RETTENS DOM (Femte Afdeling)

17. marts 2005 *

I sag T-160/03,

AFCon Management Consultants, Bray (Irland),

Patrick Mc Mullin, Bray,

Seamus O'Grady, Bray,

ved solicitor B. O'Connor og avocat I. Carreño,

sagsøgere,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved J. Enegren og F. Hoffmeister, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om erstatning af det tab, som sagsøgerne hævder at have lidt som følge af uregelmæssigheder i forbindelse med proceduren for udbud af et projekt finansieret under Tacis-programmet (»Projekt FDRUS 9902 — Agricultural extension services in South Russia«),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Lindh, og dommerne R. García-Valdecasas og J.D. Cooke,

justitssekretær: ekspeditionssekretær D. Christensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 6. juli 2004,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

1 AFCon Management Consultants (herefter »AFCon«) er en rådgivende konsulentvirksomhed med speciale inden for landbrugsområdet i lande med overgangsøkonomi. P. Mc Mullin og S. O'Grady (herefter under ét »sagsøgerne«) er direktører for, aktionærer i og stiftere af virksomheden.

2 Den 28. maj 1999 offentliggjorde Kommissionen et begrænset udbud inden for rammerne af Tacis-programmet for en tjenesteydelseskontrakt vedrørende teknisk bistand, som var benævnt »Agricutural extension services in South Russia« (landbrugskonsulenttjenester i det sydlige Rusland), og som havde referencen FDRUS 9902 (herefter »den omhandlede kontrakt«).

3 Bedømmelsesudvalget udarbejdede den 29. juli 1999 en begrænset liste over de ti virksomheder, der efterfølgende blev opfordret til at afgive et bud, blandt de 21 virksomheder, der havde givet udtryk for deres interesse for dette udbud.

4 Den 16. og 17. december 1999 mødtes Bedømmelsesudvalget med henblik på at bedømme de otte modtagne bud (herefter »den første bedømmelse«). Udvalget fandt, at buddet fra et konsortium bestående af GFA — Gesellschaft für Agrarprojekte mbH (GFA-Agrar) og Stoas Agri-project Foundation (Stoas) var det bedste, og at AFCons bud var det næstbedste.

5 Kommissionen har efterfølgende konstateret en interessekonflikt, som involverede et af Bedømmelsesudvalgets medlemmer og konsortiet bestående af GFA-Agrar og Stoas (GFA). Dette medlem, A, var nemlig ansat af Agriment International BV, som er et af Stoas' datterselskaber. Kommissionen bragte samarbejdet med A til ophør og oplyste denne om, at den ikke længere ville gøre brug af hans tjenester.

6 På grund af denne interessekonflikt har Kommissionen den 3. marts 2000 besluttet at annullere den første bedømmelse og overlade det til et udvalg af nye medlemmer at foranstalte en ny bedømmelse. Kommissionen oplyste de bydende om denne beslutning ved skrivelse af 28. marts 2000.

7 Den 15. og 16. maj 2000 foretog Bedømmelsesudvalget en ny bedømmelse af buddene (herefter »den anden bedømmelse«). I forbindelse med denne bedømmelse blev GFA's bud anset for det bedste. GFA's tekniske bud opnåede en score på 72,69% (en tredjeplads). GFA's økonomiske bud var på 2 131 870 EUR (førstepladsen). AFCons bud opnåede en andenplads med et teknisk bud med en score på 75,32% (førstepladsen) og et økonomisk bud på 2 499 750 EUR (sjettepladsen).

8 I august 2000 tildelte Kommissionen kontrakten til GFA. AFCon blev af Kommissionen underrettet herom ved skrivelse af 17. august 2000.

9 Den 9. oktober 2000 klagede AFCon til Kommissionen over den dårlige håndtering af udbudsproceduren. AFCon gjorde gældende, at GFA's økonomiske bud var lavere end markedsprisen. Kommissionen afviste denne klage den 9. november 2000.

10 Ved skrivelser af 18. december 2000 og 31. januar 2001 anførte AFCon, at GFA havde tilsidesat udbudsbetingelserne. Ved skrivelse af 28. februar 2001 bestred Kommissionen denne påstand.

11 Ved skrivelse af 15. marts 2001 fastholdt AFCon, at GFA's bud ikke var i overensstemmelse med proceduren for indgåelse af Tacis-kontrakter. Kommissionen besvarede ikke denne skrivelse.

12 Den 15. maj 2001 indgav AFCon en klage til Den Europæiske Ombudsmand. AFCon anførte i denne klage følgende:

— GFA's økonomiske bud var ikke forskriftsmæssigt (første klagepunkt).

— Efter at have konstateret en interessekonflikt har Kommissionen ikke truffet de forholdsregler, som er foreskrevet i reglerne om indgåelse af kontrakter (andet klagepunkt).

— Kommissionen har tilsidesat udbudsbetingelserne, idet den tillod den antagne tilbudsgiver at udskifte størstedelen af de fastansatte eksperter med tredjemænd få uger før indgåelsen af kontrakten (tredje klagepunkt).

13 Af ombudsmandens afgørelse af 22. april 2002 fremgår det, at ombudsmanden kun har fundet det første klagepunkt begrundet. Med hensyn til dette klagepunkt har ombudsmanden anført:

»Det er god forvaltningsskik i udbudsprocedurer, at administrationen overholder de regler, der er fastlagt for disse procedurer. Kommissionen har ved i den foreliggende sag at tillade de bydende at inkludere ekspertvederlag under de poster, der kan godtgøres, tilsidesat de regler, der gælder for udbuddet, og det formål, der forfølges ved disse regler. Dette udgør et tilfælde af dårlig forvaltningsskik.«

14 Hvad angår det andet og tredje klagepunkt har ombudsmanden fastslået, at Kommissionen ved sine handlinger ikke har udvist dårlig forvaltningsskik.

15 Ved skrivelse af 25. maj 2002 har selskabet AFCon stillet krav om, at Kommissionen skal betale følgende beløb i erstatning for den skade, det har lidt som følge af, at det ikke fik tildelt kontrakten.

— tabt fortjeneste: 624 937 EUR

— tab af »projektanseelse«: 600 000 EUR

— tab af »faglig udvikling«: 150 000 EUR.

16 Ved skrivelse af 25. juli 2002 afviste Kommissionen dette krav.

17 Ved skrivelse af 13. september 2002 fremsatte AFCon begæring om, at Kommissionen tilsendte selskabet visse dokumenter vedrørende proceduren for tildeling af den omhandlede kontrakt. Kommissionen efterkom denne begæring den 3. oktober 2002, med undtagelse af bedømmelsesrapporterne, Bedømmelsesudvalgets mødereferat og konkurrenternes bud, som er omfattet af de undtagelser, der er fastsat i henholdsvis artikel 4, stk. 3, andet afsnit, og artikel 4, stk. 1, litra b), 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).

18 Ved skrivelse af 11. oktober 2002 indgav AFCon en begæring om aktindsigt i henhold til forordning nr. 1049/2001. Selskabet begærede aktindsigt i forskellige dokumenter vedrørende proceduren for udbud af den omhandlede kontrakt.

19 Ved skrivelse af 22. november 2002 gav Kommissionen aktindsigt i visse dokumenter, men fastholdt afslaget på aktindsigt i de øvrige dokumenter.

20 Samtidig hermed udtalte den irske minister for europæiske anliggender, D. Roche, sig til støtte for AFCon i en skrivelse af 4. september 2002, adresseret til kommissionsmedlem D. Byrne, og bad Kommissionen om at finde en løsning på uoverensstemmelserne med AFCon.

21 Ved skrivelse af 10. oktober 2002 og af 4. november 2002 fastholdt Kommissionen, at udbudsproceduren i den foreliggende sag var lovlig.

22 Den 15. november 2002 stillede medlem af Europa-Parlamentet B. Crowley et skriftligt spørgsmål (3365/02) til Kommissionen vedrørende indgåelsen af den omhandlede kontrakt. Kommissionsmedlem C. Patten besvarede dette den 23. december 2002. B. Crowley skrev derefter et brev til C. Patten, som denne besvarede den 3. april 2003.

23 Ved skrivelse af 18. januar 2003, adresseret til D. Byrne, gik D. Roche på ny ind i sagen til fordel for AFCon. I skrivelse af 8. april 2003 gentog fremsatte D. Byrne Kommissionens opfattelse.

Retsforhandlinger

24 Sagsøgerne har anlagt nærværende sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 12. maj 2003.

25 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til artikel 64 i Rettens procesreglement anmodet parterne om at besvare flere skriftlige spørgsmål. Endvidere har Retten anmodet Kommissionen om at fremlægge visse dokumenter. Parterne har imødekommet disse anmodninger inden for de fastsatte frister.

26 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret mundtlige spørgsmål i det offentlige retsmøde, der blev afholdt den 6. juli 2004.

Parternes påstande

27 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen tilpligtes at betale sagsøgerne erstatning for det lidte tab som følge af uregelmæssigheder i forbindelse med udbudsproceduren for Tacis-projektet FDRUS 9902, med tillæg af udligningsrenter fra tidspunktet for tabets indtræden.

— Kommissionen tilpligtes at betale renter af erstatningsbeløbet fra tidspunktet for dommens afsigelse.

— Kommissionen tilpligtes til at fremlægge visse dokumenter vedrørende proceduren for bedømmelse af buddene.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

28 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgerne betaler sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

A — *Begæringen om bevisoptagelse*

29 Sagsøgerne har anmodet Retten om i henhold til artikel 65, litra b), i procesreglementet at pålægge Kommissionen at fremlægge visse dokumenter vedrørende udbudsproceduren og i givet fald at afhøre vidner.

30 Retten har inden for rammerne af foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse bl.a. krævet, at Kommissionen fremlægger oplysninger vedrørende de bud, der er afgivet af de bydende, samt dokumentationen vedrørende den første og den anden bedømmelse. Disse krav følger i det væsentlige de begæringer om

bevisoptagelse, som sagsøgerne har fremsat. Retten finder herefter, at den råder over de fornødne oplysninger, således som de fremgår af sagens akter, til at kunne træffe afgørelse i sagen, uden at kræve, at der fremlægges andre dokumenter, eller at der føres vidner.

B — *Erstatningskravet*

31 Fællesskabsretten anerkender en ret til erstatning, såfremt tre betingelser er opfyldt, nemlig at den bestemmelse, der er tilsidesat, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at tilsidesættelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og endelig at der er en direkte årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab (Domstolens dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 51, og af 4.7.2000, sag C-352/98 P, Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, Sml. I, s. 5291, præmis 41 og 42).

32 Det skal derfor undersøges, om sagsøgerne har godtgjort, at disse forskellige betingelser var opfyldt i denne sag.

1. *Kommissionens påståede retsstridige adfærd*

33 Sagsøgerne har anført, at der i det væsentlige er tale om tre ulovlige forhold. For det første er GFA's bud ikke i overensstemmelse med de pågældende udbudsbetingelser. For det andet har Kommissionen anvendt ulovlige bedømmelseskriterier. For det tredje har Kommissionen ikke truffet de nødvendige foranstaltninger, da den konstaterede, at der forelå en interessekonflikt.

a) Forskriftsmæssigheden af GFA's bud

Parternes argumenter

34 Sagsøgerne har gjort gældende, at GFA's bud ikke var i overensstemmelse med de pågældende udbudsbetingelser. Disse betingelser omfatter:

— en vejledning til de bydende (Europa-Kommissionen, SCR(E) Tacis, »Instruction to tenderers«, udgave af 22.6.1999), navnlig punkt C.2.1

— retningslinjer for forberedelsen af de tekniske og økonomiske bud (Europa-Kommissionen, SCR(E) Tacis, »Guidelines for the preparation of the technical and financial proposal«, udgave af maj 1999) (herefter »retningslinjerne«), navnlig bestemmelserne vedrørende forberedelsen af bilag B (»Organisation and methods«) og bilag D (»Breakdown of prices for Tacis contracts«)

— udbudsmaterialet for den omhandlede kontrakt (Europa-Kommissionen, »Technical assistance to economic reform in the food and agriculture sector, Terms of reference, Project: Russia »Agricultural extension services in South Russia — Farm extension project««, af 4.6.1999).

35 Ifølge sagsøgerne fremgår det af disse regler, at det økonomiske bud skal være i overensstemmelse med det tekniske og specificere aflønningen af de personer, der er ansvarlige for uddannelsesaktiviteter, under den post, der er afsat til dette formål.

36 Disse regler er utvetydige. De skal ifølge sagsøgerne ligestille alle bud med henblik på en sammenligning af dem. Reglerne er ifølge sagsøgerne blevet bekræftet af Kommissionens praksis i forbindelse med en lignende kontrakt, indgået på samme tidspunkt som den her omhandlede (FDRUS 9901).

37 GFA har tilsidesat disse regler, idet:

— antallet af »mandedage«, der er fastsat i det tekniske bud, overstiger antallet af mandedage i det økonomiske bud

— GFA i det økonomiske bud har opført en del af lønudgiften til de personer, der er ansvarlige for uddannelse, under posten »udgifter, der kan godtgøres«, der normalt er forbeholdt tilbagebetaling af udgifter, der er forbundet med uddannelsesaktiviteter, »såsom rejser, diæter til kursisterne, indskrivningsgebyrer osv.«.

38 GFA var ifølge sagsøgerne derfor i stand til at nedsætte sit økonomiske bud. Forskellene mellem de to bud er som følger:

Tekniske bud	Økonomiske bud	Forskel
2 687 mandedage (EU-eksperter)	2 200 mandedage	(487) mandedage
4 615 mandedage (lokale eksperter)	2 250 mandedage (lokale eksperter)	(2 365) mandedage
5 300 mandedage (støttepersonale)	3 500 mandedage (støttepersonale)	(1 800) mandedage
I alt 12 602 mandedage	7 950 mandedage	(4 652) mandedage

Disse forskelle er ifølge sagsøgerne blevet overført til de udgifter, der kan godtgøres.

39 Sagsøgerne har understeget, at ombudsmanden i det væsentlige har bekræftet deres argumenter, idet han har fundet, at Kommissionen havde handlet i strid med god forvaltningsskik ved i strid med de regler, som gjaldt for kontrakten, at tillade GFA at lade uddannelsesvederlag indgå i de udgifter, der henhører under posten for udgifter, der kan godtgøres.

40 Endelig har sagsøgerne anført, at deres kritik bekræftes af de vanskeligheder, Kommissionen havde i forbindelse med GFA's gennemførelse af kontrakten.

41 Sagsøgerne har af dette udledt, at Kommissionen, idet den undlod at udelukke GFA som følge af disse uregelmæssigheder, har tilsidesat ligebehandlingsprincippet, proportionalitetsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

42 Kommissionen har gjort gældende, at GFA's bud var forskriftsmæssigt, for så vidt som:

— de regler, der ifølge sagsøgerne er blevet tilsidesat, ikke er retligt bindende, og ikke entydigt fastsætter den måde, hvorpå aflønningen af eksperter skal anføres i det økonomiske bud

— finansforordningen af 21. december 1977 vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget (EFT L 356, s. 1), som ændret ved Rådets forordning (EF, EKSF, Euratom) nr. 2548/98 af 23. november 1998 (herefter »finansfor-

ordningen«) (artikel 117) og Rådets forordning (Euratom, EF) nr. 1279/96 af 25. juni 1996 om bistand til den økonomiske reform- og genopretningsproces i de nye uafhængige stater og Mongoliet (EFT L 165, s. 1) (artikel 7 og bilag III), ingen detaljerede bestemmelser indeholder vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt uddannelsesvederlag skal anføres under posten for udgifter, der kan godtgøres

— Kommissionen ingen fast praksis har på dette område, hvorfor sagsøgerne ifølge Kommissionen ikke kan påberåbe sig en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning

— henførelsen af undervisernes vederlag til posten for udgifter, der kan godtgøres, ikke udtrykkeligt er forbudt, hvorfor GFA ifølge Kommissionen uden problemer kan anvende denne metode

— GFA's bud ifølge Kommissionen ikke har hindret sammenligningen mellem buddene, idet den ordregivende myndighed i den sammenlignende vurdering var i stand til at tage i betragtning, at undervisernes vederlag var anført som udgifter, der kan godtgøres

— ombudsmandens opfattelse ikke er bindende

— forholdene efter tildelingen af kontrakten, navnlig gennemførelsen af kontrakten, ikke er afgørende.

Rettens bemærkninger

43 Punkt C.2.1 i vejledningen til de bydende er affattet således:

»Prisspecifikationen skal udarbejdes i henhold til modellen i bilag D i kontraktudkastet, og priserne skal opføres i [euro]. Bud afgivet i andre valutaer eller en ukorrekt prisspecifikation kan medføre afvisning af buddet.«

44 Bilag D i retningslinjerne indeholder en indledende del, hvori den metode, der skal følges med hensyn til opstillingen af buddet, er angivet. Denne metode indebærer bl.a. en formel, der består af en tabel, hvori de bydendes oplysninger skal indføjes. Denne tabel indeholder følgende fire hovedposter:

»1) Vederlag (»Fees«), herunder

a) Vestlige eksperter

b) Lokale eksperter

c) Støttepersonale

2) Diæter

3) Direkte udgifter

4) Udgifter, der kan godtgøres.«

45 Det følger af retningslinjerne, at:

»De følgende bemærkninger har til formål at hjælpe de bydende ved udarbejdelsen af bilag D (økonomisk specifikation) [...] Den bydende skal redegøre for fravigelsen i et forklarende notat, hvis disse retningslinjer ikke følges [...]

4. [...] De beløb, der er anført i bilag D (for hver kategori eller hver enkelt ekspert), skal være i nøjagtig overensstemmelse med beløbene i den tabel over arbejdstid (den tid, hver ekspert har brugt på projektet), som fremgår af bilag B (sammendrag af medarbejdernes opgaver).«

46 Kommissionen har klart og utvetydigt angivet, at der skal være en »nøjagtig« sammenhæng mellem oplysningerne i bilag B og bilag D, samt at alle fravigelser skal forklares i et notat.

47 Dette princip, hvorefter der skal være overensstemmelse mellem det økonomiske og det tekniske bud, er ligeledes fastsat i de forklaringer, der ledsager formularen til bilag B, som er vedlagt retningslinjerne, og som er affattet således:

»Vigtigt: nedenstående sammendrag skal være i overensstemmelse med de beløb, der fremgår af specifikationen af vederlagene.«

48 Med henblik på undersøgelsen af, om GFA's bud er i overensstemmelse med disse bestemmelser, skal det bemærkes hvad angår rubrikken »uddannelse«, at der i GFA's tekniske bud var angivet følgende beløb:

Tabel 1

Antal (mandedage)	Teknisk bistand	Uddannelse Replikation Udsåning	I alt
EU-eksperter	2 200	487	2 687
Lokale eksperter	2 250	2 365	4 615
Støttepersonale	3 500	1 800	5 300
I alt	7 950	4 652	12 602

49 I det økonomiske bud (bilag D) har GFA anført følgende beløb under posten »A. Vederlag«:

Tabel 2

	Antal mandedage	Beløb i EUR
EU-eksperter	2 200	821 000
Lokale eksperter	2 250	58 750
Støttepersonale	3 500	61 250
I alt	7 950	941 000

50 Dette antal mandedage (7 950) er 4 652 mandedage lavere end det, der er anført i det tekniske bud (12 602).

51 Det fremgår imidlertid af selve ordlyden af GFA's økonomiske bud, at denne forskel skyldes, at dette antal på 4 652 mandedage er blevet opført under de udgifter, der kan godtgøres.

52 GFA's økonomiske bud gentager således i en fodnote samt i et forklarende notat, der var vedhæftet denne, de oplysninger, der er angivet i det tekniske bud, og som er gengivet ovenfor (tabel 1). Det kan af denne præcisering udledes, at forskellen mellem de to bud skyldes den måde, hvorpå udgifterne til vederlag af personale, der er tilknyttet aktiviteter vedrørende uddannelse, replikation og udsåning, er opført. GFA's økonomiske bud indeholder desuden en tabel, der detaljeret beskriver alle de udgifter, der kan godtgøres i forbindelse med disse aktiviteter. Det fremgår af denne tabel, at 4 652 mandetimer i alt er blevet opført under de udgifter, der kan godtgøres, til en værdi på i alt 282 425 EUR. I modsætning til, hvad sagsøgerne har påstået, er forskellen mellem det økonomiske bud og det tekniske derfor rent formel, og den er ikke til hinder for en effektiv sammenligning af buddene fra de forskellige bydende.

53 Det skal desuden bemærkes, at GFA's økonomiske bud i overensstemmelse med udbudsmaterialet indeholdt ydelser til en værdi af 500 000 EUR for uddannelse og 200 000 EUR for aktiviteterne replikation og såning.

54 Heraf følger, at sagsøgernes anbringender om, at Kommissionen har handlet ulovligt, idet den ikke afviste GFA's bud som følge af påståede uoverensstemmelser mellem det tekniske bud og det økonomiske bud, skal forkastes.

b) Anvendelsen af ulovlige bedømmelseskriterier

Parternes argumenter

55 Sagsøgerne har bebrejdet Kommissionen, at den i strid med de gældende regler tillod Bedømmelsesudvalget at tage AFCons tidligere erfaring med Tacis-projekter i betragtning i forbindelse med den anden bedømmelse. Punkt 3 i bilag III til forordning nr. 1279/96 samt punkt 3 i bilag IV til Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 99/2000 om bistand til partnerstater i Østeuropa og Centralasien (EFT 2000 L 12, s. 1), bestemmer nemlig, at »[t]ilbudsgiverens specifikke erfaringer med Tacis [...] ikke [tages] i betragtning« ved bedømmelsen af buddene. Ifølge disse bestemmelser bliver buddet udelukkende bedømt »på grundlag af en vægtning af den tekniske kvalitet i forhold til prisen. Vægtningen af de to kriterier meddeles i udbudsbekendtgørelsen. Den tekniske bedømmelse udføres navnlig efter følgende kriterier: den organisation, den tidsplan, de metoder og den arbejdsplan, der foreslås til levering af tjenesteydelserne; kvalifikationer, erfaring og færdigheder hos det personale, der foreslås til levering af tjenesteydelserne, og brug af lokale virksomheder eller eksperter, deres integrering i projektet og deres bidrag til projektresultaternes holdbarhed«.

56 I den foreliggende sag fandt et medlem af det udvalg, der foretog den anden bedømmelse, G. Rea, at de eksisterende rådgivningscentre, der var oprettet af P. Mc Mullin og AFCon inden for rammerne af projektet Tacis FDRUS 9405 »Støtte til de private landbrug, der forvaltes individuelt i Rusland« mellem 1996 et 1998, på interviewtidspunktet ikke var funktionsdygtige og ikke ydede teknisk rådgivning. Denne erklæring, som ifølge sagsøgerne var fejlagtig, havde påvirket de øvrige udvalgsmedlemmer.

57 Efter som led i foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse at have modtaget visse dokumenter vedrørende Bedømmelsesudvalgets arbejde har sagsøgerne under retsmødet gjort gældende, at et af udvalgets medlemmer, K. Karttunen, i sin rapport udtrykkeligt nævnte, at hun havde lagt vægt på, at AFCon ikke havde erfaring fra andre projekter i Rusland.

58 Kommissionen bestrider, at der er tale om en sådan uregelmæssighed. Kommissionen anerkender, at den i henhold til bilag III, punkt 3, i forordning nr. 1279/96 er forpligtet til ikke at tage den bydendes erfaring fra andre Tacis-kontrakter i betragtning.

59 I den foreliggende sag har Bedømmelsesudvalget udspurgt hver enkelt bydende vedrørende deres tekniske bud. Der var ikke opstillet nogen generel liste med spørgsmål til dette formål, og indholdet af interviewene varierede fra den ene bydende til den anden. I forbindelse med interviewet havde P. Mc Mullin lejlighed til at tilbagevise alle beskyldninger mod AFCon.

Rettens bemærkninger

60 Anbringenderne vedrørende den vægt, der er lagt på AFCons erfaring i forbindelse med tidligere projekter finansieret under Tacis-programmet, er ikke tilstrækkeligt underbyggede.

61 Det fremgår således ikke af den dokumentation vedrørende bedømmelsen af buddene, der er fremlagt som led i foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse, at medlemmerne af udvalget har taget de bydendes tidligere erfaring med projekter, der er finansieret under Tacis-programmet, i betragtning som et kriterium for bedømmelse af buddene. Det fremgår af dokumenterne med titlen »Detailed technical evaluation per tenderer«, at Bedømmelsesudvalget har anvendt otte objektive kriterier vedrørende eksperternes erfaring, projektets tilgangsvinkel og deltagelsen af lokale eksperter. I øvrigt indeholder bedømmernes bemærkninger til AFCons bud ingen negativ bedømmelse vedrørende den påståede manglende erfaring eller de vanskeligheder, der tidligere er konstateret i forbindelse med gennemførelsen af projekter finansieret under Tacis-programmet. Bedømmelsesudvalgets medlemmer har ligeledes blandt de stærke sider ved AFCons bud fremhævet projektlederens kvaliteter samt dennes erfaring i den region, der er

omfattet af projektet. Blandt de svage sider har Bedømmelsesudvalget bl.a. anført, at projektlederen kun havde et begrænset kendskab til russisk, og at buddet generelt syntes at være for ambitiøst og i visse henseender for stift.

62 Hvad angår argumenterne vedrørende de kommentarer, G. Rea angivelig har afgivet, skal det bemærkes, at dette medlem af Bedømmelsesudvalget i sin endelige rapport ikke har anført noget om de vanskeligheder, AFCon skulle have haft i forbindelse med tidligere projekter.

63 Rapporten fra den eksterne bedømmer, K. Karttunen, hvilken rapport sagsøgerne har påberåbt sig under retsmødet, indeholder heller ingen negative bemærkninger baseret på AFCons tidligere erfaring inden for rammerne af projekter finansieret under Tacis-programmet. Denne rapport fremhæver bl.a. den erfaring, som projektlederen har erhvervet i Rusland, men anfører, at denne projektleder under bedømmelsesinterviewet »var uklar hvad angår de eksisterende rådgivende landbrugscentres aktuelle situation i projektregionen«.

64 Herefter er det tilstrækkeligt at fastslå, at sagsøgerne ikke ført bevis for, at Kommissionen baserede sig på en negativ vurdering af AFCons erfaring i forbindelse med tidligere projekter inden for rammerne af Tacis-programmet ved bedømmelsen af selskabets bud. Anbringenderne vedrørende den ulovlige karakter af bedømmelseskriterierne skal følgelig forkastes.

c) Følgerne af interessekonflikten

Parternes argumenter

65 Sagsøgerne bebrejder Kommissionen, at den ikke har draget konsekvenserne af den interessekonflikt, som involverede et medlem af bedømmelsesudvalget, A, og en af

de bydende, GFA. De er i det væsentlige af den opfattelse, at Kommissionen for det første ikke har udvist den fornødne omhu efter at have erfaret, at der forelå en interessekonflikt, og at Kommissionen for det andet ikke skulle have tilladt GFA at deltage i udbudsproceduren derefter.

66 Hvad angår det første anbringende har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen ikke har udøvet sin skønsbeføjelse på en ansvarlig måde, idet den afviste at anvende sanktioner over for A såvel som GFA. Sagsøgerne har anført, at Kommissionen ikke udelukkede GFA, selv om den af Bedømmelsesudvalgets formand var blevet gjort opmærksom på, at der var en forbindelse mellem denne bydende og et af medlemmerne af Bedømmelsesudvalget. Sagsøgerne har også rejst tvivl om, hvorvidt Kommissionen har undersøgt, om GFA vidste, at A sad i Bedømmelsesudvalget. Efter at have analyseret samtlige de dokumenter vedrørende udbudsproceduren, der blev udleveret som følge af de af Retten fastsatte foranstaltninger med henblik på sagens forberedelse, har sagsøgerne under retsmødet understreget, at der ikke forelå noget bevis for, at Kommissionen havde så meget som overvejet at fastsætte sanktioner over for GFA.

67 Med det andet anbringende har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat sin forpligtelse til en forsvarlig forvaltning af de projekter, der finansieres under Tacis-programmet, ved ikke at pålægge GFA nogen sanktion samt ved at tillade dette konsortium at deltage i den anden bedømmelse. Den omstændighed, at A har været fuldtidsansat hos et af medlemmerne i GFA-konsortiet, burde ifølge sagsøgerne have fået Kommissionen til at udelukke medlemmet fra det pågældende udvalg samt udelukke den omhandlede bydende.

68 Kommissionen er af den opfattelse, at den har handlet lovligt og ikke overskredet grænserne for sin vide skønsbeføjelse.

69 Kommissionen har anført, at da der ikke foreligger noget bevis for, at GFA har forsøgt at påvirke udbudsproceduren gennem A's medlemskab af Bedømmelsesudvalget, var der ikke nogen bestemmelse, som gav den grundlag for at udelukke GFA eller pålægge konsortiet en sanktion. Finansforordningens artikel 114, stk. 1, har således følgende ordlyd:

»Alle fysiske eller juridiske personer, der henhører under traktaternes anvendelsesområde, og alle fysiske eller juridiske personer i modtagerstaten kan på lige vilkår deltage i udbuddet.«

70 GFA kunne følgelig med støtte i finansforordningens artikel 114, stk. 1, meget vel have rejst indsigelser mod enhver beslutning om udelukkelse af konsortiet fra den pågældende kontrakt. Kommissionen er i øvrigt af den opfattelse, at den på grund af proportionalitetsprincippet kun kan udelukke en virksomhed fra en udbudsprocedure under helt usædvanlige omstændigheder.

71 Kommissionen har anført, at interessekonflikten udelukkende skyldtes bedømmeren. Denne har overtrådt artikel 12, stk. 4, i de almindelige bestemmelser for udbud og tildeling af kontrakter finansieret af fondene Phare og Tacis. Han var ikke tilknyttet GFA, men en af virksomhederne i konsortiet. Da GFA ikke havde beføjelser over for bedømmeren, kan interessekonflikten følgelig ikke lægges GFA til last.

72 Kommissionen har desuden gjort gældende, at en udelukkelse af GFA ville have givet AFCon en uretmæssig fordel i strid med ligebehandlingsprincippet.

73 Bedømmelsesudvalget har ifølge Kommissionen ikke udvalgt AFCon efter at det havde udelukket A fra sine drøftelser. Støttemodtagerens repræsentant ønskede, at AFCon blev indstillet med henblik på tildelingen af kontrakten, men de øvrige tre medlemmer modsatte sig en sådan løsning.

Rettens bemærkninger

74 Det bemærkes, at det er højst kritisabelt og i strid med såvel ligebehandlingsprincippet på området for offentlige kontrakter som med hensynet til en forsvarlig økonomisk forvaltning af Fællesskabets midler og til forebyggelsen af svigagtige handlinger — der er strafbare i flere medlemsstater — at en person, som deltager i bedømmelsen og udvælgelsen af bud på en offentlig kontrakt, selv får tildelt en sådan kontrakt (Rettens dom af 15.6.1999, sag T-227/97, Ismeri Europa mod Revisionsretten, Sml. II, s. 1825, præmis 112).

75 Efter konstateringen af en interessekonflikt, der involverer et medlem af Bedømmelsesudvalget og en af de bydende, påhviler det Kommissionen med al den nødvendige omhu og på grundlag af samtlige de omstændigheder, der kan have betydning for resultatet, at udfærdige og træffe en beslutning. Denne forpligtelse følger bl.a. af princippet om god forvaltningsskik, legalitetsprincippet og princippet om ligebehandling (jf. analogt Rettens dom af 9.7.1999, sag T-231/97, New Europe Consulting og Brown mod Kommissionen, Sml. II, s. 2403, præmis 41). Kommissionen er forpligtet til at sikre alle bydende ligebehandling og dermed lige muligheder på alle stadier i en udbudsprocedure (jf. i denne retning Domstolens dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 108, og Rettens dom af 24.2.2000, sag T-145/98, ADT Projekt mod Kommissionen, Sml. II, s. 387, præmis 164).

76 Det skal herefter undersøges, om Kommissionen i den foreliggende sag har handlet i overensstemmelse med denne forpligtelse.

77 Med hensyn hertil skal det bemærkes, at Kommissionen, efter at have erfaret, at der foreligger en interessekonflikt, som involverer en af de bydende og et medlem af det udvalg, der skal foretage bedømmelsen af buddene, har et skøn over, hvilke foranstaltninger der skal træffes vedrørende forløbet af de efterfølgende stadier af udbudsproceduren.

78 Det er ubestridt, at Kommissionen, efter at være blevet advaret af Bedømmelsesudvalgets formand, ikke forhørte sig om forbindelserne mellem A og GFA med henblik på at sikre sig, at konsortiet ikke havde forsøgt at påvirke Bedømmelsesudvalgets overvejelser. Kommissionen har under retsmødet anført, at der ikke forelå noget bevis for, at GFA har forsøgt at påvirke proceduren gennem en af konsortiets ansatte, der var medlem i udvalget. Som svar på spørgsmål fra Retten har Kommissionen imidlertid forklaret, at den ikke havde truffet nogen foranstaltninger til at undersøge, om GFA og A samarbejdede under udbudsproceduren. Kommissionen har fastholdt, at den i mangel på indicier for, at der skulle være tale om svindel, ikke var berettiget til at undersøge GFA's rolle i sagen.

79 En sådan fortolkning forekommer åbenbart fejlagtig, når omstændighederne i den foreliggende sag tages i betragtning. Kommissionen havde nemlig ikke noget grundlag for med rimelig sikkerhed at udelukke, at GFA kunne have forsøgt at påvirke udbudsproceduren, idet den ikke havde foretaget nogen undersøgelse af en eventuel samordning mellem GFA og A. Tværtimod burde flere objektive og samstemmende forhold have fået Kommissionen til at udvise en særlig agtpågivenhed og undersøge muligheden for en samordning mellem GFA og A. Disse forhold begrunder en antagelse om, at interessekonflikten ikke blot var en tilfældighed, men udtryk for et svigagtigt forsæt.

80 For det første bemærkes, at Bedømmelsesudvalgets formand i kraftige vendinger havde gjort opmærksom på sine betænkeligheder ved den første bedømmelse. Formanden havde faktisk i et notat af 4. januar 2000 foreslået, at denne bedømmelse

blev annulleret, og at der blev indledt en ny bedømmelsesrunde med et udvalg med en anden sammensætning. Bedømmelsesudvalgets formand havde bl.a. fremhævet den »særdeles diskutable« karakter af resultatet af den første bedømmelse som følge af, at A havde arbejdet »som teamleder i forbindelse med et projekt i Ukraine, som var finansieret af den nederlandske regering, og hvis gennemførelse blev varetaget af Agriment International, der indgår i Stoas-koncernen«.

81 Ud over denne sammenblanding af interesser understregede formanden for Bedømmelsesudvalget ligeledes, at der forelå omstændigheder, som gav grundlag for at frygte, at A rent faktisk havde forsøgt at favorisere GFA til skade for de øvrige bydende. I notatet var det således anført, at »A ha[vde] placeret de virksomheder, som de øvrige bedømmere havde placeret på enten første- eller andenpladsen, på fjerde- og femtepladsen«. Formanden tilføjede, at »der [var] en stærk formodning for, at der forel[å] en »interessekonflikt« og som følge deraf en [utilbørligt] fordelagtig bedømmelse af GFA/Stoas-konsortiet, når disse forhold betragtes under ét«.

82 Bedømmelsesudvalgets formand anførte ligeledes, at GFA's økonomiske bud på 2,13 mio. EUR »var meget lavere end buddene fra den anden og den tredje virksomhed«, og at »et så lavt bud kunne udlægges som en form for dumping«. Det fremgår således af Bedømmelsesudvalgets formands konstateringer og vurderinger, at GFA's bud ikke blot gav anledning til mistanke på grund af den interessekonflikt, der opstod, fordi en af dette konsortiums ansatte var medlem af udvalget, men ligeledes på grund af, at dets økonomiske bud var unormalt lavt.

83 For det andet bemærkes, at omstændighederne med rette gav anledning til betvivle, at den interessekonflikt, som A befandt sig i, blot var opstået tilfældigt eller udelukkende skyldes hans forsømmelighed.

84 Først og fremmest havde A undladt at oplyse Kommissionen om sine erhvervsaktiviteter inden for Stoas-koncernen. Da A ansøgte om stillingen som ekstern bedømmer og under det efterfølgende arbejde i Bedømmelsesudvalget havde han således ikke oplyst, at han udførte ledelsesopgaver for Stoas-koncernen i forbindelse med et projekt vedrørende landbrugsrådgivning (jf. notat af 4.1.2000). Betydningen af en sådan oplysning i forbindelse med ansættelsen af A som bedømmer var så meget mere åbenbar, fordi FDRUS 9902-kontrakten vedrørte rådgivningsydelser inden for landbrugsområdet, der havde visse fællestræk med dem, som A havde haft ansvaret for i Ukraine.

85 Endvidere havde A ikke blot undladt at oplyse om sine aktiviteter inden for Stoas-koncernen, men havde udtrykkeligt erklæret, at han ikke havde nogen direkte eller indirekte forbindelse med de bydende, hverken enkeltvis eller i deres egenskab af medlemmer af et konsortium. Det har nemlig vist sig, at A havde underskrevet en erklæring om upartiskhed, hvori han erklærede følgende:

»Jeg har ingen direkte eller indirekte forbindelse med nogen af de bydende, det være sig enkeltvis eller som et medlem af et konsortium, der har reageret på udbuddet, eller med nogen af de foreslåede underleverandører. Jeg bekræfter, at jeg, hvis jeg under bedømmelsen skulle opdage, at der eksisterer en sådan forbindelse, øjeblikkeligt vil oplyse dette og træde ud af Bedømmelsesudvalget. Jeg er klar over, at Kommissionen, hvis jeg har kendskab til en sådan forbindelse og undlader at oplyse om det, kan beslutte at annullere det pågældende udbud, og at jeg kan ifalde ansvar herfor.«

86 Endelig bestyrkes de netop nævnte forholds mistænkelige karakter af, at A efter at have påbegyndt undersøgelsen af GFA's bud ikke kunne hævde, at han ikke var klar over, at han befandt sig i en situation, der var uforenelig med hans forpligtelse til upartiskhed. Det fremgik tydeligt af dette bud, at Stoas var et af medlemmerne af GFA-konsortiet. Desuden var GFA under bedømmelsesinterviewet, hvor A var til

stede, bl.a. repræsenteret ved B, der var chef for den afdeling, der er ansvarlig for Stoas-koncernens internationale aktiviteter. På trods af, at han her sad over for en person, der havde en ledende stilling i den virksomhed, hvori han var ansat, undlod A, i strid med de ovenfor gengivne betingelser i erklæringen om upartiskhed, at oplyse om sin tilknytning til den nævnte gruppe og herefter udtræde af Bedømmelsesudvalget.

87 For det tredje skal det bemærkes, at dette forholds alvorlige karakter gjorde det rimeligt at formode, at der kunne være tale om en hemmelig forståelse mellem A og GFA.

88 Det er således berettiget at stille spørgsmålstegn ved lovligheden af GFA's adfærd. Som tidligere anført var sidstnævnte under bedømmelsesinterviewene repræsenteret ved direktøren for den afdeling, som er ansvarlig for de internationale aktiviteter i Stoas-koncernen, hvori A var ansat. Ifølge GFA's bud talte den afdeling, hvori B var direktør, kun 25 personer, hvorefter Kommissionen med rimelighed kunne antage, at B kendte A. Dette forhold burde have fået Kommissionen til at spørge sig selv, hvorfor B ikke havde oplyst om sin forbindelse med et af medlemmerne af Bedømmelsesudvalget.

89 For det andet blev A af Kommissionens tjenestegrene udpeget som ekstern ekspert i starten af september 1999, på et tidspunkt, hvor GFA endnu ikke havde afgivet sit bud. Selv om A ikke havde deltaget i udarbejdelsen af udbudsmaterialet, er det tænkeligt, at han i de to måneder mellem sin udpegning til ekstern ekspert og dagen for afgivelse af buddene var i kontakt med repræsentanter for GFA-konsortiet. Med hensyn hertil bemærkes, at Kommissionen under retsmødet har erkendt, at den var forpligtet til at udelukke GFA fra den omhandlede udbudsprocedure, hvis der havde været en sådan kontakt. Kommissionen havde imidlertid ikke udspurgt A vedrørende dette punkt.

90 Heraf følger, at Kommissionen ved ikke at undersøge forbindelserne mellem A og GFA-konsortiet nærmere har anlagt et åbenbart urigtigt skøn. Kommissionen har ved således at tilsidesætte princippet om god forvaltningsskik ligeledes tilsidesat princippet om ligebehandling af de bydende, hvilket princip pålægger Kommissionen at undersøge alle bud upartisk og objektivt på baggrund af de almindelige betingelser og principper, som gælder for udbudsproceduren, med henblik på at sikre, at alle de bydende har lige chancer.

91 Ligebehandlingsprincippet forbyder, at ensartede situationer behandles forskelligt, eller at forskellige situationer behandles ens, medmindre en forskelsbehandling er objektivt begrundet. I den foreliggende sag var der begrundet tvivl med hensyn til lovligheden af GFA's bud. Så længe denne tvivl bestod, befandt dette konsortium sig i en anden situation end alle de andre bydende. Ved ikke at foretage en undersøgelse med henblik på at få denne situation bragt til ophør har Kommissionen behandlet GFA på samme måde som alle de andre bydende, selv om en sådan ligebehandling ikke var objektivt begrundet. Ved således at handle i strid med ligebehandlingsprincippet har Kommissionen tilsidesat en retsregel, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder.

92 Derimod bemærkes, i det omfang det er godtgjort, at Kommissionen ikke har udvist den fornødne omhu ved forberedelsen af foranstaltningerne til videreførelse af udbudsproceduren, at det ikke er muligt at bedømme, om beslutningen om ikke at udelukke GFA fra at deltage i resten af proceduren var lovlig. Lovligheden af denne beslutning afhænger direkte af resultatet af den undersøgelse, som Kommissionen burde have indledt med henblik på at sikre, at der ikke forelå en hemmelig forståelse. De faktiske forhold, der fremgår af sagsakterne, giver ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at der forelå en sådan hemmelig forståelse, hvorfor de klagepunkter, hvormed sagsøgerne søger at påvise, at Kommissionen burde have udelukket GFA fra udbudsproceduren, skal forkastes.

93 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt den konstaterede tilsidesættelse kan medføre, at Fællesskabet ifalder erstatningsansvar, skal det bemærkes, at det afgørende

kriterium for, om en tilsidesættelse af fællesskabsretten kan anses for tilstrækkelig kvalificeret, er, om den pågældende fællesskabsinstitution åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser (Brasserie du Pêcheur og Factortame-dommen, præmis 55, og dommen i sagen Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, præmis 43). Retten finder, henset til omstændighederne omkring den føromtalte interessekonflikt og den risiko for svig, som denne interessekonflikt indebærer, at Kommissionens undladelse er af åbenbar og grov karakter og derfor kan medføre, at Fællesskabet ifalder erstatningsansvar.

2. *Det lidte tab og årsagssammenhængen*

94 Sagsøgerne har gjort flere tab gældende, nemlig:

— det tab, der er lidt under udbudsproceduren

— tabt fortjeneste

— tab af »anseelse«

— krænkelse af den anseelse, som AFCon og dets direktører, P. Mc Mullin og S. O'Grady, nyder.

a) Erstatning for det tab, der er lidt som følge af deltagelsen i udbudsproceduren

Parternes argumenter

95 Sagsøgerne har krævet erstatning for det tab, der er lidt som følge af deltagelsen i udbudsproceduren. Det drejer sig om de udgifter, AFCon forgæves har afholdt i forbindelse med afgivelsen af buddet, og de omkostninger, der var forbundet med klagerne indgivet til Kommissionen og ombudsmanden. Dette tab består af vederlag til de medarbejdere, der er ansat til udvikling af projektet, og alle de hermed forbundne rejse- og opholdsudgifter. Sagsøgerne har på grundlag af enhedsomkostninger, der er anført i AFCons økonomiske bud, ansat dette tab til 82 570 EUR.

96 Kommissionen har bestridt disse krav. Den har gjort gældende, at hvis kontrakten var blevet tildelt AFCon, ville de udgifter, som kræves erstattet, alligevel have været afholdt. Kommissionen har derfor vurderet, at det ikke drejer sig om et tab, den kan drages til ansvar for.

Rettens bemærkninger

97 Der må sondres mellem det tab, der består i udgifter og gebyrer afholdt dels i forbindelse med deltagelsen i udbudsproceduren, dels i forbindelse med anfægtelsen af denne procedures lovlighed.

— Udgifterne vedrørende afgivelse af AFCons bud

98 Det skal bemærkes, at de erhvervsdrivende må bære de økonomiske risici, som normalt er forbundet med deres virksomhed, under hensyntagen til omstændighederne i det enkelte tilfælde. I forbindelse med et udbud omfatter sådanne økonomiske risici bl.a. omkostningerne ved udarbejdelse af tilbuddet. Udgifterne i denne forbindelse skal således bæres af den virksomhed, som har besluttet at deltage i udbuddet, idet adgangen til at afgive tilbud på en kontrakt ikke giver vished for at få tildelt kontrakten. I overensstemmelse med dette princip er det i artikel 24 i de almindelige bestemmelser for udbud og tildeling af kontrakter finansieret af fondene Phare og Tacis fastsat, at såfremt en udbudsprocedure ophæves eller annulleres, har de bydende ingen ret til godtgørelse. 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. Den nævnte bestemmelse kan imidlertid ikke, uden risiko for at gøre indgreb i retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, finde anvendelse i tilfælde, hvor en tilsidesættelse af fællesskabsretten under gennemførelsen af udbudsproceduren har påvirket en bydendes chancer for at få tildelt kontrakten (Rettens dom af 17.12.1998, sag T-203/96, Embassy Limousines & Services mod Parlamentet, Sml. II, s. 4239, præmis 75 og 97, og af 29.10.1998, sag T-13/96, TEAM mod Kommissionen, Sml. II, s. 4073, præmis 70-72).

99 I den foreliggende sag har sagsøgerne påvist, at Kommissionen i forbindelse med håndteringen af udbudsproceduren har tilsidesat fællesskabsretten. Denne tilsidesættelse har medført, at udbudsproceduren er behæftet med en grundlæggende mangel, og har påvirket AFCons muligheder for at få tildelt kontrakten.

100 Hvis Kommissionen havde foretaget en undersøgelse af forbindelserne mellem GFA og A, er det muligt, at den ville have fastslået, at der forelå en hemmelig forståelse, der berettigede den til at udelukke GFA fra resten af udbudsproceduren. Med

hensyn hertil skal det understreges, at Kommissionen under retsmødet har erklæret sig enig i, at såfremt dette havde været resultatet af denne undersøgelse, ville den være forpligtet til at fastlægge en sanktion i form af en udelukkelse af GFA.

101 Ved at vælge at fortsætte udbudsproceduren uden at foretage en undersøgelse har Kommissionen taget GFA's bud i betragtning og tildelt dette konsortium kontrakten på trods af de foreliggende samstemmende indicier for, at der forelå en hemmelig forståelse med et medlem af Bedømmelsesudvalget. Ved at handle således, uden at sikre sig, at der ikke forelå uregelmæssigheder hvad angår GFA's deltagelse, har Kommissionen givet dette konsortium mulighed for fortsat at være med i opløbet og har dermed påvirket AFCons muligheder for at få tildelt kontrakten.

102 Det er korrekt, at enhver bydende, der deltager i en udbudsprocedure, i princippet må acceptere risiko for selv at måtte bære de omkostninger, der er forbundet med udarbejdelsen af buddet, i det tilfælde, hvor kontrakten bliver tildelt en af konkurrenterne. Accept af denne risiko hviler imidlertid på den for alle udbud iboende formodning, at Kommissionen vil handle upartisk i henhold til de principper, der er nævnt i præmis 90, med henblik på at sikre lige muligheder mellem de bydende. Ved at lade GFA deltage på trods af de føromtalte indicier og ved at undlade at indlede en undersøgelse har Kommissionen afkræftet denne formodning og direkte skadet AFCons muligheder. AFCon bør derfor friholdes for sit tab som følge af udgifter afholdt i forbindelse med deltagelsen i udbuddet.

103 Sagsøgerne har opgjort tabet til 31 070 EUR for udgifter til en besigtigelsesrejse i det sydlige Rusland (8 800 EUR), for arbejdstid og udgifter forbundet med udarbejdelse af buddet (14 950 EUR) samt for udgifter i forbindelse med rejser til Bruxelles for at deltage i de to bedømmelsesinterview (7 320 EUR). Da denne tabsopgørelse ikke forekommer urimelig, fastsættes det tab, AFCon har lidt i forbindelse med udarbejdelsen af buddet, til 31 070 EUR.

— De udgifter, der er afholdt i forbindelse med anfægtelsen af udbudsprocedurens lovlighed

104 Det må lægges til grund, at dette tab er aktuelt, reelt og sikkert og er en direkte følge af den ulovlige adfærd, der bebrejdes Kommissionen. Sagsøgerne har gjort gældende, at dette tab er på 51 500 EUR, et beløb, der består af følgende elementer:

— de midler, der er anvendt i forbindelse med diverse klager og retlige skridt, bortset fra det foreliggende søgsmål, som AFCon har foretaget, efter at GFA blev tildelt den omhandlede kontrakt (i alt 26 500 EUR)

— rejseudgifter og møder i Rusland, Irland og Belgien med kontaktpersoner, politikere samt advokater (25 000 EUR).

105 Hvad angår udgifterne til rejser, møder og advokater har sagsøgerne hverken fremlagt noget, der gør det muligt at kontrollere, at disse udgifter kan henføres til det tab, der skal erstattes, eller ført bevis for størrelsen heraf. Da disse udgifter ikke er godtgjort, kan de ikke tages i betragtning i forbindelse med fastsættelsen af det lidte tab.

106 Hvad angår de midler, der er anvendt i forbindelse med diverse klager indgivet til Kommissionen og ombudsmanden af AFCon, skal det bemærkes, at der ved opgørelsen heraf er taget hensyn til to forhold.

107 Det første forhold vedrører antallet af vederlag pr. dag (»fee/days«), som AFCon har anvendt til varetagelse af sine interesser med henblik på at anfægte lovligheden af udbudsproceduren. For perioden fra meddelelsen til AFCon om tildelingen af kontrakten den 17. august 2000 og den sidste brevveksling i februar 2003 mellem den irske minister for europæiske anliggender og et medlem af Kommissionen, hvorunder ministeren udtalte sig til støtte for AFCon, er denne størrelse vurderet til 28 vederlag pr. dag. Vederlagstaksten for en dag er fastsat til 500 EUR med henvisning til de takster, der blev anvendt af AFCon i deres økonomiske bud. Denne vurdering forekommer ikke at være urimelig. Det tab, AFCon har lidt som følge af den tid, der således blev anvendt til varetagelse af selskabets interesser, fastsættes derfor til 14 000 EUR.

108 Det andet forhold vedrører udviklingsomkostningerne på 12 500 EUR. Sagsøgerne har imidlertid ikke redegjort for, hvad disse udgifter præcist dækker over, og har heller ikke fremlagt nogen dokumentation for beløbet. Sagsøgernes krav om erstatning for disse udviklingsomkostninger kan derfor ikke tiltrædes.

109 Heraf følger, at Kommissionen skal tilpligtes at betale AFCon 14 000 EUR som erstatning for det tab, AFCon har lidt som følge af udgifter afholdt i forbindelse med varetagelsen af selskabets interesser.

b) Erstatning for tabt fortjeneste

Parternes argumenter

110 Hvad angår tabt fortjeneste har sagsøgerne krævet 25% af værdien af AFCons økonomiske bud, i alt 741 591 EUR. Dette beløb svarer til den fortjeneste, AFCon kunne have opnået, hvis selskabet havde fået tildelt kontrakten.

111 Kommissionen forbeholder sig sin stillingtagen til opgørelsen heraf, idet AFCon ikke har fremlagt dokumentation herfor.

Rettens bemærkninger

112 Det tab i form af tabt fortjeneste, som AFCon har gjort gældende, forudsætter, at AFCon var berettiget til at få kontrakten tildelt. Selv om Kommissionen havde foretaget en undersøgelse vedrørende forbindelsen mellem A og GFA og fundet, at der forelå en hemmelig forståelse, der kunne begrunde en udelukkelse af GFA, kunne AFCon imidlertid ikke være sikker på at få tildelt kontrakten.

113 Den ordregivende myndighed er nemlig 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 (dommen i sagen TEAM mod Kommissionen, præmis 76). Sagsøgerne har ganske vist med hensyn hertil påberåbt sig Revisionsrettens særberetning nr. 16/2000 om udbudsprocedurerne for tjenesteydelsesaftaler under Phare- og Tacis-programmerne, med Kommissionens svar (EFT 2000 C 350, s. 1), hvoraf det fremgår, at der er indgået 120 kontrakter i henhold til disse programmer, samt at Kommissionen i de 117 tilfælde har fulgt Bedømmelsesudvalgets forslag. Disse statistiske oplysninger tillader imidlertid ikke i det foreliggende tilfælde at fastslå, at kontrakten med sikkerhed ville være blevet tildelt AFCon, hvis GFA var blevet udelukket fra proceduren.

114 Følgelig er tabet i form af AFCons tabte fortjeneste ikke aktuelt, reelt og sikkert, men hypotetisk. Dette tab kan derfor ikke erstattes.

c) Erstatning for tab af »anseelse«

Parternes argumenter

115 Sagsøgerne har gjort gældende, at tildelingen af kontrakten i det foreliggende tilfælde ville have gjort det muligt for AFCon at deltage i andre udbudsprocedurer. Efter den her omhandlede udbudsprocedure begyndte AFCons virksomhed imidlertid at stagnere. Det skadede AFCons anseelse og aktiviteter, at GFA fik tildelt den omhandlede kontrakt.

116 AFCon blev således automatisk udelukket fra senere udbudsprocedurer. Fra 2002 forbød nye adgangsbestemmelser AFCon at deltage i udbudsprocedurer, idet disse bestemmelser krævede, at de bydende havde en årsomsætning og en erfaring, som AFCon ikke længere var i besiddelse af.

117 Sagsøgerne har foreløbigt ansat tabet af »anseelse« til 600 000 EUR.

118 Kommissionen har bestridt disse påstande som uunderbyggede.

Rettens bemærkninger

119 Det tab, der er krævet erstatning for, er baseret på den påstand, at tildelingen af den omhandlede kontrakt til GFA efterfølgende har medført et fald i AFCons erhvervsaktivitet, der i sidste ende har betydet en de facto udelukkelse fra udbud vedrørende kontrakter, som kan sammenlignes med den her omhandlede. Denne påstand er imidlertid ikke underbygget.

120 Heraf følger, at Kommissionen ikke kan ifalde erstatningsansvar uden for kontrakt for dette tab.

d) Erstatning for det tab, der består i krænkelse af den anseelse, AFCon og dets direktører nyder

Parternes argumenter

121 Sagsøgerne har gjort gældende, at AFCons anseelse blev krænket, idet selskabet ikke opnåede tildeling af kontrakten, samt på grund af de uregelmæssigheder, der påvirkede udbudsproceduren.

122 Kommissionen har ifølge sagsøgerne miskrediteret AFCons tekniske og professionelle ekspertise. Kommissionens beslutning om ikke at tildele AFCon kontrakten havde ifølge sagsøgerne alvorlige konsekvenser, idet AFCon, efter at være blevet forbigået ved 27 udbudsprocedurer, traf beslutning om ikke længere at byde på Phare- og Tacis-projekter.

123 Sagsøgerne har gjort gældende, at disse afslag falder sammen med AFCons klager vedrørende FDRUS 9902-projektet. Sagsøgerne har anført, at de har bevismateriale, der godtgør, at AFCon var sat på en »sort liste«. Dette tab er vurderet til 600 000 EUR.

124 Sagsøgerne har gjort gældende, at AFCons tab af anseelse ligeledes påvirker P. Mc Mullin og S. O'Grady. Sagsøgerne vurderer dette tab til 75 000 EUR pr. person.

125 Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgernes påstande ikke er underbyggede. En række andre årsager end tildelingen af kontrakten til GFA kunne forklare AFCons modgang. Kommissionen benægter, at der findes en »sort liste«. Kommissionen bestrider ligeledes at have krænket P. Mc Mullins og S. O'Gradys anseelse.

Rettens bemærkninger

126 Retten finder ikke, at sagsøgerne har bevist, at der findes en sort liste, er fremsat udtalelser eller føres en praksis, der anfægter AFCons anseelse, og som kan tilskrives Kommissionen. Følgelig kan dette påståede tab ikke anses for aktuelt, reelt og sikkert.

127 Anbringenderne vedrørende en angivelig krænkelse af den anseelse, som P. Mc Mullin og S. O'Grady nyder, må af samme grunde forkastes.

e) Rentepåstanden

Parternes argumenter

128 Sagsøgerne har anmodet Retten om at forhøje erstatningsbeløbet med udligningsrenter på 8% p.a., som i øjeblikket er den gældende i Irland.

129 Sagsøgerne har desuden nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale morarenter på grundlag af samme rentesats, regnet fra afsigelsen af Rettens dom.

Rettens bemærkninger

130 Hvad angår beregningen af udligningsrenter skal udgangspunktet herfor fastsættes til den første dag i måneden efter, at AFCon tog de sidste skridt til en udenretslig bilæggelse af tvisten. Da dette skete i februar 2003, fastsættes udgangspunktet til den 1. marts 2003.

131 Det fremgår af bilagene til stævningen, at sagsøgerne i deres tabsopgørelse ikke har krævet renters rente. Heraf følger, at der kun skal beregnes simpel rente af kravet mod Kommissionen.

132 Hvad angår fastsættelse af udligningsrenter skal disse beregnes på grundlag af Den Europæiske Centralbanks rentesats for de vigtigste refinansieringstransaktioner, som var gældende i den pågældende periode, forhøjet med to procentpoint, dvs. en årlig rente på 4%. AFCons krav mod Kommissionen udgør på dagen for denne doms afsigelse 48 605 EUR.

133 Dette beløb skal forhøjes med morarenter fra denne doms afsigelse, indtil fuld betaling sker. Rentesatsen skal beregnes på grundlag af Den Europæiske Centralbanks rentesats for de vigtigste refinansieringstransaktioner, som var gældende i den

pågældende periode, forhøjet med to procentpoint. Renterne er beregnet på grundlag af renters rente-metoden.

Sagens omkostninger

134 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, pålægges det den at betale omkostningerne i overensstemmelse med sagsøgernes påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber tilpligtes at betale AFCon 48 605 EUR med tillæg af renter fra denne doms afsigelse, indtil fuld betaling sker. Rentesatsen er beregnet på grundlag af Den Europæiske

Centralbanks rentesats for de vigtigste refinansieringstransaktioner, som var gældende i den omhandlede periode, forhøjet med to procentpoint. Renterne er beregnet på grundlag af renters rente-metoden.

2) I øvrigt frifindes Kommissionen.

3) Kommissionen betaler sagens omkostninger.

Lindh García-Valdecasas Cooke

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 17. marts 2005.

H. Jung

Justitssekretær

P. Lindh

Afdelingsformand

Indhold

Sagens baggrund ..... II - 985

Retsforhandlinger ..... II - 990

Parternes påstande ..... II - 991

Retlige bemærkninger ..... II - 992

A — Begæringen om bevisoptagelse ..... II - 992

B — Erstatningskravet ..... II - 993

1. Kommissionens påståede retsstridige adfærd ..... II - 993

a) Forskriftsmæssigheden af GFA's bud ..... II - 994

Parternes argumenter ..... II - 994

Rettens bemærkninger ..... II - 998

b) Anvendelsen af ulovlige bedømmelseskriterier ..... II - 1002

Parternes argumenter ..... II - 1002

Rettens bemærkninger ..... II - 1003

c) Følgerne af interessekonflikten ..... II - 1004

Parternes argumenter ..... II - 1004

Rettens bemærkninger ..... II - 1007

2. Det lidte tab og årsagssammenhængen ..... II - 1013

a) Erstatning for det tab, der er lidt som følge af deltagelsen i udbudsproceduren ..... II - 1014

Parternes argumenter ..... II - 1014

Rettens bemærkninger ..... II - 1014

— Udgifterne vedrørende afgivelse af AFCons bud ..... II - 1015

— De udgifter, der er afholdt i forbindelse med anfægtelsen af udbudsprocedurens lovlighed ..... II - 1017

b) Erstatning for tabt fortjeneste ..... II - 1018
Parternes argumenter ..... II - 1018
Rettens bemærkninger ..... II - 1019
c) Erstatning for tab af »anseelse« ..... II - 1020
Parternes argumenter ..... II - 1020
Rettens bemærkninger ..... II - 1020
d) Erstatning for det tab, der består i krænkelse af den anseelse, AFCon og dets direktører nyder ..... II - 1021
Parternes argumenter ..... II - 1021
Rettens bemærkninger ..... II - 1022
e) Rentepåstanden ..... II - 1022
Parternes argumenter ..... II - 1022
Rettens bemærkninger ..... II - 1023
Sagens omkostninger ..... II - 1024