	70	58.33
Nyckelspecialister		
Gruppledaren	Högst 14 poäng	
kvalifikationer och kompetens	2	1.67
allmän yrkeserfarenhet	6	5.00
särskild yrkeserfarenhet	6	3.83
		10.50
Specialist på elektronisk dokumentation och arkivering	Högst 8 poäng	
kvalifikationer och kompetens	2	1.83
allmän yrkeserfarenhet	2	1.92
särskild yrkeserfarenhet	4	3.83
		7.58
Portalspecialisten	Högst 8 poäng	
kvalifikationer och kompetens	2	1.67
allmän yrkeserfarenhet	2	1.75
särskild yrkeserfarenhet	4	3.50
		6.92
Total poäng	100	83.33

74 Kommissionen uppmärksammade i sin skrivelse sökandena på att tjänstekontrakten tilldelades i ett selektivt förfarande på grundval av kriterier som upprättats enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och att dessa kriterier avsåg såväl anbudets tekniska kvalitet som dess ekonomiska sida. Kommissionen angav även att den totala poäng som sökandenas anbud erhölet var mycket hög, men att det inte var det ekonomiskt mest fördelaktiga av de anbud som godkännts i den tekniska delen. Kommissionen meddelade vidare sökandena att den inte hade kunnat lämna begärda upplysningar i sin skrivelse av den 10 februari 2012 avseende det vinnande anbudet då dessa uppgifter var konfidentiella och enbart avsedda att användas internt.

- 75 Kommissionen lämnade dessutom ut kommentarerna till utvärderingskommitténs bedömning av sökandenas anbud.
- 76 Tribunalen konstaterar, vad gäller det första kriteriet, organisation och metod, att kommissionen har tillhandahållit bedömningen av sökandenas anbud för vart och ett av underkriterierna. Vad för det första gäller underkriteriet ”motiverad analys av kontraktets genomförande” angav kommissionen att bedömningen var ”svag allmän bedömning av nyckelproblem, riskanalys och avhjälpande ej tillräckligt definierade”. Kommissionen preciserade vidare att bedömningen för underkriteriet strategi var ”tillräckligt utförlig förteckning över verksamheter samt mycket stark förteckning över stödspecialister. Mycket konkurrenskraftigt servicenivåavtal”. Enligt kommissionen var slutligen bedömningen för ”tidplan för verksamheten” enbart ”bra tidsplan för verksamheten”.
- 77 För det andra preciserade kommissionen vad gäller det andra kriteriet nycketspecialister att gruppleadarens, specialistens på elektronisk dokumentation och arkivering och portalspecialistens erfarenhet, utbildningsnivå och språkkunskaper bedömts enligt följande: god allmänprofil.
- 78 Tribunalen konstaterar dock att den motivering som gavs i skrivelsen av den 21 februari 2012 inte uppfyller kraven i artikel 100.2 i budgetförordningen.
- 79 För det första utgör inte de poäng som återfinns ovan i den i punkt 73 angivna tabellen som sådana en tillräcklig motivering, tvärtom vad kommissionen hävdade vid förhandlingen.
- 80 I nämnda tabell anges visserligen de poäng som sökandenas anbud fått för kriterier och underkriterier för det tekniska anbudet. Eftersom tabellen inte innehåller de poäng som getts det vinnande anbudet för samma kriterier och underkriterier är det emellertid inte möjligt för sökandena att göra en direkt jämförelse mellan de poäng som deras anbud getts och av det vinnande anbudets poäng.
- 81 Dessa poäng som sådana gör det inte heller möjligt för sökandena att förstå varför deras anbud fått ifrågasättande poäng.
- 82 Sökandena kan, tvärtom vad kommissionen gjorde gällande vid förhandlingen, inte heller med hjälp av de tilldelningskriterier som anges i utvärderingsmallen förstå hur de tilldelade poängen motiverats. Kravet på motivering ska visserligen tillämpas enligt omständigheterna i fallet och det ska således prövas huruvida sökandena kunde förstå poängen genom att beakta uppgifterna i kontraktshandlingarna, såsom utvärderingsmallen. Dessa kriterier lämnar emellertid kommissionen ett inte försumbart utrymme för skönsmässig bedömning.
- 83 Såsom angetts ovan kräver kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning vid offentliga upphandlingar en motivering som anger de faktiska och rättsliga omständigheter på vilka kommissionen grundat sin bedömning. Det är endast mot denna bakgrund som sökandena har en verklig möjlighet att förstå motiveringen till de poäng som getts. Det är således endast en sådan motivering som gör det möjligt för sökandena att göra sina rättigheter gällande och för tribunalen att utföra sin prövning (se, för ett likande resonemang, domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet EvropaĪki Dynamiki mot domstolen, punkt 92).
- 84 Mot bakgrund av det inte försumbara utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen ges i utvärderingsmallen, kan de poäng som anges i tabellen inte i sig utgöra en tillräcklig motivering.
- 85 De kommentarer som kommissionen har gjort i anslutning till sökandenas anbud visar inte på ett klart och tydligt sätt hur denna har resonerat, på ett sätt som gör det möjligt för sökandena att förstå motiveringen till att deras anbud förkastats.

- 86 Det är enligt artikel 100.2 i budgetförordningen visserligen inte nödvändigt att den upphandlande myndigheten tillhandhåller den anbudsgivare vars anbud förkastats utvärderingsrapporten eller gör en noggrann jämförande analys av det vinnande anbudet och det anbud som förkastats. Artikel 100.2 i budgetförordningen hindrar nämligen inte att den upphandlande myndigheten uppfyller sin motiveringsskyldighet genom att ge kortfattade kommentarer kring det vinnande anbudet och det anbud som förkastats (domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet *Evropaiki Dynamiki mot domstolen*, punkt 95). Av detta skäl kan sökandena inte kritisera kommissionen för att den inte tillhandahållit hela utvärderingsrapporten med anledning av deras begäran enligt budgetförordningen (se, vad gäller bedömningen avseende den första grunden, punkterna 39–52 ovan).
- 87 För att uppfylla kraven i artikel 100.2 i budgetförordningen måste emellertid den upphandlande myndighetens kommentarer vara tillräckligt tydliga för att sökandena ska kunna förstå vilka faktiska och rättsliga omständigheter som legat till grund för den upphandlande myndighetens beslut att förkasta deras anbud och anta anbudet från en annan anbudsgivare (domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet *Evropaiki Dynamiki mot domstolen*, punkt 96).
- 88 I förevarande fall är det emellertid inte möjligt för sökandena att med ledning av kommissionens kommentarer få kännedom om dessa omständigheter.
- 89 Dessa kommentarer avser nämligen endast sökandenas anbud och inte det vinnande anbudet. De är dessutom inte av sådan art att det är möjligt för sökandena att förstå de poäng som deras anbud tilldelats.
- 90 Vad gäller kriteriet nyckelspecialister är således den enda kommentaren från kommissionen till sökandenas anbud avseende de tre nyckelspecialisterna, det vill säga "god allmänprofil", vag och återspeglar inte skillnaden i poäng mellan var och en av sökandenas specialister. Sökandenas anbud har erhållit 10,50 poäng av 14 möjliga för gruppledaren men 7,58 poäng av 8 möjliga för specialisten på elektronisk dokumentation och arkivering och 6,92 poäng av 8 möjliga för portalspecialisten. En sådan kommentar gör det således inte möjligt för sökandena att förstå de poäng som tilldelats deras anbud för kriteriet nyckelspecialister.
- 91 På samma sätt förefaller kommentaren till kriteriet organisation och metod: "tillräckligt utförlig förteckning över verksamheter samt mycket stark förteckning över stödspecialister. Mycket konkurrenskraftigt servicenivåavtal", vad gäller underkriteriet strategi, att vara mycket positiv. Däremot utgör kommentaren "bra tidsplan för verksamheten" för underkriteriet tidsplan för verksamheten en vag positiv bedömning. Sådana kommentarer gör det emellertid inte möjligt för sökandena att förstå varför deras anbud endast erhållit 32,33 poäng av 40 möjliga för underkriteriet strategi medan det erhållit 19,33 poäng av 20 möjliga för underkriteriet tidsplan för verksamheten.
- 92 Vidare är kommentaren "svag allmän bedömning av nyckelproblem, riskanalys och avhjälpande ej tillräckligt definierade" för underkriteriet, "motiverad analys av kontraktets genomförande" vag. Det är i synnerhet inte möjligt för sökandena att förstå varför beskrivningen av nyckelproblemen i deras anbud bedömts som svag av kommissionen. Denna kommentar gör det inte heller möjligt för sökandena att förstå på vilket sätt riskanalys och avhjälpande inte är tillräckligt definierade i deras anbud.
- 93 Kommissionens kommentarer kan följaktligen inte, ens i förening med poängen som angetts i tabellen, utgöra en tillräcklig motivering.
- 94 Således innehöll inte skrivelsen av den 21 februari 2012 någon tillräcklig motivering till beslutet att förkasta sökandenas anbud.
- 95 Av det anförda följer att kommissionen inte i tillräcklig utsträckning har motiverat det angripna beslutet.

- 96 Kommissionen har således åsidosatt sin motiveringsskyldighet enligt artikel 100.2 i budgetförordningen och det angripna beslutet ska därför ogiltigförklaras.

*Den tredje grunden: Åsidosättande av den allmänna rättsprincip enligt vilken det är förbjudet att ändra i kontraktshandlingarna under pågående anbudsförfarande*

- 97 Sökandena har med sin tredje grund, vilken framfördes för första gången i repliken, kritiserat kommissionen för att den åsidosatt den allmänna rättsprincip enligt vilken det är förbjudet att ändra i kontraktshandlingarna under pågående anbudsförfarande genom att efter det att anbudet lämnats in, ha infört en viktning mellan underkriterierna till tilldelningskriterierna och sedan utvärderat sökandenas anbud på grundval av denna viktning. Tribunalen anser, utan att det är nödvändigt att pröva huruvida denna nya grund kan tas upp till sakprövning, att det är för tidigt att pröva den. På grund av att det angripna beslutet är bristfälligt motiverat har sökandena nämligen inte verkningsfullt kunnat göra sina rättigheter gällande och tribunalen kan därför inte slutligt avgöra huruvida den omständigheten att utvärderingskommittén använde sig av den aktuella viktningen hade kunnat påverka tilldelningen av kontraktet ifråga. Ett eventuellt yrkande om ogiltigförklaring som grundar sig på ett åsidosättande av den allmänna rättsprincip enligt vilken det är förbjudet att ändra i kontraktshandlingarna under pågående anbudsförfarande kan i förevarande fall således endast prövas mot bakgrund av motiveringen till det beslut som ska ersätta det angripna beslutet. (se, för ett liknande resonemang, tribunalens dom av den 20 oktober 2011 i mål T-57/09, Alfistar Benelux mot rådet, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkterna 38–41 och 51, och domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet Evropaïki Dynamiki mot domstolen, punkt 116).

### **Rättegångskostnader**

- 98 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.
- 99 Sökandena har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska sökandenas yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (första avdelningen)

följande:

- 1) Europeiska kommissionens beslut CMS/cms D(2012)/00008 av den 8 februari 2012 om att förkasta det anbud som lämnats av European Dynamics Luxembourg SA och Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, i det selektiva anbudsförfarandet EuropAid/131431/C/SER/AL, ogiltigförklaras.**
- 2) Europeiska kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Frimodt Nielsen

Kancheva

Buttigieg

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 13 december 2013.

Underskrifter