



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Sjette Afdeling)

28. januar 2016 *

»Offentlige tjenesteydelseskontrakter — udbudsprocedure — operationel teknisk bistand til oprettelse og drift af en netværksfacilitet til støtte for det europæiske innovationspartnerskab (EIP) —
»produktivitet og bæredygtighed inden for landbrug« — afslag på en tilbudsgivers bud — tildeling af kontrakten til en anden tilbudsgiver — unormalt lavt bud — ansvar uden for kontraktforhold«

I sag T-570/13,

Agriconsulting Europe SA, Bruxelles (Belgien), ved advokat R. Sciaudone,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen ved L. Cappelletti og L. Di Paolo, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om erstatning for det tab, der angiveligt er lidt som følge af de uregelmæssigheder, som Kommissionen begik inden for rammerne af udbuddet »Oprettelse af en netværksfacilitet med henblik på implementeringen af det europæiske innovationspartnerskab (EIP) – »Produktivitet og bæredygtighed inden for landbrug«« (AGRI-2012-PEI-01),

har

RETTEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, S. Frimodt Nielsen, og dommerne F. Dehousse (refererende dommer) og A.M. Collins,

justitssekretær: fuldmægtig L. Grzegorzczuk,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 7. juli 2015,

afsagt følgende

* Processprog: italiensk.

Dom

Sagens baggrund

- 1 Ved udbudsbekendtgørelse offentliggjort i tillægget til *Den Europæiske Unions Tidende* den 7. august 2012 (EUT 2012/S 61-150-249926) iværksatte Kommissionen et udbud med reference AGRI-2012-PEI-01 vedrørende oprettelse af en netværksfacilitet med henblik på implementeringen af det europæiske innovationspartnerskab (EIP) – »Produktivitet og bæredygtighed inden for landbrug« (herefter »udbuddet«).
- 2 I medfør af punkt 1 i udbudsbetingelserne til udbuddet (herefter »udbudsbetingelserne«) havde tilslagsmodtageren til opgave at bidrage til at oprette og drive et partnerskabsnetværk, som bestod af og var åbent for operatører, der beskæftigede sig med innovation og innovative tilgange inden for landbruget, såsom landbrugere, forskere, konsulenter, virksomheder, NGO'er, forbrugere og organer i den offentlige sektor. Tilslagsmodtager var ansvarlig for at oprette og sikre funktionen af netværksfaciliteten, der bestod af dels det personale, som tilslagsmodtager tilknyttede gennemførelsen af de anførte opgaver, dels af det fysiske sted, hvor dette personale arbejdede og leverede sine tjenesteydelser (herefter »infopunktet«).
- 3 Tilslagsmodtagers opgaver var defineret i udbudsbetingelsernes punkt 2. De var inddelt i ni hovedopgaver, nemlig for det første forvaltning af det personale, der var tilknyttet opgaverne, og driften af infopunktet, for det andet oprettelse af partnerskabsnetværket, for det tredje aktiviteten med netværkssamarbejde og udvikling af kommunikationsværktøjer, for det fjerde opdatering og vedligeholdelse af en fuldstændig database, for det femte føring af en liste over eksterne eksperter, for det sjette udøvelse af aktiviteter med koordination og udveksling af oplysninger, for det syvende kortlægning af forskningsbehov hos aktørerne, for det ottende udarbejdelse af et årligt arbejdsprogram, og for det niende arkivering, journalføring og bevaring af dokumenter og oplysninger. I udbudsbetingelserne anførtes endvidere det mindste antal ansatte, der var nødvendigt for at gennemføre hovedopgaverne, idet det med henblik herpå bestemtes, at det personale, der var tilknyttet opgaverne, skulle bestå af mindst ti »fuldtidsansatte«, hvoraf i hvert fald seks skulle være fastansatte.
- 4 Endvidere fastsatte udbudsbetingelserne 27 tillægsopgaver, som skulle gennemføres på Kommissionens årlige begæring, i form af mindst tre og maksimalt ti tillægsopgaver årligt, idet det bestemtes, at tillægsopgaverne 24, 26 og 27 i hvert fald ville blive begæret det første år. Tillægsopgaverne omfattede organisation af tænketanke, dvs. grupper af eksperter, som studerer og drøfter spørgsmål, der konkret vedrører den europæiske innovationsplan (tillægsopgave 1-6), organisation af supplerende værksteder (tillægsopgave 7-9), organisation af dage »i felten« (tillægsopgave 10-13), organisation af supplerende seminarer (tillægsopgave 14-17), vurdering af arbejdet i arbejdsgrupper (tillægsopgave 18-20), organisation af konferencer (tillægsopgave 21), organisation af rejse og logi for deltagerne i tænketankene, værkstederne og seminarerne (tillægsopgave 22), gennemførelsen af opgaver i medlemsstaterne (tillægsopgave 23), oprettelse af en liste over eksperter (tillægsopgave 24), lukning af infopunktet (tillægsopgave 25), oprettelse af infopunktet (tillægsopgave 26) og registrering af alle de relevante projekter med henblik på at oprette en database (tillægsopgave 27).
- 5 I henhold til udbudsbetingelsernes bestemmelser skulle kontraktens tilslagsmodtager endvidere afsætte tilstrækkelig arbejdskraft til, at det personale, der var tilknyttet opgaverne, ud over hovedopgaverne kunne gennemføre de opgaver, der er fastsat ved tillægsopgave 24 og 27, som var planlagt til gennemførelse i løbet af kontraktens første år.

- 6 I medfør af udbudsbetingelsernes punkt 6 blev kontrakten indgået for en periode på seks måneder, der kunne forlænges med maksimalt tolv måneder. Det fastsatte et samlet, maksimalt budget på i alt 2 500 000 EUR pr. år for den samlede gennemførelse af hoved- og tillægsopgaverne, idet det maksimale årlige budget udgjorde 1 400 000 EUR for hovedopgaverne og 1 500 000 EUR for tillægsopgaverne.
- 7 I henhold til udbudsbetingelsernes punkt 7.5 bestod udbudsproceduren for det første af den indledende fase med undersøgelse af buddene på grundlag af udelukkelseskriterierne, efterfulgt af en undersøgelse af buddene på grundlag af udvælgelseskriterierne, for det andet af fasen med vurdering af buddene på grundlag af tildelingskriterierne (kvalitativ vurdering og prisvurdering) og for det tredje af fasen med tildeling af kontrakten på grundlag af kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud. De af Kommissionen anvendte udelukkelses-, udvælgelses- og tildelingskriterier var nævnt i udbudsbetingelsernes punkt 9.
- 8 Kommissionen modtog fem bud, herunder sagsøgerens. Alle tilbudsgivere passede udbudsprocedurens første fase, der bestod i en undersøgelse af buddene på grundlag af udelukkelses- og udvælgelseskriterierne, og nåede den anden fase, der bestod i en vurdering af buddene på grundlag af følgende fire tildelingskriterier:
 - tildelingskriterium nr. 1: tilgang til forbindelsen mellem videnskab og praksis
 - tildelingskriterium nr. 2: tilgang vedrørende gennemførelsen af hoved- og tillægsopgaverne
 - tildelingskriterium nr. 3: praktisk organisation af opgaverne
 - tildelingskriterium nr. 4: forslag vedrørende oprettelse af infopunktet i Bruxelles (Belgien).
- 9 Som led i procedurens anden fase opnåede kun to tilbudsgivere, nemlig sagsøgeren og Vlaamse Landmaatschappij (herefter »VLM«), de point, som udbudsbetingelserne krævede som minimum for tildelingskriterierne. Disse tilbudsgivere nåede således fasen for vurdering af deres priser, hvor sagsøgerens udgjorde 1 320 112,63 EUR, og VLM's udgjorde 2 316 124,83 EUR.
- 10 Det fremgår af mødereferatet fra bedømmelsesudvalgets møde den 20. november 2012, at sagsøgeren blev placeret på førstepladsen, og at bedømmelsesudvalget, eftersom der var tvivl om, hvorvidt selskabets bud var unormalt lavt, konkluderede, at sagsøgeren skulle anmodes om oplysninger om priserne for tillægsopgaverne.
- 11 Ved skrivelse af 22. november 2012 oplyste Kommissionen sagsøgeren om, at bedømmelsesudvalget havde fundet, at de for tillægsopgaverne anførte priser var unormalt lave. Kommissionen anmodede sagsøgeren om detaljerede oplysninger om beregningen af de priser, der var foreslået for tillægsopgave 1-21 og 25, idet den anførte, at sagsøgerens bud kunne afvises, hvis forklaringerne ikke var overbevisende.
- 12 Ved skrivelse af 29. november 2012 besvarede sagsøgeren Kommissionens begæring om oplysninger, idet selskabet forelagde Kommissionen overordnede forklaringer og en liste over de omkostninger, der var lagt til grund for udformningen af dets pristilbud vedrørende tillægsopgaverne.
- 13 Det fremgår af den endelige rapport af 19. december 2012 af vurderingen af sagsøgerens bud, at bedømmelsesudvalget undersøgte selskabets forklaringer og bl.a. fastslog, at der forelå krydsanvendelser af arbejdskraft mellem hovedopgaverne og tillægsopgaverne, som ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Bedømmelsesudvalget ændrede således de point, som sagsøgerens bud var givet for tildelingskriterium nr. 3, der blev nedsat fra 11,8 point til 7 point, for hvilket det krævede minimum var 7,5 point ud af 15. Bedømmelsesudvalget afsluttede således sin evaluering ved dels at bekræfte sin opfattelse vedrørende sagsøgerens buds unormalt lave art, dels ved

at fastslå, at selskabets bud på grundlag af de nye oplysninger, som det havde fremlagt, ikke nåede det ved udbudsbetingelserne krævede mindste antal point for tildelingskriterium nr. 3. Bedømmelsesudvalget anbefalede dermed at tildele kontrakten til VLM.

- 14 Ved skrivelse af 25. marts 2013 meddelte Kommissionen sagsøgeren, at selskabets bud ikke blev valgt, fordi det ikke havde opnået det krævede minimum for tildelingskriterium nr. 3 og var blevet anset for unormalt lavt hvad angår de priser, der var foreslået for at gennemføre visse tillægsopgaver. Samme dag besluttede Kommissionen at tildele kontrakten til VLM.
- 15 Ved skrivelse af 26. marts 2013 anmodede sagsøgeren om at få oplyst navnet på tilslagsmodtageren samt kendetegnene og fordelene ved dennes bud. Kommissionen fremsendte disse oplysninger til selskabet ved skrivelse af 27. marts 2013.
- 16 Ved skrivelse af 29. marts 2013 anmodede sagsøgeren Kommissionen om andre oplysninger vedrørende evalueringen af dets bud. Kommissionen svarede selskabet ved skrivelse af 10. april 2003.
- 17 Ved skrivelse af 12. april 2013 kritiserede sagsøgeren den ordregivende myndighed for ikke at meddele de nødvendige afklaringer vedrørende evalueringen af det første og andet kriterium, for at have ændret sin tekniske vurdering efter at have åbnet det økonomiske bud, for at foretage en ukorrekt vurdering af holdlederens og dennes assistents deltagelse i tillægsopgaverne og for, at konklusionerne vedrørende VLM's bud var urigtige.
- 18 Ved skrivelse sendt til Kommissionen samme dag anmodede sagsøgeren denne om aktindsigt i bedømmelsesudvalgets rapporter og i tilslagsmodtagerens bud i henhold til artikel 6 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (EFT L 145, s. 43).
- 19 Ved en første skrivelse af 29. april 2013 oplyste Kommissionen sagsøgeren om, at bedømmelsesudvalgets rapport ville blive fremsendt til selskabet hurtigt. Ved en anden skrivelse af samme dato besvarede Kommissionen sagsøgerens begæring om aktindsigt ved at tilsende selskabet en delvis kopi af evalueringsrapporten af 20. november 2012, af den endelige evalueringsrapport vedrørende dets bud af 19. december 2012 og af evalueringsrapporten af 6. februar 2013. Kommissionen afviste derimod at tilsende sagsøgeren tilslagsmodtagerens bud, idet den påberåbte sig beskyttelsen af den pågældende virksomheds forretningsmæssige interesser i henhold til artikel 4, stk. 2, første led, i forordning nr. 1049/2001.
- 20 Ved e-mail af 13. maj 2013 genfremsatte sagsøgeren begæringen i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1049/2001. Ved e-mail af 14. maj 2013 bekræftede Kommissionen modtagelsen heraf og oplyste, at der ville blive meddelt svar inden for 15 arbejdsdage.
- 21 Ved skrivelse af 13. maj 2013 bestred sagsøgeren Kommissionens opfattelse, som var udtrykt i den anden skrivelse af 29. april 2013, som selskabet fandt utilstrækkelig. Ved skrivelse af 31. maj 2013 svarede Kommissionen, at sagsøgeren havde alle de oplysninger vedrørende udbudsproceduren, som lå til grund for tilslagsbeslutningen, idet den ligeledes henviste til sin skrivelse af 29. april 2013.
- 22 Hvad angår genfremsættelsen af begæringen om aktindsigt har Kommissionen ved skrivelse af 4. juni 2013 til sagsøgeren anført, at svarfristen blev udskudt til den 26. juni 2013. Den 26. juni 2013 meddelte Kommissionen sagsøgeren, at den ikke kunne besvare genfremsættelsen af begæringen om aktindsigt inden for den ovennævnte frist. Ved e-mail af 4. juli 2013 anmodede sagsøgeren om et svar på sin genfremsættelse af begæringen om aktindsigt, som Kommissionen besvarede den 9. juli 2013, idet den oplyste virksomheden, at den ville få tilsendt et svar i løbet af nogle dage. Ved skrivelse af 17. juli 2013 besvarede Kommissionen sagsøgerens genfremsættelse af begæringen om aktindsigt, idet

den stadfæstede sin tidligere beslutning om at skjule visse oplysninger i evalueringsrapporterne og om ikke at give aktindsigt i tilslagsmodtagerens bud i henhold til artikel 4, stk. 2, første led, i forordning nr. 1049/2001.

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 23 Sagsøgeren har anlagt nærværende sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 25. oktober 2013.
- 24 Ved beslutning truffet af Rettens præsident den 18. november 2013 blev den foreliggende sag tildelt Sjette Afdeling, og den er ved beslutning af 8. januar 2015 blevet tildelt en ny refererende dommer.
- 25 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Sjette Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og som led i de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, der er fastsat i artikel 64 i Rettens procesreglement af 2. maj 1991, opfordret sagsøgeren til at fremlægge et dokument. Sagsøgeren efterkom denne anmodning inden for den fastsatte frist.
- 26 Parterne afgav indlæg og besvarede Rettens mundtlige spørgsmål under retsmødet den 7. juli 2015.
- 27 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Kommissionen pålægges at fremlægge budet fra tilslagsmodtageren af kontrakten.
 - Kommissionen tilpligtes at betale erstatning med tillæg af renter for det tab, der er lidt som følge af fortabelsen af den pågældende kontrakt, som følge af den fortabte mulighed for at indgå den nævnte kontrakt og som følge af omkostningerne til deltagelsen i udbuddet og for det ikke-økonomiske tab, idet beløbene forhøjes for at tage hensyn til pengeforringelsen og med morarenter.
 - Visse bilag indrømmes fortrolig behandling.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 28 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse for så vidt angår erstatningspåstanden, idet den er ubegrundet.
 - Begæringen om bevisoptagelse tages ikke til følge, idet den er ubegrundet.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

Om erstatningspåstanden

- 29 Med nærværende søgsmål har sagsøgeren gjort forskellige ulovligheder gældende, der vedrører proceduren for kontraktindgåelsen, som behæftede beslutningen om at afvise selskabets bud med fejl, og det har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale erstatning med tillæg af renter i henhold til artikel 268 TEUF og 340 TEUF for det tab, der er lidt som følge af fortabelsen af den pågældende kontrakt, som følge af den fortabte mulighed for at indgå den nævnte kontrakt og som følge af omkostningerne til deltagelsen i udbuddet og for det ikke-økonomiske tab.

- 30 Sagsøgeren har nærmere bestemt anført otte tilsidesættelser, som angiveligt er tilstrækkeligt kvalificerede og underbyggede til, at afvisningen af selskabets bud var ulovlig. Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at der er foretaget en urigtig vurdering af dets bud og en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet i forhold til tildelingskriterium nr. 1, for det andet, at der er foretaget en urigtig anvendelse og vurdering med hensyn til dets bud i forhold til tildelingskriterium nr. 2, for det tredje, at der er sket en tilsidesættelse af reglerne for udbudsproceduren i relation til tildelingskriterium nr. 3, for det fjerde, at proportionalitetsprincippet er tilsidesat i forhold til tildelingskriterium nr. 3, for det femte, at princippet om adskillelse af de forskellige stadier i proceduren er tilsidesat, for det sjette, at der er foretaget en urigtig vurdering af budet i forhold til tildelingskriterium nr. 3, for det syvende at der er foretaget en urigtig fortolkning og anvendelse af begrebet unormalt lavt bud, og for det ottende, at ligebehandlingsprincippet er tilsidesat ved anvendelsen af begrebet unormalt lavt bud.
- 31 Det bemærkes, at Den Europæiske Union i medfør af artikel 340, stk. 2, TEUF for så vidt angår ansvar uden for kontraktforhold i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, skal erstatte skader forvoldt af dets institutioner eller af dets ansatte under udøvelsen af deres hverv.
- 32 Ifølge fast retspraksis forudsætter Unionens erstatningsansvar uden for kontraktforhold for retsstridig adfærd udvist af dens organer som omhandlet i den ovennævnte artikel, at tre betingelser er opfyldt, nemlig at den adfærd, der lægges institutionerne til last, har været retsstridig, at der foreligger et virkeligt tab, og at der er en årsagsforbindelse mellem denne adfærd og det påståede tab (dom af 29.9.1982, *Oleifici Mediterranei mod EØF*, 26/81, Sml., EU:C:1982:318, præmis 16, af 9.9.2008, *FIAMM m.fl. mod Rådet og Kommissionen*, C-120/06 P og C-121/06 P, Sml., EU:C:2008:476, præmis 106 og 164-166, af 9.9.2010, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, T-300/07, Sml., EU:T:2010:372, præmis 137, og af 16.10.2014, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, T-297/12, EU:T:2014:888, præmis 28). Hvad endvidere angår betingelsen om ulovlig adfærd kræver retspraksis, at det er godtgjort, at der er sket en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en retsregel, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder. Det afgørende kriterium for, om en tilsidesættelse kan anses for tilstrækkelig kvalificeret, er, om den pågældende EU-institution eller -organ åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsmagninger (jf. i denne retning dom af 4.7.2000, *Bergaderm og Goupil mod Kommissionen*, C-352/98 P, Sml., EU:C:2000:361, præmis 42-44, af 10.12.2002, *Kommissionen mod Camar og Tico*, C-312/00 P, Sml., EU:C:2002:736, præmis 54, og af 17.3.2005, *AFCon Management Consultants m.fl. mod Kommissionen*, T-160/03, Sml., EU:T:2005:107, præmis 93, samt dom *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, EU:T:2014:888, præmis 29).
- 33 Når en af de tre betingelser for, at Unionen ifalder ansvar uden for kontraktforhold, ikke er opfyldt, vil Unionen være at frifinde for så vidt angår erstatningspåstandene, uden at det er nødvendigt at undersøge, om de øvrige to betingelser er opfyldt (jf. i denne retning dom af 15.9.1994, *KYDEP mod Rådet og Kommissionen*, C-146/91, Sml., EU:C:1994:329, præmis 81, og dom *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i præmis 32, EU:T:2014:888, præmis 33).
- 34 Det fremgår endvidere af fast retspraksis, at Kommissionen råder over et betydeligt skøn med hensyn til de faktorer, der skal tages i betragtning ved indgåelse af en offentlig kontrakt efter udbud (dom af 17.12.1998, *Embassy Limousines & Services mod Parlamentet*, T-203/96, Sml., EU:T:1998:302, præmis 56, og af 20.9.2011, *Evropaïki Dynamiki mod EIB*, T-461/08, Sml., EU:T:2011:494, præmis 137). Endvidere har Kommissionen en vid skønsmargen ved vurderingen af såvel indholdet som gennemførelsen af de regler, som finder anvendelse ved indgåelse på egne vegne af en kontrakt efter udbud (jf. i denne retning dom af 14.2.2006, *TEA-CEGOS m.fl. mod Kommissionen*, T-376/05 og T-383/05, Sml., EU:T:2006:47, præmis 50 og 51, dom *Evropaïki Dynamiki mod EIB*, EU:T:2011:494, præmis 137, og dom af 25.10.2012, *Astrim og Elyo Italia mod Kommissionen*, T-216/09, EU:T:2012:574, præmis 17).

- 35 Retten skal i lyset af disse betragtninger undersøge sagsøgerens påstand om erstatning for de tab, selskabet har lidt som følge af den ulovlige afvisning af dets bud. Denne påstand er for det første støttet på ulovligheder vedrørende tildelingskriterium nr. 1 og 2, for det andet på ulovligheder vedrørende anvendelsen af begrebet »unormalt lavt bud« og for det tredje på ulovligheder vedrørende tildelingskriterium nr. 3.

Om påstanden om erstatning forbundet med de to første påståede ulovligheder vedrørende tildelingskriterium nr. 1 og 2

- 36 Hvad angår tildelingskriterium nr. 1 har sagsøgeren gjort gældende, at bedømmelsesudvalget ikke har undersøgt selskabets bud omhyggeligt, og at afvisningsårsagerne er urigtige, at ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat, og i sin replik at begrundelsen for at afvise selskabets bud mangler eller er utilstrækkelig hvad angår spørgsmålet om kommunikationsstrategien. Hvad angår tildelingskriterium nr. 2 vedrørende gennemførelsen af hoved- og tillægsopgaverne har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende, at bedømmelsesudvalgets vurdering er urigtig, og selskabet har i sin replik gjort gældende, at dets rettigheder er blevet tilsidesat, og at begrundelsen vedrørende tildelingskriterium nr. 2 mangler eller er utilstrækkelig.
- 37 Kommissionen har bestridt denne argumentation, uden at den har gjort gældende, at den må afvises, hvilket den har anerkendt under retsmødet.
- 38 Hvad angår de påståede ulovligheder vedrørende tildelingskriterium nr. 1 og 2 skal det i nærværende sag undersøges, om betingelserne for de påståede ulovligheder og for årsagsforbindelsen mellem de nævnte tab og de påberåbte ulovligheder er opfyldt.
- 39 Hvad angår betingelsen om, at der skal foreligge et tab, kan Unionen kun ifalde et ansvar, hvis sagsøgeren rent faktisk har lidt et »faktisk og reelt« tab, hvilket det påhviler sagsøgeren at godtgøre (jf. dom af 14.10.2014, Giordano mod Kommissionen, C-611/12 P, Sml., EU:C:2014:2282, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis, og dom Europaïki Dynamiki mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 32, EU:T:2014:888, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).
- 40 For så vidt angår betingelsen om, at der skal være en årsagsforbindelse mellem den påståede adfærd og det påberåbte tab, følger det af fast retspraksis, at det påståede tab skal følge tilstrækkeligt klart af den påklagede adfærd, idet sidstnævnte skal være den afgørende årsag til tabet, hvilket det påhviler sagsøgeren at godtgøre (jf. dom af 30.1.1992, Finsider m.fl. mod Kommissionen, C-363/88 og C-364/88, Sml., EU:C:1992:44, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis, og Europaïki Dynamiki mod EIB, nævnt ovenfor i præmis 34, EU:T:2011:494, præmis 209 og den deri nævnte retspraksis).
- 41 I nærværende sag har sagsøgeren hvad angår de påståede ulovligheder i forhold til tildelingskriterium nr. 1 og 2 præciseret, at selskabet har påberåbt sig et tab knyttet til den fortabte mulighed for at indgå den pågældende kontrakt samt tabet forbundet med de omkostninger, som selskabet pådrog sig for at deltage i udbudsproceduren.
- 42 Sagsøgeren har gjort gældende, at betingelsen om årsagsforbindelse er opfyldt, eftersom selskabets bud var blevet placeret på førstepladsen, og det skulle være blevet tildelt kontrakten, hvis de anførte ulovligheder ikke var begået.
- 43 Det skal imidlertid fastslås, at afvisningen af sagsøgerens bud blot er støttet på vurderinger i forhold til tildelingskriterium nr. 3 og dets buds unormalt lave karakter. Sagsøgerens bud var nemlig blevet placeret på førstepladsen efter afslutningen af undersøgelsen af buddet ud fra et økonomisk synpunkt. Placeringen som det første i rækkefølgen blev ændret af to årsager, nemlig ændringen af vurderingen af buddet i forhold til tildelingskriterium nr. 3, som blev fundet utilstrækkelig, og kvalificeringen af

buddet som unormalt lavt. Sagsøgeren har i stævningen endvidere anført, at de pågældende tab er en direkte følge af bedømmelsesudvalgets beslutning om at sænke karakteren for tildelingskriterium nr. 3 og at finde buddet unormalt lavt.

- 44 Endvidere har sagsøgeren, hvilket Kommissionen har gjort gældende, aldrig præciseret, hvorledes tildelingen af et højere antal point i forhold til delingskriterium nr. 1 og 2 kunne have en gunstig indflydelse på mulighederne for at få tildelt kontrakten.
- 45 Sagsøgeren har således med urette anført, at selskabet var blevet tildelt kontrakten, hvis der ikke var begået tilsidesættelser og fejl vedrørende tildelingskriterium nr. 1 og 2. Selv om selskabet havde fået flere point for disse tildelingskriterier, ville dette nemlig ikke kunne påvirke vurderingen af dets bud i forhold til tildelingskriterium nr. 3 og dets unormalt lave karakter.
- 46 Det følger heraf, at de påståede ulovligheder vedrørende tildelingskriterium nr. 1 og 2, selv om de forudsættes godtgjort, ikke har direkte årsagsforbindelse med de påståede tab, der vedrører en fortabt mulighed for at indgå kontrakten, og med de omkostninger, som selskabet er ifaldet for at deltage i udbudsproceduren.
- 47 Følgelig skal Kommissionen frifindes for erstatningspåstanden, for så vidt som den er støttet på ulovligheder vedrørende tildelingskriterium nr. 1 og 2.

Om erstatningspåstanden forbundet med de påståede ulovligheder vedrørende begrebet »unormalt lavt bud«

- 48 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at der i nærværende sag er foretaget en urigtig fortolkning og anvendelse af begrebet »unormalt lavt bud«. Selskabet har for det andet gjort gældende, at der er anvendt vilkårlige og ulogiske parametre med henblik på at anvende begrebet »unormalt lavt bud«, ligesom kontradiktionsprincippet og ligebehandlingsprincippet er tilsidesat ved anvendelsen af dette begreb.
- 49 Kommissionen har bestridt denne argumentation.

– Om den angiveligt urigtige fortolkning og anvendelse af begrebet »unormalt lavt bud«

- 50 Sagsøgeren har anfægtet bedømmelsesudvalgets tilgang med henblik på at kvalificere selskabets bud som unormalt lavt. Det er sagsøgerens opfattelse, at denne analyse alene er støttet på vurderingen af omkostningerne til tillægsopgaverne og ikke på buddet samlet set. Selskabet har således gjort gældende, at bedømmelsesudvalget i strid med de gældende principper på området ikke har analyseret virkningen af dette isolerede element vedrørende tillægsopgaverne på buddet som helhed.
- 51 Det skal bemærkes, at det fremgår af artikel 97, stk. 2, i Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 af 25. juni 2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget (EFT L 248, s. 1), med senere ændringer (herefter »finansforordningen«), som fandt anvendelse i nærværende sag i forhold til udbudsproceduren, at kontrakten tildeles på grundlag af et udbud, hvor udbyderen antager det billigste bud, eller på grundlag af et udbud, hvor udbyderen antager det økonomisk mest fordelagtige bud. I nærværende sag bestemte udbudsbetingelserne, at kontrakten skulle tildeles på grundlag af kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige bud.

52 Endvidere bestemmer artikel 139 i Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 2342/2002 af 23. december 2002 om gennemførelsesbestemmelser til finansforordningen (EFT L 357, s. 1), med senere ændringer (herefter »gennemførelsesbestemmelserne«), følgende:

»1. Hvis bud vedrørende en bestemt aftale forekommer at være unormalt lave, skal den ordregivende myndighed, inden den, alene på dette grundlag, afviser sådanne bud, skriftligt anmode om de oplysninger om de pågældende buds sammensætning, som den anser for relevante, og ved en kontradiktorisk procedure kontrollere buddets sammensætning under hensyntagen til de fremsatte begrundelser. [...]

Den ordregivende myndighed kan navnlig tage hensyn til begrundelser vedrørende:

- a) besparelser i forbindelse med produktionsmetoden, den måde, tjenesteydelserne udføres på, eller byggeprocessen
- b) de anvendte tekniske løsninger eller de usædvanligt gunstige betingelser, den bydende arbejder under
- c) buddets originalitet.

[...]«

53 I gennemførelsesbestemmelsernes artikel 146, stk. 4, bestemmes endvidere, at bedømmelsesudvalget i tilfælde af unormalt lave bud udbeder sig nærmere oplysninger om buddets sammensætning.

54 Det fremgår af disse bestemmelser, at begrebet »unormalt lavt bud« hverken er defineret i finansforordningens eller gennemførelsesbestemmelsernes bestemmelser.

55 Det fremgår imidlertid af retspraksis, at et buds unormalt lave karakter skal vurderes i forhold til buddets sammensætning og i forhold til den pågældende ydelse. Domstolen har således præciseret, at den ordregivende myndighed i forbindelse med sin kontrol af, om et bud er unormalt lavt, med henblik på at sikre en sund konkurrence kan tage hensyn til ikke blot de forhold, der er angivet i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 2, men tillige alle de relevante omstændigheder i forhold til den omhandlede ydelse (jf. analogt dom af 18.12.2014, Data Medical Service, C-568/13, Sml., EU:C:2014:2466, præmis 50).

56 I nærværende sag fremgår det af Kommissionens skrivelse af 25. marts 2013 og af bedømmelsesudvalgets endelige rapport, at bedømmelsesudvalget i betragtning af sagsøgerens forklaringer fandt, at omkostningerne ikke var dækket af den pris, der var foreslået for visse tillægsopgaver (bl.a. tillægsopgave 1-6 og 18-20). Bedømmelsesudvalget fremhævede ligeledes, at der forelå manglende sammenhæng angående omkostningerne vedrørende tillægsopgave 14 og 15. Endelig fastslog bedømmelsesudvalget, at der forelå krydsanvendelse af personalet for de væsentligste tillægsopgaver (6-17, 21 og 25). Bedømmelsesudvalget fastslog, at buddet var unormalt lavt vedrørende tillægsopgave 1-16 og 18-20. Det præciserede, at tillægsopgave 1-6 og 18-20 blev foreslået med tab alene på grundlag af arbejdsomkostningerne, og at tillægsopgave 1-16 og 18-20 blev foreslået med tab, hvis der blev taget hensyn til ekstraomkostningerne. Bedømmelsesudvalget tilføjede, at krydsanvendelsen af personalet gjorde buddet uforeneligt med kravene i udbudsbetingelserne om mindst ti »fuldtidsansatte«.

57 Det er således korrekt, at de fremhævede uregelmæssigheder, som fik bedømmelsesudvalget til at fastslå, at sagsøgerens bud var unormalt lavt, nærmere bestemt vedrører bestemte tillægsopgaver.

- 58 Tillægsopgavernes økonomiske og finansielle betydning i forhold til hovedopgaverne fremgår imidlertid klart af oplysningerne i sagsakterne. Navnlig fastsatte udbudsbetingelserne i alt 36 opgaver, hvoraf de 27 udgjorde tillægsopgaver. Endvidere fastsatte udbudsbetingelserne et lidt større budget for tillægsopgaverne (1 500 000 EUR) end det for hovedopgaverne fastsatte (1 400 000 EUR). Der er således ingen tvivl om tillægsopgavernes betydning for hele den pågældende kontrakt.
- 59 19 af de fastsatte 27 tillægsopgaver var berørt af de unormale forhold, som bedømmelsesudvalget fremhævede.
- 60 Følgelig vedrørte de fremhævede uregelmæssigheder, selv om de vedrørte tillægsopgaverne, på ingen måde et mindre væsentligt, ubetydeligt eller isoleret forhold ved buddet, og de kunne således medføre, at den samlede tilbudte pris – og dermed buddet som helhed – blev usammenhængende.
- 61 Endvidere betyder den omstændighed, at de fremhævede uregelmæssigheder kun vedrørte tillægsopgaverne, ikke, at buddet ikke er blevet vurderet som helhed. I denne forbindelse var det nemlig den samlede pris for sagsøgerens bud, der blev fundet unormalt lav, herunder i forhold til den af Kommissionen forventede pris for hele kontrakten og i forhold til den af tilslagsmodtageren foreslåede pris.
- 62 Det følger heraf, at bedømmelsesudvalget foretog sin vurdering i forhold til buddets sammensætning og til den pågældende ydelse, idet det tog hensyn til de relevante bestanddele i forhold til den nævnte ydelse. Følgelig skal sagsøgerens klagepunkt om, at bedømmelsesudvalget i strid med de gældende principper på området fastslog, at buddet var unormalt lav, forkastes.
- Om den vilkårlige og ulogiske karakter af de parametre, der er anvendt med henblik på at anvende begrebet »unormalt lavt bud«, og om tilsidesættelsen af kontradiktionsprincippet og ligebehandlingsprincippet
- 63 For det første har sagsøgeren gjort gældende, at de parametre, der blev anvendt for at vurdere, om selskabets bud var unormalt lavt, var uegnede, vilkårlige og uberettigede. Særligt var enheden for omkostninger, der blev anvendt til at beregne omkostningerne til eksperter, subjektiv og tog hverken hensyn til, at sagsøgeren kunne forhandle lavere satser med eksperterne, eller til selskabets organisatoriske og kommercielle evner.
- 64 Det bemærkes, at sagsøgerens bud, som det fremgår af forklaringerne i bilaget til bedømmelsesrapporten af 20. november 2012, indebar en samlet pris, der var 850 000 EUR lavere end den pris, som bedømmelsesudvalget anså som minimumspris for tillægsopgaverne, hvorimod den pris, der var foreslået for tillægsopgaverne, var tæt på den i udbuddet fastsatte maksimumpris. Ved skrivelse af 22. november 2012 anmodede Kommissionen således sagsøgeren om detaljerede oplysninger om beregningen af de priser, der var foreslået for bestemte tillægsopgaver, og præciserede, at sagsøgerens bud kunne afvises, hvis forklaringerne ikke var overbevisende.
- 65 Sagsøgeren har i sit svar af 29. november 2012 fremsat nogle overordnede betragtninger og konkrete forklaringer vedrørende de pågældende tillægsopgaver. Selskabet har som led i de overordnede betragtninger bl.a. omtalt den omstændighed, at det inden for rammerne af flere projekter udførte tjenesteydelser, som lignede dem, der var omfattet af tillægsopgaverne, og at det var bedst stillet til at forhandle konkurrencedygtige priser med leverandørerne.
- 66 Det skal imidlertid bemærkes, at sagsøgerens argumenter ikke er underbygget, og at selskabet ikke har givet præcise oplysninger om bl.a. de rabatter, som det har været begunstiget af som led i de pågældende opgaver. Hvis de organisatoriske og kommercielle evner var væsentlige forhold hvad

angår påvirkningen af omkostningerne til dets ydelser, skulle disse forhold have været fremhævet på klar og begrundet vis som led i selskabets oprindelige bud eller i hvert fald som led i dets svar af 29. november 2012. Det skal fastslås, at det ikke er tilfældet.

- 67 Endvidere har sagsøgeren i sin skrivelse af 12. april 2013 anfægtet enheden for omkostninger, der blev anvendt til at beregne vederlag til eksperter, idet selskabet kunne have forhandlet lavere vederlag. Det har anført, at aftalerne med disse eksperter kunne fremlægges. Det skal imidlertid fastslås, at selskabet ikke har fremlagt dem, og at det heller ikke har underbygget sine argumenter. Sagsøgeren har ligeledes påberåbt sig sine organisatoriske og kommercielle evner, men har ikke fremlagt konkrete oplysninger i denne forbindelse.
- 68 Endelig skal sagsøgerens argument om, at enheden for omkostninger, der blev anvendt til at beregne omkostningerne til eksperter, var et subjektivt parameter, forkastes. Sagsøgeren har således ikke fremlagt nogen taloplysninger i denne henseende. Endvidere tilsigter det forhold, at selskabet har påberåbt sig bestemte omstændigheder, og navnlig forhandlinger af satser med eksperter af samme kategori som eksperter for hovedopgaverne, at støtte, at disse omkostninger, som Kommissionen har fastslået, var lavere end gennemsnittet, uden at der imidlertid er fremlagt præcise begrundelser.
- 69 Følgelig skal sagsøgerens argumentation, hvorved selskabet har anfægtet de parametre, der blev anvendt for at vurdere, om selskabets bud var unormalt lavt, forkastes.
- 70 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen i overensstemmelse med kontradiktionsprincippet skulle have givet selskabet mulighed for senere at begrunde de omkostninger og satser, der blev fundet overdrevent lave. Selskabet har gjort gældende, at skrivelsen af 22. november 2012 blot spurgte om den prisberegningsmetode, der var indeholdt i budet, og ikke om værdien af de bestanddele, der var taget i betragtning.
- 71 Det fremgår af gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, og artikel 146, stk. 4, at den ordregivende myndighed ved kontrollen af, om et bud er unormalt lavt, er undergivet en forpligtelse til at anmode tilbudsgiveren om at fremlægge de fornødne bevisligheder for at godtgøre, at dennes tilbud er seriøst (jf. i denne retning og analogt dom af 27.11.2001, Lombardini og Mantovani, C-285/99 og C-286/99, Sml., EU:C:2001:640, præmis 46 og 51, af 29.3.2012, SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, Sml., EU:C:2012:191, præmis 28, samt dom Data Medical Service, nævnt ovenfor i præmis 55, EU:C:2014:2466, præmis 47). Det er et grundlæggende krav inden for indgåelse af offentlige kontrakter, at der på et hensigtsmæssigt tidspunkt i proceduren for kontrol af buddene finder en faktisk drøftelse sted mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiveren, for at sidstnævnte kan godtgøre, at der er tale om et seriøst bud, med henblik på at undgå vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side og for at sikre en sund konkurrence mellem virksomhederne (jf. i denne retning og analogt domme Lombardini og Mantovani, EU:C:2001:640, præmis 57, og Data Medical Service, nævnt ovenfor i præmis 55, EU:C:2014:2466, præmis 48, samt dom af 21.5.2008, Belfass mod Rådet, T-495/04, Sml., EU:T:2008:160, præmis 97 og 98).
- 72 I nærværende sag oplyste Kommissionen ved skrivelse af 22. november 2012 sagsøgeren om, at bedømmelsesudvalget havde fundet, at de for visse af tillægsopgaverne anførte priser var unormalt lave. Kommissionen anmodede sagsøgeren om detaljerede oplysninger om beregningen af de priser, der var tilbudt for tillægsopgave 1-21 og 25, idet den anførte, at sagsøgerens bud kunne afvises, hvis forklaringerne ikke var overbevisende.
- 73 Ved skrivelse af 29. november 2012 besvarede sagsøgeren Kommissionens begæring om oplysninger, idet selskabet forelagde Kommissionen overordnede forklaringer og en liste over de omkostninger, der var lagt til grund for udformningen af dets pristilbud vedrørende alle tillægsopgaverne.
- 74 Den 19. december 2012 fastslog bedømmelsesudvalget, henset til de nye oplysninger, som sagsøgeren havde fremlagt, bl.a., at selskabets bud var unormalt lavt, og anbefalede at tildele kontrakten til VLM.

- 75 Ved skrivelse af 25. marts 2013 meddelte Kommissionen sagsøgeren, at selskabets bud ikke blev valgt, fordi det ikke havde opnået det krævede minimum for tildelingskriterium nr. 3, og at budet var blevet anset for unormalt lavt hvad angår de priser, der var foreslået for at gennemføre visse tillægsopgaver.
- 76 Det følger af det ovenstående, at kontradiktionsproceduren er overholdt i nærværende sag, og at sagsøgeren har haft mulighed for at begrunde sine omkostninger og satser, som blev anset for overdrevent lave.
- 77 Sagsøgerens argument om, at skrivelsen af 22. november 2012 blot spurgte om den prisberegningsmetode, der var indeholdt i budet, og ikke om værdien af de forhold, der var taget i betragtning, skal forkastes. Kommissionen anmodede således sagsøgeren om detaljerede oplysninger om beregningen af de priser, der blev foreslået for tillægsopgave 1-21 og 25, og oplyste selskabet om, at dets bud kunne afvises, hvis forklaringerne ikke var overbevisende. Bestanddelene i prisberegningen omfattede således nødvendigvis alle de bestanddele, der bidrog til at danne de priser, der blev foreslået i budet, herunder ikke alene beregningsmetoden, men ligeledes værdien af de bestanddele, der var taget hensyn til. I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, har Kommissionen således ikke udelukkende spurgt om metoden til beregningen af den pris, der er indeholdt i budet.
- 78 I betragtning af det ovenstående skal sagsøgerens argumentation om tilsidesættelsen af kontradiktionsprincippet forkastes.
- 79 For det tredje har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen på grundlag af de samme parametre skulle have efterprøvet, om VLM's bud var unormalt lavt, hvilket ville have ført den til tilsvarende konklusioner hvad angår hovedopgaverne. Selskabet har således påberåbt sig en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Det har fremlagt en simulering, hvoraf fremgår, at de værdier, som bedømmelsesudvalget har anvendt på selskabets bud, var for høje, og at bedømmelsesudvalgets konklusioner således var urigtige, hvilket bekræfter, at den påståede forskelsbehandling er foretaget.
- 80 Det skal bemærkes, at princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, der har til formål at begunstige udviklingen af en sund og effektiv konkurrence mellem virksomhederne, der deltager i en procedure vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt, kræver, at samtlige tilbudsgivere gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle konkurrenterne (dom af 29.4.2004, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Sml., EU:C:2004:236, præmis 110). Tilbudsgiverne skal således behandles lige, både når de udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene (jf. i denne retning, dom af 17.2.2011, Kommissionen mod Cypern, C-251/09, EU:C:2011:84, præmis 39, og af 16.9.2013, Spanien mod Kommissionen, T-402/06, Sml., EU:T:2013:445, præmis 66).
- 81 I nærværende sag skal det bemærkes, at det samlede, maksimale budget for den pågældende kontrakt var på 2 500 000 EUR. Sagsøgeren havde afgivet et bud med en samlet pris på 1 320 112,63 EUR, mens VLM som tilslagsmodtager havde afgivet et samlet bud for et beløb på 2 316 124,83 EUR.
- 82 Som Kommissionen fremhævede, var VLM's økonomiske bud, beregnet på grundlag af den i udbudsbetingelsernes punkt 9.3.2 fastsatte formel vedrørende priskriteriet, således en anelse lavere end loftet for det budget, der var fastsat i disse udbudsbetingelser for gennemførelsen af kontrakten, og næsten 1 mio. EUR højere end sagsøgerens bud. Det følger heraf, at VLM i modsætning til sagsøgeren ikke forekom at være i en situation med et unormalt lavt bud i betragtning af selskabets samlede budget, der var fastsat for den pågældende kontrakt.
- 83 Eftersom de ikke befandt sig i den samme situation, kunne Kommissionen uden at tilsidesætte ligebehandlingsprincippet beslutte at kontrollere, om sagsøgerens bud var unormalt lavt, uden at den anvendte den samme behandling for VLM.
- 84 Under disse omstændigheder er den af sagsøgeren fremlagte simulation uden relevans.

85 Heraf følger, at klagepunktet vedrørende tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet skal forkastes.

86 Det følger af det ovenstående, at alle sagsøgerens klagepunkter, hvorved det tilsigtes at godtgøre, at der findes en ulovlighed vedrørende vurderingen af selskabets buds unormalt lave karakter, skal forkastes. Selskabets påstand om erstatning skal således forkastes, uden at der er grundlag for at undersøge betingelserne om, at der skal være et tab, og om årsagsforbindelse.

Om erstatningspåstanden forbundet med de påståede ulovligheder vedrørende tildelingskriterium nr. 3

87 Hvad angår Kommissionens vurdering vedrørende tildelingskriterium nr. 3 har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende, at der i nærværende sag er foretaget en sammenblanding af udvælgelseskriterierne og tildelingskriterierne, og har i denne forbindelse for det første gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af reglerne for udbudsproceduren, for det andet, at proportionalitetsprincippet er tilsidesat, og for det tredje, at princippet om adskillelse af de forskellige stadier i proceduren er tilsidesat. Selskabet har endelig gjort gældende, at dets bud er vurderet urigtigt.

88 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet har lidt fire former for tab, nemlig tabet forbundet med at have fortabt den pågældende kontrakt og subsidiært tabet knyttet til den fortabte mulighed for at indgå den pågældende kontrakt. Selskabet har ligeledes påberåbt sig tabet forbundet med de omkostninger, som det afholdt for at deltage i udbudsproceduren, og et ikke-økonomisk tab.

89 I nærværende sag undersøges først, om betingelserne for, at de påberåbte tab foreligger, og for, at der er en årsagsforbindelse mellem den påberåbte ulovlige adfærd og de nævnte tab, er opfyldt.

90 Hvad angår tabet forbundet med at have fortabt den pågældende kontrakt, der er påberåbt principalt, har sagsøgeren for det første gjort gældende, at det svarede til den bruttoindtjening, som selskabet med urette er frataget. Dette tab svarer således i det væsentlige til selskabets tabte fortjeneste.

91 Det bemærkes, at det fremgår af retspraksis, at et søgsmål, til støtte for hvilket der er påberåbt et tab, der følger af tabt fortjeneste, skal forkastes, idet der ikke er tale om et allerede opstået og aktuelt, men om et fremtidigt og hypotetisk tab (jf. i denne retning dom af 29.10.1998, TEAM mod Kommissionen, T-13/96, Sml., EU:T:1998:254, præmis 76, dom AFCon Management Consultants m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 32, EU:T:2005:107, præmis 113 og 114, og dom af 8.12.2011, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, T-39/08, EU:T:2011:721, præmis 47).

92 Betingelsen om, at der skal være lidt et tab, kræver, at det tab, som påstås erstattet, er faktisk og reelt, hvilket det påhviler sagsøgeren at godtgøre (jf. dom Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 91, EU:T:2011:721, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

93 Det fremgår af finansforordningens artikel 101, at den ordregivende myndighed, så længe en kontrakt ikke er underskrevet, enten kan undlade at indgå kontrakten eller annullere den pågældende udbudsprocedure, uden at ansøgerne eller tilbudsgiverne kan gøre krav på nogen form for godtgørelse.

94 Selv om det antages, at bedømmelsesudvalget foreslog at tildele kontrakten til sagsøgeren, var den ordregivende myndighed ikke bundet af bedømmelsesudvalgets forslag, men har et vidtgående skøn med hensyn til, hvilke omstændigheder der skal tages i betragtning ved afgørelsen om tildeling af kontrakten (jf. i denne retning domme TEAM mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 91, EU:T:1998:254, præmis 76, AFCon Management Consultants m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 32, EU:T:2005:107, præmis 113 og 114, og Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 91, EU:T:2011:721, præmis 47).

- 95 Selv om det antages, at sagsøgerens bud skulle have været placeret på førstepladsen, og at sagsøgeren således burde have været tildelt kontrakten, forpligter dette ikke Kommissionen til at underskrive aftalen med sagsøgeren. Der er således intet princip eller nogen regler, der finder anvendelse på Kommissionens udbudsprocedurer, som pålægger Kommissionen at indgå aftalen vedrørende kontrakten med den person, der er udpeget som kontraktmodtager efter udbudsproceduren (jf. i denne retning dom *Evropaiki Dynamiki mod EIB*, nævnt ovenfor i præmis 34, EU:T:2011:494, præmis 211).
- 96 Følgelig er det tab, som svarer til sagsøgerens tabte fortjeneste, og som er forbundet med fortabelsen af den pågældende kontrakt, ikke et faktisk og reelt tab, men et hypotetisk tab. Det kan således ikke gøres til genstand for erstatning.
- 97 Sagsøgerens argumenter om at ændre retspraksis om, at den ordregivende myndighed ikke var forpligtet til at underskrive kontrakten med den tilbudsgiver, der var placeret på førstepladsen ved afslutningen af udbudsproceduren, rejser ikke tvivl om denne konklusion.
- 98 Sagsøgeren har således gjort gældende, at den ordregivende myndighed, såfremt den vælger at indgå kontrakten, ikke frit kan tildele den til andre tilbudsgivere, som ikke lovmæssigt har vundet udbuddet. En sådan konstatering er imidlertid ikke i strid med den omstændighed, at den ordregivende myndighed frit kan beslutte, om den vil indgå kontrakten eller ej, og således afstå fra at indgå den, hvorfor tabet forårsaget af en tabt fortjeneste aldrig er aktuelt. Endvidere sondres i retspraksis ikke mellem, om kontrakten er blevet tildelt eller ej. Et tab forbundet med tabt fortjeneste, dvs. det tab, der svarer til den fortjeneste, som ikke har kunnet opnås som følge af gennemførelsen af kontrakten, forudsætter nemlig en vished om at opnå kontrakten. I betragtning af den skønsmargen, som den ordregivende myndighed har i medfør af finansforordningens artikel 101, er et sådant tab aldrig reelt.
- 99 I modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, giver denne retspraksis ikke den ordregivende myndighed mulighed for at opnå en fortjeneste af en tilsidesættelse af reglerne, som den selv har gjort sig skyldig i, uden at den skal betale erstatning for det tab, der følger heraf, eftersom andet tab skal erstattes, hvis det er faktisk og reelt. Dette gælder bl.a. for tab forbundet med en fortabt mulighed eller tab forbundet med de byrder og omkostninger, som en tilbudsgiver har pådraget sig for at deltage i et udbud, såfremt en tilsidesættelse af EU-retten har påvirket dennes mulighed for at få tildelt kontrakten. Præmis 80-82 i dom af 30. april 2009, *CAS Succhi di Frutta mod Kommissionen* (C-497/06 P, EU:C:2009:273), som sagsøgeren har omtalt, vedrørte netop tab forbundet med en fortabt mulighed eller tab forbundet med de byrder og omkostninger, som en tilbudsgiver har pådraget sig for at deltage i et udbud, og ikke tabt fortjeneste.
- 100 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at det følger af denne retspraksis, at den forbigåede tilbudsgiver, som er hindret i beskyttelse gennem retsbevarende foranstaltninger, fordi retspraksis om foreløbige foranstaltninger er meget streng, ligeledes fratages beskyttelse hvad angår retten til genoprettelse. Her bemærkes imidlertid endvidere, at sagsøgeren, i modsætning til, hvad selskabet har gjort gældende, som følge af affattelsen af finansforordningens artikel 101 ikke har mistet en kontrakt, men en mulighed for at opnå den kontrakt, der var genstand for den fællesskabsretlige udbudsprocedure (kendelse af 20.7.2006, *Globe mod Kommissionen*, T-114/06 R, Sml., EU:T:2006:221, præmis 116).
- 101 Følgelig skal sagsøgerens argumenter, hvorved anfægtes gældende retspraksis om, at et tab, der svarer til sagsøgerens tabte fortjeneste, ikke kan påberåbes, forkastes.
- 102 Hvad angår betingelsen om årsagsforbindelse skal det endvidere bemærkes, at sagsøgerens bud, som det fremgår af Kommissionens skrivelse af 25. marts 2013, blev afvist, dels fordi de tildelte point for tildelingskriterium nr. 3 var lavere end det krævede minimum, dels fordi det var blevet anset som

unormalt lavt. Den ordregivende myndighed har i øvrigt uden at handle ulovligt fundet, at sagsøgerens bud var unormalt lavt (jf. præmis 50-86 ovenfor). Sagsøgeren havde som følge af denne unormalt lave karakter således ingen mulighed for at opnå kontrakten.

- 103 Det tab, der er støttet på fortabelsen af kontrakten, er, såfremt det forudsættes for at udgøre et faktisk og reelt tab, således resultatet af, at sagsøgerens bud blev afvist.
- 104 Eftersom afvisningen var berettiget, følger det heraf, at sagsøgerens bud, selv om afvisningen heraf, der var støttet på vurderingen af tildelingskriterium nr. 3, var behæftet med en ulovlighed, ikke var mindre unormalt lavt og således var blevet afvist med føje.
- 105 Der kan således ikke godtgøres en årsagsforbindelse mellem en eventuel tilsidesættelse, der blev begået ved vurderingen af buddet i forhold til tildelingskriterium nr. 3, og det af sagsøgerens påberåbte tab, der svarer til fortabelsen af kontrakten.
- 106 Følgelig skal Kommissionen frifindes for den erstatningspåstand, som tilsigter genoprettelse for det af sagsøgeren påberåbte tab, og som svarer til den bruttofortjeneste, som selskabet med urette blev frataget som følge af fortabelsen af selve kontrakten.
- 107 I betragtning af det ovenstående er der ikke grundlag for at tage stilling til begæringen om fortrolig behandling af de dokumenter, der er fremlagt som bilag til stævningen med henblik på at vurdere tabet forbundet med fortabelsen af kontrakten.
- 108 For det andet skal det, hvad angår tabet knyttet til den fortabte mulighed for at indgå den pågældende kontrakt, fastslås, at sagsøgerens påstand heller ikke kan tages til følge.
- 109 I betragtning af argumentationen ovenfor i præmis 102-105 forekommer det, at tabet støttet på den fortabte mulighed for at indgå kontrakten ligeledes er et resultat af afvisningen af sagsøgerens bud som følge af, at det var unormalt lavt.
- 110 Det følger heraf, at sagsøgerens bud, selv om afvisningen heraf på grundlag af vurderingen af tildelingskriterium nr. 3 var ulovlig, ikke desto mindre fortsat var unormalt lavt, og at sagsøgeren under alle omstændigheder ikke kan påberåbe sig et tab knyttet til en fortabt mulighed for at indgå den omhandlede kontrakt (jf. i denne retning, dom af 23.11.2011, bpost mod Kommissionen, T-514/09, EU:T:2011:689, præmis 171 in fine).
- 111 Det er følgelig heller ikke muligt at konstatere en årsagsforbindelse mellem på den ene side en eventuel ulovlighed, der blev begået ved vurderingen af buddet i forhold til tildelingskriterium nr. 3, og på den anden side det tab, som sagsøgeren har påberåbt sig, der følger af den fortabte mulighed for at indgå kontrakten.
- 112 For det tredje skal det hvad angår det påståede tab som følge af de omkostninger, der er pådraget som led i deltagelsen i udbudsproceduren, bemærkes, at de erhvervsdrivende skal bære de iboende risici i deres aktiviteter i betragtning af de særlige omstændigheder i hvert enkelt tilfælde. I forbindelse med en udbudsprocedure omfatter sådanne økonomiske risici bl.a. omkostningerne ved udarbejdelse af buddet. De herved afholdte omkostninger påhviler således fortsat den virksomhed, der har besluttet at deltage i proceduren, eftersom muligheden for at deltage i en procedure for tildeling af en kontrakt ikke indebærer en sikkerhed for at hjemtage den heraf følgende tildeling (dom CAS Succhi di Frutta mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 99, EU:C:2009:273, præmis 79). Finansforordningens artikel 101 bestemmer i denne forbindelse, at Kommissionen frit kan beslutte ikke at tildele kontrakten. Følgelig var selv den tilbudsgiver, der fremsatte det økonomisk mest fordelagtige bud, ikke sikker på at indgå kontrakten.

- 113 Heraf følger, at de udgifter og omkostninger, en tilbudsgiver har afholdt for at deltage i et udbud, ikke kan betragtes som et tab, der kan erstattes ved indrømmelse af erstatning med renter (domme CAS Succhi di Frutta mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 99, EU:C:2009:273, præmis 81, TEAM mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 91, EU:T:1998:254, præmis 71, og Embassy Limousines & Services mod Parlamentet, nævnt ovenfor i præmis 34, EU:T:1998:302, præmis 97).
- 114 Det følger ligeledes af retspraksis, at dette princip ikke, uden risiko for at gøre indgreb i retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, kan finde anvendelse i tilfælde, hvor en tilsidesættelse af EU-retten under gennemførelsen af udbudsproceduren har påvirket en tilbudsgivers chancer for at få tildelt kontrakten (domme CAS Succhi di Frutta mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 99, EU:C:2009:273, præmis 82, TEAM mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 91, EU:T:1998:254, præmis 72, og AFCon Management Consultants m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 32, EU:T:2005:107, præmis 98).
- 115 Dette er derimod ikke tilfældet i nærværende sag. Eftersom Kommissionens vurdering, hvorved sagsøgerens bud fandtes unormalt lavt, ikke er behæftet med en ulovlighed (jf. præmis 86 ovenfor), skal det således fastslås, at sagsøgeren ikke med føje kunne påberåbe sig en fortabt mulighed for at få tildelt kontrakten, uden at der er behov for senere at undersøge de klagepunkter, som selskabet har fremsat hvad angår vurderingen af dets bud vedrørende tildelingskriterium nr. 3 (jf. præmis 109-111 ovenfor).
- 116 Eftersom gennemførelsen af udbudsproceduren i nærværende sag ikke har påvirket sagsøgerens muligheder for at få tildelt den pågældende kontrakt, gælder princippet om, at de udgifter og omkostninger, en tilbudsgiver har afholdt for at deltage i et udbud, ikke kan betragtes som et tab, der kan erstattes ved indrømmelse af erstatning med tillæg af renter.
- 117 Det skal endvidere heraf udledes, at det heller ikke kan fastslås, at der er en årsagsforbindelse mellem en eventuel ulovlighed, som blev begået ved vurderingen af budet i forhold til tildelingskriterium nr. 3, og det tab, som sagsøgeren har påberåbt sig, der følger af de udgifter og omkostninger, som selskabet har afholdt ved sin deltagelse i udbuddet.
- 118 Det følger heraf, at Kommissionen skal frifindes for sagsøgerens påstand om erstatning for selskabets omkostninger, som det har afholdt som led i udbudsproceduren.
- 119 I betragtning af det ovenstående er der ikke grundlag for at tage stilling til begæringen om fortrolig behandling af de dokumenter, der er fremlagt som bilag til stævningen med henblik på at vurdere tabet forbundet med omkostningerne til deltagelse i udbuddet.
- 120 For det fjerde har sagsøgeren påberåbt sig et urimeligt pres på virksomheden og det personale, der var indblandet i udbudsproceduren, og har nedlagt påstand om erstatning for ikke-økonomisk tab, som selskabet har opgjort til 5 000 EUR.
- 121 Sagsøgeren har imidlertid blot påberåbt sig et urimeligt tab, som i sig selv er knyttet til skuffelsen over en urimelig udelukkelse, uden at selskabet har godtgjort, at det har lidt et faktisk og reelt tab, og uden at det har fremlagt nogen form for oplysninger, der kan godtgøre, at der findes et sådant tab i gældende retspraksis' forstand (jf. i denne retning dom af 14.10.2014, Giordano mod Kommissionen, C-611/12 P, Sml., EU:C:2014:2282, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis, og dom Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 32, EU:T:2014:888, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).
- 122 Sagsøgerens argument om, at det ikke var nødvendigt at fastlægge beviset for det lidte ikke-økonomiske tab, som bl.a. er støttet på dom Embassy Limousines & Services mod Parlamentet, nævnt ovenfor i præmis 34 (EU:T:1998:302), skal forkastes. I denne sag tog Retten nemlig hensyn til, at det fremgik af sagsakterne, at den ordregivende myndighed havde placeret sagsøgeren i en situation

præget af usikkerhed og tvunget sagsøgeren til at træffe overflødige foranstaltninger med henblik på at afhjælpe en nødsituation for at gennemføre kontrakten. Dette er på ingen måde tilfældet i nærværende sag. Kommissionens skrivelse af 22. november 2012 advarede tværtimod klart sagsøgeren om, at selskabets bud kunne afvises, hvis forklaringerne afgivet vedrørende dette bud ikke var overbevisende.

- 123 Det følger heraf, at beviset for, at det ikke-økonomiske tab er reelt, ikke er ført i nærværende sag, og at Kommissionen ligeledes skal frindes for påstanden støttet på dette tab.
- 124 Endvidere er det påståede ikke-økonomiske tab i nærværende sag forbundet med afvisningen af sagsøgerens bud, for hvilken det er godtgjort, at den var berettiget i betragtning af buddets unormalt lave karakter (jf. præmis 86 ovenfor). Det følger heraf, at der ikke kan godtgøres en årsagsforbindelse mellem en eventuel ulovlighed, der blev begået ved vurderingen af buddet i forhold til tildelingskriterium nr. 3, og det ikke-økonomiske tab, som sagsøgeren har påberåbt sig.
- 125 Det følger af det ovenstående, at det, uden at det er nødvendigt at undersøge, om betingelsen vedrørende eksistensen af de ulovligheder, som sagsøgeren har påberåbt sig vedrørende vurderingen af selskabets bud i forhold til tildelingskriterium nr. 3, er opfyldt, skal fastslås, at de to andre betingelser om dels eksistensen af et tab, dels en årsagsforbindelse mellem den eventuelt ulovlige adfærd og de af sagsøgeren påståede tab ikke er opfyldt.
- 126 Følgelig skal Kommissionen frindes for erstatningspåstanden, for så vidt som den er støttet på ulovligheder vedrørende vurderingen af sagsøgerens bud i forhold til tildelingskriterium nr. 3, og dermed for erstatningspåstanden i sin helhed.

Om begæringen om bevisoptagelse

- 127 Sagsøgeren har nedlagt påstand om, at Kommissionen pålægges at fremlægge VLM's bud, kontraktens tilslagsmodtager, med henblik på at efterprøve, om klagepunktet om forskelsbehandling vedrørende selskabets buds unormalt lave karakter var velbegrundet. Sagsøgeren har endvidere anført, at Kommissionens afgørelse, der blev truffet i henhold til forordning nr. 1049/2001, ikke kan foregribe Rettens beføjelser til bevisoptagelse.
- 128 Kommissionen har modsat sig denne begæring.
- 129 Det følger af alle de ovenstående betragtninger, at Kommissionen skal frindes i det hele, uden at sagsøgerens begæringer om bevisoptagelse og om at få en kopi af VLM's bud skal tiltrædes.

Sagens omkostninger

- 130 I henhold til artikel 134, stk. 1, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 131 Sagsøgeren har tabt sagen og pålægges derfor at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser
udtaler og bestemmer

RET TEN (Sjette Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frindes.

2) Agriconsulting Europe SA bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger.

Frimodt Nielsen

Dehousse

Collins

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. januar 2016.

Underskrifter