



Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (andra avdelningen)

den 13 oktober 2015*

”Offentlig upphandling av tjänster — Anbudsförfarande — Tekniskt bistånd till de serbiska tullmyndigheterna inom ramen för tullsystemets modernisering — Intressekonflikt — Beslut av unionens delegation i Republiken Serbien att inte anta en anbudsgivares anbud — Tyst avslag på klagomål som ingetts mot beslutet att inte anta anbudet”

I mål T-403/12,

Intrasoft International SA, Luxemburg (Luxemburg), företrätt av advokaten S. Pappas,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företräd av F. Erlbacher och E. Georgieva, båda i egenskap av ombud,

svarande,

angående dels ett yrkande om ogiltigförklaring av kommissionens skrivelse av den 10 augusti 2012, genom Europeiska unionens delegation i Republiken Serbien, i vilken det anges att tjänstekontraktet avseende upphandlingsförbandet EuropeAid/131367/C/SER/RS, med rubriken ”Tekniskt bistånd till de serbiska tullmyndigheterna inom ramen för tullsystemets modernisering” (EUT 2011/S 160-262712) inte kunde tilldelas det konsortium som Intrasoft International SA utgjorde en del av, dels ett yrkande om ogiltigförklaring av ett påstått tyst beslut om avslag på sökandens klagomål mot skrivelsen av den 10 augusti 2012,

meddelar

TRIBUNALEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden M.E. Martins Ribeiro samt domarna S. Gervasoni och L. Madise (referent),

justitiesekreterare: handläggaren L. Grzegorzcyk,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 27 januari 2015,

följande

* Rättegångsspråk: engelska.

Dom

Bakgrunden till tvisten

- 1 Sökanden, Intrasoft International SA, är ett företag etablerat i Luxemburg (Luxemburg).
- 2 Den 23 augusti 2011 offentliggjordes ett meddelande om upphandling med referens EuropeAid/131367/C/SER/RS (nedan kallat meddelandet om upphandling) i tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT 2011/S 160-262712).
- 3 Föremålet för meddelandet var en offentlig upphandling med rubriken ”Tekniskt bistånd till de serbiska tullmyndigheterna inom ramen för tullsystemets modernisering”. Ursprungligen var avsikten att upphandlingen skulle genomföras under 24 månader och den maximala budgeten uppgick till 4 100 000 euro.
- 4 Anbudsinfordran 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). Syftet är att i flera länder, däribland Serbien, ge stöd till dessa för att de gradvis ska anpassa sig till Europeiska unionens normer, politik och regelverk med tanke på framtida medlemskap. Detta stöd sker bland annat genom att Europeiska kommissionen inleder och genomför upphandling av tjänster där de som tilldelats kontrakten tillhandahåller de stödmottagande länderna, däribland Serbien, dessa tjänster.
- 5 Unionen, företrädd av kommissionen, genom dess delegation i Republiken Serbien, var upphandlande myndighet (nedan kallad den upphandlande myndigheten).
- 6 Enligt meddelandet om upphandling skulle kontraktet tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid ett selektivt anbuds förfarande i två steg, förhandsuttagnings och tilldelning.
- 7 I samband med förhandsuttagnings hade berörda personer en frist till och med den 30 september 2011 för att inkomma med en ansökan, vilken skulle åtföljas av vissa uppgifter rörande ekonomisk och finansiell kapacitet samt tekniska och yrkesmässiga kvalifikationer för att genomföra kontraktet. Utvärderingskommittén skulle efter att ha utvärderat kandidaterna upprätta en kort sammanställning över förhandsuttagna sökande. Denna förteckning skulle bestå av mellan fyra och åtta anbudssökande som skulle uppmanas att delta i förfarandets andra steg, det vill säga kontraktstilldelningen.
- 8 Under anbuds förfarandet ställde sökanden skriftliga frågor till den upphandlande myndigheten i enlighet med punkt 3.3.5, med rubriken ”Kompletterande information under förfarandet” i *Praktisk handledning för förfaranden för kontraktstilldelning för kommissionens externa åtgärder*, som kommissionen utarbetat för att konkret genomföra finansiellt stöd i tredjeland (nedan kallad den praktiska handledningen). Sökanden frågade bland annat om ett företag eller en sakkunnig, som hade för avsikt att delta i det aktuella anbuds förfarandet, skulle anses befinna sig i intressekonflikt på grund av dennes deltagande i genomförandet av projektet EuropeAid/128180/C/SER/RS i samband med ett tidigare anbuds förfarande.
- 9 I ett e-postmeddelande av den 26 april 2012 svarade den upphandlande myndigheten sökanden att ”det företag eller den sakkunnige som hade deltagit i genomförandet av projektet EuropeAid/128180/C/SER/RS och som hade för avsikt att delta i anbuds förfarandet EuropeAid/131367/C/SER/RS inte befann sig i en intressekonflikt, [eftersom] anbudsinfordran EuropeAid/128180/C/SER/RS inte omfattade utarbetande av dokumentation avseende anbudsinfordran EuropeAid/131367/C/SER/RS”.

- 10 Sökanden ingav handlingar för att delta i anbudsinfordran, varvid sökanden ingick i ett konsortium som bildats tillsammans med Serbian Business Systems d.o.o. och Belit d.o.o.
- 11 I skrivelse av den 10 augusti 2012 uppgav den upphandlande myndigheten för sökanden att kontraktet inte kunde tilldelas det konsortium som sökanden ingick i (nedan kallad skrivelsen av den 10 augusti 2012). Den skrivelsen innehöll följande preciseringar:
- Sökandebolaget har haft privilegierad tillgång till ett visst antal handlingar i det pågående anbudsförfarandet vilka utgjorde utgångspunkten för att fastställa den verksamhet som avsågs med det aktuella kontraktet. Att bolaget haft privilegierad tillgång hade samband med att det hade deltagit i upprättandet av dessa handlingar i samband med ett tidigare anbudsförfarande, EuropeAid/128180/C/SER/RS. Den upphandlande myndigheten ansåg därför att villkoret om intressekonflikt var uppfyllt i enlighet med artikel 2.3.6 i den praktiska handledningen.
 - Den upphandlande myndigheten har inte haft tillfälle att kontrollera omständigheterna i ärendet i detalj förrän efter det att den undersökt ansökningarna uppmärksam var och en för sig.
 - Sökanden kunde framställa invändningar och begära ytterligare upplysningar fram till den 17 augusti 2012, då den upphandlande myndigheten fortsatte förfarandet för tilldelning.
- 12 I ett e-postmeddelande av den 13 augusti 2012 begärde sökanden att den upphandlande myndigheten skulle återkalla sitt beslut i skrivelsen av den 10 augusti 2012 att förkasta anbudet från det konsortium som sökanden ingick i. Sökanden begärde vidare att anbudsförfarandet skulle skjutas upp fram till dess att sökanden fått fler upplysningar om skälen till avslagsbeslutet.
- 13 I skrivelse av den 12 september 2012 upplyste den upphandlande myndigheten sökanden om att kontraktet, på grund av den intressekonflikt som nämndes i skrivelsen av den 10 augusti 2012, inte kunde tilldelas det konsortium som sökanden ingick i. Den upphandlande myndigheten meddelade vidare sökanden namnet på det konsortium som borde tilldelas kontraktet enligt utvärderingskommitténs yttrande (nedan kallad skrivelsen av den 12 september 2012).

Förfarandet och parternas yrkanden

- 14 Genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 11 september 2012, har sökanden väckt förevarande talan om ogiltigförklaring av beslutet i skrivelsen av den 10 augusti 2012 och av det påstått tysta beslutet om avslag på sökandens klagomål.
- 15 I en särskild handling som inkom till tribunalens kansli den 21 september 2012 ansökte sökanden om uppskov med verkställigheten av beslutet i skrivelsen av den 10 augusti 2012, det påstått tysta beslutet om avslag på sökandens klagomål och beslutet i skrivelsen av den 12 september 2012, som meddelades efter det att talan om ogiltigförklaring väckts vid tribunalen.
- 16 Genom beslut av den 14 november 2012, Intrasoft International/kommissionen (T-403/12 R, EU:T:2012:600), avslog domaren med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder ansökan om interimistiska åtgärder, eftersom det inte förelåg någon situation som ställde krav på skyndsamhet.
- 17 I samband med att sammansättningen av tribunalens avdelningar ändrades, förordnades referenten att tjänstgöra på andra avdelningen, och målet tilldelades följaktligen denna avdelning.
- 18 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (andra avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet.

- 19 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens muntliga frågor vid förhandlingen den 27 januari 2015.
- 20 Det muntliga förfarandet avslutades den 12 februari 2015.
- 21 Sökanden har yrkat att tribunalen ska
- ogiltigförklara det beslut som fattades av unionens delegation i Republiken Serbien i skrivelsen av den 10 augusti 2012 samt det tysta beslutet om avslag på sökandens klagomål mot det beslutet, vilket därmed skulle innebära att sökanden tilläts att delta i de senare skedena av upphandlingen,
 - förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna.
- 22 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska
- i första hand avvisa talan,
 - i andra hand ogilla talan, samt
 - förplikta sökanden att bära sina rättegångskostnader och ersätta kommissionens rättegångskostnader i detta mål och i det interimistiska förfarandet i mål T-403/12 R.
- 23 Som svar på en fråga som ställdes under förhandlingen och som därför togs in i förhandlingsprotokollet, har sökanden preciserat att skrivelsen av den 12 september 2012, som den upphandlande myndigheten sände dagen efter det att sökanden väckt talan vid tribunalen, inte var föremål för talan eller föranlett någon justering av sökandens yrkanden. Sökanden har därvid förklarat att skrivelsen av den 12 september 2012 endast var en bekräftelse på skrivelsen av den 10 augusti 2012 och ska därför behandlas på samma sätt som denna.

Rättslig bedömning

Upptagande till sakprövning

- 24 De rättsakter som är föremål för förevarande talan (nedan kallade de angripna rättsakterna) är dels skrivelsen av den 10 augusti 2012 om att tjänstekontraktet i fråga inte kunde tilldelas det konsortium sökandebolaget ingick i eftersom sökandebolaget befann sig i en intressekonflikt, dels det påstått tysta avslagsbeslutet på sökandens klagomål mot skrivelsen av den 10 augusti 2012.
- 25 Utan att formellt ha framställt någon invändning om rättegångshinder enligt artikel 114 i tribunalens rättegångsregler, har kommissionen i svaromålet anfört argument för att bestrida att talan kan prövas i sak med avseende på de angripna rättsakterna.
- 26 Kommissionen har anfört att skrivelsen av den 10 augusti 2012 inte är en rättsakt mot vilken talan kan väckas, eftersom den endast syftar till att upplysa sökandebolaget om att dess ansökan ansågs innebära en intressekonflikt och meddela skälen för den bedömningen. Den enda rättsakt som kan vara föremål för en talan om ogiltigförklaring är det beslut som meddelades i skrivelsen av den 12 september 2012, som vunnit laga kraft med avseende på sökanden eftersom den inte angripits inom talefristen.
- 27 Beträffande det påstått tysta beslutet om avslag på sökandens klagomål har kommissionen preciserat att den frist på 15 arbetsdagar för att besvara ett klagomål, som nämns i punkt 2.4.15.1 i den praktiska handledningen, endast är en ”regel om maximal verkan” som fastställts med beaktande av intresset av

god förvaltningssed. Att något svar inte lämnas inom den fristen kan därför inte anses utgöra ett tyst avslag på sökandens klagomål. Det är nämligen inte möjligt att fastställa tvingande regler i den praktiska handledningen om tillämpliga frister för att väcka talan vid tribunalen.

- 28 Tribunalen gör i denna del följande bedömning. Det följer av fast rättspraxis avseende upptagande till sakprövning av en talan om ogiltigförklaring att den angripna rättsaktens innehåll, liksom avsikten hos den som antagit rättsakten, ska beaktas när rättsakten ska kvalificeras. Åtgärder genom vilka kommissionens ställningstagande slutgiltigt slås fast efter ett administrativt förfarande, och vilka är avsedda att medföra bindande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen, utgör i princip rättsakter mot vilka talan kan väckas, med undantag av mellankommande åtgärder som syftar till att förbereda det slutliga beslutet och som inte har sådana rättsverkningar (se dom av den 17 juli 2008, Athinaiki Techniki/kommissionen, C-521/06 P, REG, EU:C:2008:422, punkt 42 och där angiven rättspraxis).
- 29 En rättsakts eller ett besluts form saknar i princip betydelse för frågan huruvida en talan om ogiltigförklaring kan tas upp till sakprövning. Huruvida den aktuella rättsakten uppfyller vissa formkrav – bland annat att dess upphovsman gett den rätt rubrik, att den är tillräckligt motiverad eller att de bestämmelser som utgör dess rättsliga grund anges – är således inte relevant för hur rättsakten ska kvalificeras. Det saknar därmed betydelse att åtgärden inte betecknas som ett ”beslut” eller att hänvisning saknas till bestämmelserna i FEUF om de rättsmedel som står till förfogande (se, analogt, dom Athinaiki Techniki/kommissionen, ovan punkt 28, EU:C:2008:422, punkterna 43 och 44 samt där angiven rättspraxis).
- 30 Om så inte vore fallet kunde kommissionen undandra sig unionsdomstolens kontroll genom att undvika att uppfylla sådana formkrav. Det framgår nämligen av rättspraxis att då unionen är en rättslig gemenskap inom vilken det ska kontrolleras att institutionernas åtgärder är förenliga med fördraget, ska de processuella regler som är tillämpliga på mål som har anhängiggjorts vid unionsdomstolen i största möjliga utsträckning tolkas på ett sådant sätt att reglerna kan tillämpas på ett sätt som bidrar till uppnåendet av målet att säkerställa ett effektivt domstolsskydd för enskildas rättigheter enligt unionsrätten (se dom Athinaiki Techniki/kommissionen, ovan punkt 28, EU:C:2008:422, punkt 45 och där angiven rättspraxis).
- 31 Mot bakgrund av dessa överväganden ska tribunalen först och främst avgöra huruvida de angripna rättsakter som angetts ovan i punkt 24, såsom sökandebolaget har gjort gällande, är rättsakter som går sökandebolaget emot och som därmed kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring.

Huruvida talan mot skrivelsen av den 10 augusti 2012 kan tas upp till sakprövning

- 32 De bindande rättsverkningarna av en rättsakt ska bedömas med beaktande av objektiva kriterier, såsom rättsaktens innehåll (se, analogt, dom av den 20 mars 1997, Frankrike/kommissionen, C-57/95, REG, EU:C:1997:164, punkt 9), i förekommande fall med beaktande av det sammanhang i vilket den antagits (se, analogt, beslut av den 13 juni 1991, Sunzest/kommissionen, C-50/90, REG, EU:C:1991:253, punkt 13, och dom av den 26 januari 2010, Internationaler Hilfsfonds/kommissionen, C-362/08 P, REU, EU:C:2010:40, punkt 58) och den antagande institutionens befogenheter (se, analogt, dom av den 1 december 2005, Italien/kommissionen, C-301/03, REG, EU:C:2005:727, punkt 28).
- 33 Tribunalen ska pröva huruvida skrivelsen av den 10 augusti 2012 – med beaktande av dess innehåll, dess faktiska och rättsliga sammanhang och den antagande institutionens befogenheter – kan anses utgöra ett beslut som går sökanden emot.
- 34 Tribunalen anger för det första att det i målet är obesträtt att de angripna rättsakterna, som unionens delegation i Republiken Serbien upprättat, kan tillskrivas kommissionen som därför lagenligen är svarande i målet. Såsom sökanden har gjort gällande, följer det nämligen av tribunalens praxis att de

rättsakter som delegationen har antagit i egenskap av vidaredelegerad utanordnare för kommissionens räkning, inte gör det möjligt att anse delegationen vara svarande. Rättsakterna ska i förevarande fall tillskrivas kommissionen (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 4 juni 2012, Elti/unionens delegation i Montenegro, T-395/11, REU, EU:T:2012:274, punkt 64).

35 Det är för det andra även obesträtt att sökandebolaget, i egenskap av medlem i konsortiet, är mottagare av de handlingar som riktas till det, på grund av att konsortiets struktur är öppen vad avser dess medlemmar (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 mars 2010, Evropaiki Dynamiki/kommissionen, T-50/05, REG, EU:T:2010:101, punkt 40).

36 Vad avser innehållet i skrivelsen av den 10 augusti 2012, har den följande lydelse:

”Jag måste tyvärr meddela er ... att det har slagits fast att er ansökan medför en intressekonflikt och att ert konsortium därför inte kan tilldelas [kontraktet]. [D]en upphandlande myndigheten har kommit till slutsatsen att kontraktet inte kan tilldelas det konsortium [som ni ingår i], eftersom ni befinner er i en intressekonflikt. [D]en upphandlande myndigheten har, i enlighet med punkt 2.3.6 i den [praktiska handledningen], konstaterat att villkoren [för att fastställa] att en intressekonflikt föreligger är uppfyllda ...”

37 Det följer således av skrivelsens lydelse att dess upphovsman inte endast upplyste sökanden, vilket kommissionen har gjort gällande, om sin avsikt att utesluta sökanden från upphandlingen. Upphovsmannen meddelade dessutom beslutet att kontraktet inte skulle tilldelas det konsortium som sökanden ingick i.

38 Den slutsatsen påverkas inte av att det i skrivelsen av den 10 augusti 2012 anges en frist för att meddela den upphandlande myndigheten en annan uppfattning eller begära ytterligare upplysningar. En sådan uppgift överensstämmer med punkt 2.4.15.1 i den praktiska handledningen och avser dels att den som rättsakten riktar sig till ges möjlighet att – genom att anföra klagomål – tillvarata de intressen som påverkas av det aktuella beslutet utan att vidta rättsliga åtgärder, dels att ge denne möjlighet att erhålla ytterligare upplysningar om ett beslut som redan fattats.

39 Möjligheten att anföra klagomål utgör – såsom anges bland annat i punkt 2.4.15.3 i den praktiska handledningen och i den förklarande fotnot till vilken det hänvisas i den punkten – inte hinder för att den som rättsakten riktar sig till väcker talan vid tribunalen inom de uttryckliga frister som anges i unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2011, CMB och Christof/kommissionen, T-407/07, EU:T:2011:477, punkt 103). Härav följer att denna möjlighet inte fritar sökanden från skyldigheten att iaktta dessa frister för att väcka talan om ogiltigförklaring vid tribunalen.

40 Vad vidare gäller det sammanhang som skrivelsen av den 10 augusti 2012 ingår i, finner tribunalen följande. Skrivelsen avser utvärdering av villkoren för att utesluta anbudsgivare från att delta i ett upphandlingsförfarande när dessa valts ut för tilldelning av kontrakt, såsom de som avses i punkt 2.3.3 i den praktiska handledningen och i enlighet med uppgiften i punkt 15 i meddelandet om upphandling. En sådan utvärdering avslutades med uppgiften att kontraktet inte kunde tilldelas det konsortium som sökanden ingick i. Det framgår nämligen inte av handlingarna i målet att anbudet från det konsortium som sökanden ingick i utvärderades på nytt efter skrivelsen av den 10 augusti 2012.

41 I skrivelsen av den 10 augusti 2012 angav upphovsmannen att eftersom det inte hade inkommit något bestridande eller någon begäran om kompetterande upplysningar, skulle ”förfarandet för tilldelning av kontrakt fortsätta enligt reglerna i den praktiska handledningen”. Det ska anmärkas att skrivelsen av den 12 september 2012 – som sändes till sökanden dagen efter det att talan väckts vid tribunalen – innehöll uppgift om namnet på den anbudsgivare som utvärderingskommittén hade föreslagit för tilldelning av kontraktet. Det innebär att den upphandlande myndigheten fortsatte upphandlingen

trots att sökanden i sitt klagomål av den 13 augusti 2012 ansökt om att det pågående anbudsförfarandet skulle skjutas upp, och att den upphandlande myndigheten bland de kvarvarande anbudsgivarna angav den som potentiellt skulle komma att tilldelas kontraktet.

- 42 På den sista raden i skrivelsen av den 12 september 2012 nämns möjligheten att i enlighet med punkt 2.4.15 i den praktiska handledningen bestrida det aktuella beslutet. Den upplysningen kan tolkas som en hänvisning till möjligheten att bestrida beslutet att tilldela en annan anbudsgivare kontraktet. Den aktuella upplysningen är därför inte avgörande för att kvalificera skrivelsen av den 12 september 2012 som ett slutligt beslut att utesluta sökanden. En sådan upplysning utvisar emellertid ytterligare en gång, vilket även sökanden har gjort gällande, att anbudsförfarandet inte sköts upp utan avslutades med att utvärderingskommittén angav vilken anbudsgivare som potentiellt skulle komma att tilldelas kontraktet.
- 43 Mot bakgrund av det sammanhang som skrivelsen av den 10 augusti 2012 ingår i, finner tribunalen att dess upphovsman tog ställning till sökandens möjligheter att delta i skedet för tilldelning av kontrakt. Denne angav även att sökanden befann sig i en intressekonflikt och slog därför fast att kontraktet inte kunde tilldelas det konsortium som sökanden ingick i.
- 44 Vad slutligen avser befogenheterna för skrivelsens upphovsman, det vill säga unionens delegation i Republiken Serbien, agerade denna, såsom angetts ovan i punkt 5, i egenskap av vidaredelegerad upphandlande myndighet för kommissionen. Den aktuella rättsakten är därför inte endast ett yttrande från utvärderingskommittén om villkoren för att utesluta en anbudsgivare på grund av en intressekonflikt, utan ett beslut av den upphandlande myndigheten som i sig kan ha bindande rättsverkningar för den som det riktar sig till.
- 45 Av vad ovan anförts följer att skrivelsen av den 10 augusti 2012 – mot bakgrund av sitt innehåll, sitt faktiska och rättsliga sammanhang och den antagande myndighetens befogenheter – kan ha rättsverkningar som påverkar sökandens intressen, vilket innebär att det är fråga om en rättsakt som går sökanden emot och som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring vid tribunalen.
- 46 I motsats till vad kommissionen har hävdats väckte sökandebolaget, mot den rättsakt som gick det emot i den mening som avses i den rättspraxis som angetts ovan i punkterna 28–30 och 32, på rätt sätt förevarande talan inom den frist som beräknats från när rättsakten antogs. Sökanden var inte skyldig att invänta svar på sitt klagomål av den 13 augusti 2012 för att väcka denna talan. Detta framgår av den rättspraxis som nämnts ovan i punkt 39 och dessutom av punkterna 2.4.15.1 och 2.4.15.3 i den praktiska handledningen.
- 47 Eftersom skrivelsen av den 10 augusti 2012 anses utgöra en rättsakt mot vilken talan kan väckas, ska tribunalen ta ställning till kommissionens argument att skrivelsen av den 12 september 2012 innehåller ett beslut som går sökanden emot och som innebär att beslutet att utesluta sökanden från anbudsförfarandet på grund av en intressekonflikt vunnit laga kraft, eftersom det inte angripits inom talefristen. Det argumentet innebär att det måste kontrolleras huruvida sökanden, till följd av den upphandlande myndighetens skrivelse av den 12 september 2012, fortfarande har ett berättigat intresse av att få saken prövad, vilket förutsätter att utgången av talan kan medföra en fördel för den som väckt den (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 25 juni 2014, Accorinti m.fl./ECB, T-224/12, EU:T:2014:611, punkt 68).
- 48 Det framgår i detta avseende av rättspraxis att ogiltigförklaring av en bekräftande rättsakt förväxlas med ogiltigförklaring av den tidigare rättsakten, vilket innebär att ogiltigförklaringen av den tidigare rättsakten automatiskt medför att den bekräftande rättsakten ogiltigförklaras (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 maj 1998, Förenade kungariket/kommissionen, C-180/96, REG, EU:C:1998:192, punkt 28 och där angiven rättspraxis). För det fall det bekräftade beslutet inte har

vunnit laga kraft, får den berörda personen därför väcka talan mot antingen det bekräftade beslutet, det bekräftande beslutet eller mot båda besluten (se dom av den 16 september 1998, *Waterleiding Maatschappij/kommissionen*, T-188/95, REG, EU:T:1998:217, punkt 108 och där angiven rättspraxis).

- 49 Det ska för det första anmärkas att den omständigheten att utvärderingskommitténs yttrande om att tilldela ett annat konsortium kontraktet nämndes i skrivelsen av den 12 september 2012, inte kan innebära att den skrivelsen ska anses ersätta skrivelsen av den 10 augusti 2012 i fråga om förkastande av anbudet från det konsortium som sökanden ingick i. Att detta nämns påverkar nämligen inte vare sig motiveringen, innehållet i eller verkan av det beslut som ingår i skrivelsen av den 10 augusti 2012 med avseende på bland annat beslutet att utesluta sökanden från anbudsförfarandet på grund av en intressekonflikt och att därefter förkasta anbudet från det konsortium som sökanden ingick i.
- 50 Vad för det andra rör upplysningen att den upphandlande myndigheten beaktade de omständigheter som sökandebolaget angav i skrivelsen av den 13 augusti 2012, påpekar tribunalen följande. Skrivelsen av den 12 september 2012 är visserligen ett svar på sökandebolagets klagomål, men de omständigheter som sökanden åberopade i den skrivelsen var inte nya eller väsentliga i förhållande till de omständigheter som den upphandlande myndigheten hade kännedom om när skrivelsen av den 10 augusti 2012 upprättades, i den mening som avses i rättspraxis i fråga om kvalificering av omständigheter som "nya och väsentliga" (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 februari 2001, *Inpesca/kommissionen*, T-186/98, REG, EU:T:2001:42, punkterna 50 och 51 och där angiven rättspraxis). Genom de omständigheter som sökandebolaget anfört erinras den upphandlande myndigheten nämligen endast om att den tidigare hade utslutit att en intressekonflikt förelåg beträffande sökandebolaget, när den upplyste detta om den omständigheten i ett e-postmeddelande av den 26 april 2012 (se ovan punkt 9). I skrivelsen av den 12 september 2012 lämnas dessutom inte några upplysningar om en eventuell omprövning av sökandebolagets inställning eller en utvärdering av dess anbud efter det att skrivelsen av den 10 augusti 2012 avsänts.
- 51 Enligt artikel 149.3 fjärde stycket i kommissionens förordning (EG, Euratom) nr 2342/2002 av den 23 december 2002 om genomförandebestämmelser för förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 (EGT L 357, s. 1) har de anbudsgivare vars anbud inte antagits möjlighet att skriftligt begära att den upphandlande myndigheten ska meddela dem "ytterligare upplysningar om motivet till att deras anbud inte valts ut". Att sådana kompletterande upplysningar lämnas ersätter emellertid inte beslutet att inte välja den aktuella anbudsgivarens anbud, eftersom motiveringen för ett sådant beslut kan göras i flera steg (se dom av den 22 maj 2012, *Sviluppo Globale/kommissionen*, T-6/10, EU:T:2012:245, punkt 29 och där angiven rättspraxis).
- 52 Av vad ovan anförts följer att den upphandlande myndigheten i skrivelsen av den 12 september 2012 i sak endast bekräftade den ståndpunkt som den hade intagit i skrivelsen av den 10 augusti 2012, varvid den lade samma faktiska och rättsliga omständigheter till grund för sin bedömning. Ingen upplysning i den skrivelsen kan anses vara en ny eller väsentlig omständighet som medför att skrivelsen får karaktären av beslut om att förkasta sökandens anbud eller ersätter skrivelsen av den 10 augusti 2012.
- 53 Skrivelsen av den 12 september 2012 innebär därför inte att förevarande talan, vilken väckts mot beslutet i skrivelsen av den 10 augusti 2012, har förlorat sitt föremål. Sökanden har därför fortfarande ett berättigat intresse av att få saken prövad för att avhjälpa det förhållandet att sökanden uteslutits från anbudsförfarandet och att anbudet från det konsortium som sökanden ingick i förkastats. I motsats till vad kommissionen har gjort gällande, och såsom angetts ovan i punkt 46, gjorde sökandebolaget rätt när det väckte talan om ogiltigförklaring av det beslut som ingick i skrivelsen av den 10 augusti 2012, eftersom den var en åtgärd med rättsliga följder som påverkade sökandebolagets intressen och som obligatoriskt omfattade detta. I motsatt fall skulle sökanden utsättas för risken att kommissionen skulle göra gällande att talan väckts för sent, eftersom skrivelsen av den 12 september 2012, såsom sökanden har gjort gällande, endast var en bekräftelse på skrivelsen av den 10 augusti 2012.

- 54 Fast rättspraxis ger nämligen vid handen att om en sökande försitter talefristen för ett beslut som otvetydigt har rättsliga följder som påverkar dennes intressen och som obligatoriskt omfattar denne, kan denne inte få denna talefrist återställd genom att begära att institutionen ska ompröva sitt beslut och genom att föra talan mot ett avslagsbeslut som bekräftar det tidigare beslutet (se beslut av den 10 oktober 2006, *Evropaïki Dynamiki/kommissionen*, T-106/05, EU:T:2006:299, punkt 55 och där angiven rättspraxis).
- 55 Talan om ogiltigförklaring av det beslut som ingår i skrivelsen av den 10 augusti 2012 kan därför tas upp till sakprövning.

Det underförstådda beslutet att avslå sökandens klagomål

- 56 Tribunalen ska, med avseende på yrkandet om ogiltigförklaring av det påstått underförstådda beslutet att avslå sökandens klagomål, pröva huruvida det påstådda beslutet kan anses vara en rättsakt mot vilken talan kan väckas i den mening som avses i artikel 263 FEUF.
- 57 Endast den omständigheten att en institution inte uttalar sig när den uppmanats att ta ställning, kan inte i sig medföra rättsverkningar, utom när detta uttryckligen anges i en unionsrättsbestämmelse. I avsaknad av sådana uttryckliga unionsbestämmelser, i vilka en tidsfrist fastställs inom vilken ett beslut ska anses ha fattats och i vilka anges vad beslutet ska innehålla, kan en institutions passivitet inte jämföras med ett beslut, eftersom det rättsmedelssystem som inrättats genom fördraget annars skulle ifrågasättas (dom av den 13 december 1999, *SGA/kommissionen*, T-189/95, T-39/96 och T-123/96, REG, EU:T:1999:317, punkterna 26 och 27).
- 58 Enligt tribunalens praxis är en praktisk handledning emellertid bara ett arbetsredskap som förklarar de förfaranden som är tillämpliga på ett visst område, och den kan som sådan inte utgöra en rättslig grund för att införa ett krav på att ett administrativt klagomål först måste inges (dom av den 8 oktober 2008, *Sogelma/AER*, T-411/06, REG, EU:T:2008:419, punkt 66). På samma sätt kan den praktiska handledningen i förevarande mål inte utgöra rättslig grund för att införa en preskriptionsfrist till förmån för den myndighet som ska besvara klagomål. Att den upphandlande myndigheten underlät att agera vid utgången av den frist som föreskrivs i punkt 2.4.15.1 i den praktiska handledningen kan därför inte anses utgöra ett underförstått avslagsbeslut på sökandens klagomål. I den praktiska handledningen anges för övrigt inte någon verkan av att den aktuella fristen löper ut.
- 59 Mot bakgrund av vad ovan anförts, ska talan avvisas i den del den avser yrkandet om ogiltigförklaring av det underförstådda beslutet att avslå sökandens klagomål.

Prövning i sak

- 60 Till stöd för sin talan har sökanden åberopat två grunder. Den första grunden innehåller två argument. Det ena avser åsidosättande av förfrågningsunderlaget för den aktuella upphandlingen. Det andra avser åsidosättande av principen om god förvaltningssed. Genom den andra grunden har sökanden gjort gällande åsidosättande av artikel 94 i rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 av den 25 juni 2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget (nedan kallad budgetförordningen) (EGT L 248, s. 1).
- 61 Tribunalen ska börja med att pröva den andra grunden.
- 62 I den andra grunden, som avser åsidosättande av artikel 94 i budgetförordningen, har sökanden som första argument uppgett sig inte ha haft möjlighet att yttra sig innan sökanden slutgiltigt uteslöts från anbudsproceduren. Sökandebolaget har som andra argument hävdats att det inte har förebringats någon verklig bevisning för att en intressekonflikt förelåg med avseende på sökanden. Sökandebolaget har

hänvisat till tribunalens praxis avseende artikel 94 i budgetförordningen (dom av den 18 april 2007, Deloitte Business Advisory/kommissionen, T-195/05, REG, EU:T:2007:107, punkt 67) och till punkt 2.3.6 i den praktiska handledningen, och därvid gjort gällande att uteslutandet av en anbudsgivare ska grunda sig på en verklig risk för intressekonflikt som stöds av de särskilda omständigheterna i målet, samtidigt som den berörde ska beredas tillfälle att visa att någon intressekonflikt inte föreligger.

- 63 I fråga om bland annat de omständigheter som gör det möjligt att utesluta att en intressekonflikt föreligger, har sökandebolaget betonat att det inte deltog när förfrågningsunderlaget eller villkoren för förslaget till anbudsinfördran EuropeAid/131367/C/SER/RS utarbetades. Sökandebolaget har dessutom preciserat att det inte haft tillgång till andra fakta än de som ställdes till samtliga anbudsgivares förfogande. Enligt sökandebolaget kan därför inte den omständigheten att det har deltagit i utarbetandet av vissa handlingar i samband med ett annat anbudsförfarande – vilket inte gjordes med avseende på det nya kontraktet – i sig vara en tillräcklig anledning för att dra slutsatsen att en intressekonflikt föreligger med avseende på bolaget. Sökandebolaget anser dessutom att det framgår av domstolens praxis (dom av den 3 mars 2005, Fabricom, C-21/03 och C-34/03, REG, EU:C:2005:127) att erfarenhet från ett tidigare upphandlingsförfarande inte kan snedvrída konkurrensen, eftersom de flesta anbudsgivare i så fall borde uteslutas från nya anbudsförfaranden av det skälet.
- 64 Kommissionen har hävdatt att sökanden i skrivelsen av den 10 augusti 2012 uttryckligen bereddes tillfälle att klargöra sin situation innan beslutet i skrivelsen av den 12 september 2012 antogs. Det framgick dessutom av den sistnämnda skrivelsen att den upphandlande myndigheten ”vederbörligen [hade] beaktat de omständigheter som sökanden [hade] angett i [sin] skrivelse ... av den 13 augusti [2012]”. Det framgick vidare att den upphandlande myndigheten grundat sin bedömning på konkreta anbud.
- 65 I fråga om bevisningen för den aktuella intressekonflikten har kommissionen, såsom framgår av skrivelsen av den 12 september 2012, hävdatt att ett visst antal handlingar som sökanden upprättat i samband med ett tidigare upphandlingsförfarande hade bifogats förfrågningsunderlaget till den nya anbudsinfördran. De handlingarna ”utg[jorde] grundvalen för en betydande del av den verksamhet som var föremål för den pågående anbudsinfördran”. Kommissionen har, såsom sökanden har anfört, inte bestritt att handlingarna ställts till samtliga potentiella anbudssökandes förfogande. Kommissionen har emellertid genmält att sökanden hade tillgång till de handlingarna före de övriga anbudsgivarna och därmed hade en konkurrensfördel, i synnerhet för att söka kvalificerade sakkunniga. Utan att påstå att det förhåller sig på det sättet i förevarande fall, har kommissionen i övrigt låtit förstå att sökanden, genom att ha deltagit i upprättandet av handlingarna, hade möjlighet att formulera dem på ett sådant sätt att sökanden fick en konkurrensfördel i den aktuella upphandlingen.
- 66 Slutligen utgör inte den rättspraxis som sökanden har hänvisat till (dom Fabricom, ovan punkt 63, EU:C:2005:127, punkterna 29 och 36) stöd för sökandens uppfattning, utan snarare för kommissionens ställningstagande, nämligen att den som har deltagit i visst förberedande arbete har en fördel när det gäller att formulera anbudet, på grund av den information som personen kan ha erhållit om upphandlingen när det förberedande arbetet utfördes. Samtliga anbudsgivare måste emellertid ha samma chans att formulera sina anbud. Kommissionen anser därför att det är tillräckligt att styrka att det föreligger en risk för en konkurrensfördel för sökanden och att det inte är nödvändigt att styrka att den fördelen har haft konkreta följder i det aktuella fallet.
- 67 Tribunalen påpekar att kommissionens offentliga upphandling av tjänster regleras i avdelning V i första delen av budgetförordningen.

68 Den rättsliga grunden för skrivelsen av den 10 augusti 2012 återfinns i artikel 94 i budgetförordningen, som upprepades i punkt 15 i förfrågningsunderlaget. Budgetförordningen är enligt sin ordalydelse tillämplig på all offentlig upphandling som helt eller delvis finansieras genom gemenskapernas och numera unionens budget.

69 I artikel 94 i budgetförordningen föreskrivs följande:

”Kontrakt får inte tilldelas anbudssökande och anbudsgivare som i samband med upphandlingsförfarandet

a) befinner sig i intressekonflikt, ...”

70 Punkt 15 i förfrågningsunderlaget, som har rubriken ”Skäl för uteslutning”, föreskriver följande:

”Anbudsgivarna ska tillsammans med anbudet inge en undertecknad förklaring som finns i standardformuläret och ange att de inte befinner sig i någon av de situationer som leder till uteslutning enligt punkt 2.3.3 i [den praktiska handledningen].”

71 Punkt 2.3.3 i den praktiska handledningen har följande lydelse:

”Kontrakt får inte tilldelas anbudssökande och anbudsgivare som i samband med upphandlingsförfarandet för det kontraktet

a) befinner sig i intressekonflikt,

...

Det erinras om att (utvärderingskommittén) innan den föreslår och (den upphandlande myndigheten) innan den beslutar, att en anbudssökande eller anbudsgivare ska uteslutas, ska beakta sådana principer som principen om rätten till försvar och proportionalitetsprincipen. Utom då bevisningen är sådan att ytterligare frågor inte behöver ställas (till exempel om anbudssökanden eller anbudsgivaren uttryckligen medger de omständigheter som leder till uteslutning), ska uteslutningen grundas på ett kontradiktoriskt förfarande med den aktuella anbudssökanden eller anbudsgivaren.”

72 I punkt 2.3.6 i den praktiska handledningen, som nämns i skrivelsen av den 10 augusti 2012, anges begreppet intressekonflikt. Det förklaras på följande sätt:

”Intressekonflikt: Det föreligger intressekonflikt om en opartisk och objektiv utövning av den upphandlande myndighetens funktioner eller likabehandling av anbudssökande eller anbudsgivare äventyras vid förfarandet för tilldelning av kontrakt eller genomförandet av ett kontrakt, av familjeskäl, känslomässiga skäl, politisk eller nationell koppling, ekonomiskt intresse eller varje annat gemensamt intresse med den som kommer i åtnjutande av ett program som [unionen] finansierar. Det föreligger en risk för intressekonflikt om till exempel en person som deltar i ett förfarande (utvärderingskommittén, den upphandlande myndigheten, och så vidare) kan bevilja sig själv eller annan direkta eller indirekta oberättigade förmåner genom att påverka förfarandets resultat, eller när en sakkunnig eller ett företag [har] möjlighet att få konfidentiella upplysningar som leder till illojal konkurrens under senare eller liknande sammanhängande förfaranden.

Till exempel ska alla företag och sakkunniga som deltar i förberedelserna för ett projekt (till exempel med att upprätta kravspecifikation) i allmänhet vara uteslutna från att delta i de anbuds-förfaranden som följer av projektet, utom om företaget eller den sakkunnige styrker vid den upphandlande myndigheten att delaktigheten i tidigare skeden av anbudsinfördran inte innebär illojal konkurrens.

Anbudssökande och anbudsgivare som befinner sig i en intressekonflikt i samband med ett förfarande för kontraktstilldelning eller beviljande av stöd ska uteslutas från det förfarandet. Skälen för uteslutning ska bedömas i varje fall för sig. Enligt domstolens fasta praxis ska uteslutande av en anbudsgivare grunda sig på att en verklig risk för intressekonflikt föreligger som stöds av de särskilda omständigheterna i målet. Vid en automatisk uteslutning får en anbudssökande eller anbudsgivare inte möjlighet att förebringa bevisning för att en intressekonflikt inte föreligger.

...”

- 73 Tribunalen ska undersöka om den upphandlande myndigheten, på grundval av de omständigheter som var tillgängliga när beslutet i skrivelsen av den 10 augusti 2012 fattades, kunde anse att en risk för intressekonflikt förelåg i fråga om sökanden mot bakgrund av artikel 94 a i budgetförordningen, så som den tolkats i rättspraxis.
- 74 Det är enligt artikel 94 i budgetförordningen endast möjligt att utesluta en anbudsgivare från upphandlingsförfarandet om det föreligger en verklig, och inte en hypotetisk, intressekonflikt. Detta innebär dock inte att en risk för intressekonflikt är otillräcklig för att utesluta ett anbud. Det är i princip först när kontraktet verkställs som en intressekonflikt kan komma att uppstå. Innan avtalet sluts kan det endast föreligga en potentiell intressekonflikt och den bestämmelsen i budgetförordningen innebär således ett riskresonemang. Efter en konkret bedömning av anbudet och anbudsgivarens situation ska det emellertid ha konstaterats att en faktisk risk föreligger för att anbudsgivaren ska kunna uteslutas från förfarandet. Att det endast eventuellt föreligger en intressekonflikt är i detta sammanhang inte tillräckligt (dom Deloitte Business Advisory/kommissionen, ovan punkt 62, EU:T:2007:107, punkt 67).
- 75 Begreppet intressekonflikt har en objektiv karaktär och vid tolkningen av begreppet ska man bortse från de berörda parternas avsikter, särskilt deras goda tro (dom av den 20 mars 2013, Nexans France/det gemensamma företaget Fusion for Energy, T-415/10, REU, EU:T:2013:141, punkt 115 och där angiven rättspraxis).
- 76 Det föreligger inte någon absolut skyldighet för den upphandlande enheten att systematiskt utesluta anbudsgivare som befinner sig i en intressekonflikt, då ett sådant uteslutande inte är berättigat i det fall då det är möjligt att visa att denna situation inte har medfört någon inverkan på deras beteende inom ramen för upphandlingsförfarandet och att den inte medför någon faktisk risk att det uppstår beteenden som kan snedvrída konkurrensen mellan anbudsgivarna. Däremot är uteslutning av en anbudsgivare som befinner sig i en intressekonflikt oundviklig när det inte finns något lämpligare sätt att undvika varje åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivarna och principen om insyn och öppenhet (dom Nexans France/det gemensamma företaget Fusion for Energy, ovan punkt 75, EU:T:2013:141, punkterna 116 och 117).
- 77 Den upphandlande myndigheten är enligt fast rättspraxis nämligen skyldig att, under varje del av upphandlingsförfarandet, iaktta principen om likabehandling av anbudsgivare och därmed också principen om anbudsgivares lika möjligheter (se dom av den 12 juli 2007, Evropaiki Dynamiki/kommissionen, T-250/05, EU:T:2007:225, punkt 45 och där angiven rättspraxis).
- 78 Principen om lika möjligheter innebär enligt rättspraxis att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och den innebär således att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare. Principen om insyn och öppenhet följer av principen om lika möjligheter, och dess syfte är huvudsakligen 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 (dom av den 9 september 2009, Brink's Security Luxembourg/kommissionen, T-437/05, REG, EU:T:2009:318, punkterna 114 och 115). 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 anbuden från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna för det aktuella kontraktet (se dom av den 29 januari 2014, *European Dynamics Belgium m.fl./EMA*, T-158/12, EU:T:2014:36, punkt 60 och där angiven rättspraxis).

- 79 Det framgår av den rättspraxis som angetts ovan i punkterna 74–78 att resonemanget om risk för intressekonflikt nödvändiggör en konkret bedömning av, å ena sidan, anbudet och, å andra sidan, den aktuella anbudsgivarens situation. Det framgår vidare att en uteslutning av anbudsgivaren är avsedd att säkerställa att principen om insyn och öppenhet och principen om lika möjligheter för anbudsgivarna iakttas.
- 80 För att avgöra huruvida artikel 94 i budgetförordningen har åsidosatts i förevarande mål, ska tribunalen således – i samband med en objektiv bedömning där den bortser från sökandens avsikter – pröva om risken för en intressekonflikt framgår av sökandens situation och av en konkret bedömning av sökandens anbud.
- 81 Enligt kommissionen har uteslutningen av sökanden på grund av att en intressekonflikt föreligger till ändamål att säkerställa att principen om likabehandling av anbudsgivare iakttas. Kommissionen har hävdats att sökandebolaget – tidigare än de övriga anbudsgivarna – hade tillgång till vissa handlingar som lades till grund för en del av verksamheten i samband med den aktuella anbudsinfördran. Sökandebolaget ingick nämligen enligt kommissionen i det konsortium som hade upprättat de aktuella handlingarna i samband med ett annat anbudsförfarande. Det framgår av skrivelsen av den 10 augusti 2012 att sökandebolaget på grundval av att det hade tillgång till dessa, hade tillgång till ”konfidentiella upplysningar” i den mening som avses i punkt 2.3.6 i den praktiska handledningen. Kommissionen anser därför, i enlighet med vad som anges i den skrivelsen, att sökandebolaget på grund av att det hade tillgång till de handlingarna tidigare än de övriga anbudsgivarna, hade en konkurrensfördel i förhållande till dem.
- 82 Tribunalen godtar emellertid inte att en risk för intressekonflikt kan grundas på endast den omständigheten att sökanden före övriga anbudsgivare hade tillgång till handlingar som var avsedda för ett annat anbudsförfarande på grund av att sökanden ingick i det konsortium som hade upprättat dessa handlingar, vilka därefter valdes ut för att användas som referens för verksamhet i samband med den aktuella anbudsinfördran.
- 83 Tribunalen kan nämligen inte godta kommissionens argument att sökandebolaget, genom att det ingick i det konsortium som upprättat de aktuella handlingarna, skulle ha kunnat påverka utformningen av dessa för att på så sätt skaffa sig en konkurrensfördel med avseende på anbudsinfördran. Det framgår härvid tydligt av den rättspraxis som angetts ovan i punkterna 74 och 75 att en intressekonflikt måste ha en objektiv karaktär som innebär att man ska bortse från den berörda partens avsikter, samt att blotta möjligheten att en intressekonflikt kan föreligga inte kan vara tillräcklig, eftersom det måste fastställas att en sådan risk verkligen föreligger. En risk för intressekonflikt kan därför inte grundas endast på antagandet att sökanden, vid den tidpunkt då handlingarna i fråga upprättades i samband med ett annat anbudsförfarande, hade kännedom om att den upphandlande myndigheten hade för avsikt att offentliggöra ett nytt meddelande om upphandling och hade för avsikt att välja ut de handlingar som det konsortium hade upprättat som sökanden utgjorde en del av för att utgöra grunden för vissa verksamheter med avseende på den offentliga upphandling som avsågs med den nya anbudsinfördran.

- 84 I den mening som avses i den rättspraxis som angetts ovan i punkt 66, liksom i punkt 2.3.6 i den praktiska handledningen, föreligger en risk för intressekonflikt om den som ansvarar för förberedande arbete i samband med en upphandling deltar i den upphandlingen. Tribunalen betonar härvid att domstolen, när den använde uttrycket förberedande arbete i punkt 29 i domen *Fabricom*, ovan punkt 63 (EU:C:2005:127), hänvisade till arbeten som utförts i ett enda anbudsförfarande.
- 85 Kommissionen hade således inte någon grund för att, i den mening som avses i den rättspraxis som angetts ovan i punkt 63, likställa upprättande av handlingar som utarbetats i samband med ett annat anbudsförfarande med möjligt förberedande arbete för det anbudsförfarande som är i fråga. Detta gäller för såvitt den inte objektivt och konkret visar dels att de handlingarna hade upprättats för det aktuella anbudsförfandet, dels att de handlingarna hade gett sökanden en verklig fördel. Om detta inte visas kan de handlingar som utarbetats i samband med ett annat anbudsförfarande och som den upphandlande myndigheten därefter valt ut som referens för en del av verksamheten kring ett annat anbudsförfarande inte anses vara förberedande arbete i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis och inte heller i den mening som avses i punkt 2.3.6 i den praktiska handledningen. I den anges förberedande arbete vara bland annat arbete avseende ”förberedelse av projektet”, såsom utarbetande av förfrågningsunderlaget.
- 86 Tribunalen konstaterar att sökandebolaget uteslöts från tilldelning av kontraktet enbart på grund av att det utgjorde en del av det konsortium som hade upprättat handlingarna i ett tidigare anbudsförfarande, trots att det inte gjorts gällande att de andra anbudsgivarna inte hade haft tillgång till samma handlingar i god tid. Att utarbeta de handlingarna innebar dessutom inte att sökanden deltog i utarbetandet av förfrågningsunderlaget för den aktuella anbudsinfordran. Det har därför inte visats att sökanden förfogade över mer information än de övriga anbudsgivarna, vilket skulle ha inneburit åsidosättande av principerna om likabehandling och insyn.
- 87 Härav följer att de aktuella handlingarna inte är ”konfidentiella upplysningar” i den mening som avses i punkt 2.3.6 i den praktiska handledningen. Uteslutningen av sökanden avses, i motsats till vad kommissionen har hävdats, således inte i den punkten i den praktiska handledningen och är därför inte motiverad genom att principerna om likabehandling och insyn åsidosatts.
- 88 Att beteckna handlingar som utarbetats i samband med ett annat anbudsförfarande som ”förberedande arbete” på grundval av att den upphandlande myndigheten antagit dem som referens för verksamhet i samband med ett senare anbudsförfarande innebär, såsom sökanden har anfört, detsamma som att automatiskt anse att den erfarenhet som förvärvats genom att delta i ett tidigare anbudsförfarande kan snedvrída konkurrensen.
- 89 Vidare framgår det inte att beslutet i skrivelsen av den 10 augusti 2012 antogs efter en konkret bedömning av sökandens anbud. I den skrivelsen anges nämligen endast, och utan någon annan precisering, att den risk för intressekonflikt som tillskrivs sökanden, såsom avses i punkt 2.3.6 i den praktiska handledningen, kunde fastställas först efter det att anbudsgivarnas ansökningar hade undersökts var och en för sig.
- 90 I hänvisningen till en undersökning av ”var och en för sig”, som hänvisningen i skrivelsen av den 10 augusti 2012, återges emellertid lydelsen i punkt 2.3.6 i den praktiska handledningen, som hämtat inspiration från den rättspraxis som angetts ovan i punkt 74. Den hänvisningen stöds emellertid inte av någon bevisning som utvisar att en konkret undersökning har ägt rum.
- 91 Kommissionen angav för första gången i svaromålet, vilket inte angavs i skrivelsen av den 10 augusti 2012, antagandet att sökandebolaget, på grund av att det påstods ha privilegierad tillgång till vissa handlingar som valts ut för att utgöra grundvalen för en väsentlig del av den verksamhet som var föremål för den pågående upphandlingen, hade fått en konkurrensfördel vid valet av sakkunniga som var kvalificerade för att genomföra den verksamheten.

- 92 Kommissionen har emellertid inte förebringat någon bevisning som gör det möjligt att kontrollera om det framgår av formuleringen av sökandebolagets anbud att det haft tillgång till fler upplysningar än de andra anbudsgivarna. Det är, såsom angetts ovan i punkt 86, nämligen fastslaget att de aktuella handlingarna upprättades i samband med ett annat anbudsförfarande, att de inte omfattar utarbetandet av förfrågningsunderlaget för den aktuella anbudsinfördran och att de ställts till samtliga anbudsgivares förfogande i samband med det aktuella anbudsförfarandet.
- 93 I fråga om kommissionens argument avseende valet av kvalificerade sakkunniga har inte någon bevisning förebringats som kan utvisa att det föreligger ett samband mellan de berörda handlingarna och sökandens ovannämnda val. Det har än mindre visats att det valet inverkat på möjligheterna till framgång för sökandens anbud.
- 94 Av vad ovan anförs följer att den upphandlande myndigheten inte hade någon grund för att anse att en risk för intressekonflikt beträffande sökanden hade styrkts efter en konkret bedömning av sökandens anbud. Tribunalen finner däremot att risk för intressekonflikt inte har styrkts på ett objektivt sätt och att åtgärden att förkasta anbudet från det konsortium som sökanden utgjorde en del av var omotiverad och stod i strid med artikel 94 i budgetförordningen.
- 95 Talan ska därför bifallas på den andra grunden, och beslutet i skrivelsen av den 10 augusti 2012 ska ogiltigförklaras till den del det slås fast att kontraktet inte kunde tilldelas det konsortium som sökanden ingick i. Det saknas därvid anledning att pröva den första grunden och det första argumentet i sökandens andra grund. Såsom framgår ovan av punkt 59 avvisar tribunalen däremot yrkandet om ogiltigförklaring av det påstått underförstådda beslutet att avslå sökandens klagomål.

Rättegångskostnader

- 96 Enligt artikel 134.1 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Sökanden har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen i huvudsak har tappat målet, ska den förpliktas att bära sina rättegångskostnader och ersätta sökandens rättegångskostnader i förevarande förfarande och i det interimistiska förfarandet.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (andra avdelningen)

följande:

- 1) **Det beslut om avslag på anbudet från det konsortium som Intrasoft International SA utgjorde en del av, vilket beslut ingick i skrivelsen av den 10 augusti 2012 som upprättades av Europeiska unionens delegation i Republiken Serbien i egenskap av vidaredelegerad upphandlande myndighet för Europeiska kommissionen med avseende på upphandlingsförfarandet EuropeAid/131367/C/SER/RS, med rubriken ”Tekniskt bistånd till de serbiska tullmyndigheterna inom ramen för tullsystemets modernisering”, ogiltigförklaras.**
- 2) **Talan ogillas i övrigt.**
- 3) **Kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet rättegångskostnaderna i det interimistiska förfarandet.**

Martins Ribeiro

Gervasoni

Madise

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 13 oktober 2015.

Underskrifter