FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)
den 17 mars 2005 *

I mål T-160/03,

AFCon Management Consultants, Bray (Irland),

Patrick Mc Mullin, Bray,

Seamus O'Grady, Bray,

företrädda av B. O'Connor, solicitor, och advokaten I. Carreño,

klagande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av J. Enegren och F. Hoffmeister, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

angående en talan om ersättning för den skada som påstås ha uppkommit till följd av oegentligheter i anbudsförfarandet för ett projekt som finansieras genom Tacisprogrammet (Projektet FDRUS 9902 – Agricultural extension services in South Russia),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden P. Lindh samt domarna R. García-Valdecasas och J.D. Cooke,

justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter att förhandling hållits den 6 juli 2004

följande

Dom

Bakgrund

1 AFCon Management Consultants (nedan kallat AFCon) är ett rådgivningsbolag specialiserat på jordbruksområdet i länder som övergår från ett ekonomiskt system till ett annat. Mc Mullin och O'Grady är styrelseledamöter och aktieägare i bolaget samt dess grundare (nedan tillsammans kallade sökandena).

2 Den 28 maj 1999 utlyste kommissionen en selektiv anbudsinfordran inom ramen för Tacisprogrammet för ett kontrakt avseende tekniskt bistånd med rubriken "Agricultural extension services in South Russia" (tjänster för utvidgning av jordbruket i södra Ryssland) med beteckningen FDRUS 9902 (nedan kallat det ifrågavarande kontraktet).

3 Bland de 21 företag som hade uttryckt sitt intresse för detta anbudsförfarande, fastställde utvärderingskommittén den 29 juli 1999 en förteckning på tio företag som därefter uppmanades att inkomma med anbud.

4 Den 16 och den 17 december 1999 sammanträdde utvärderingskommittén för att göra en utvärdering av de åtta anbud som inkommit (nedan kallad den första utvärderingen). Kommittén ansåg att anbudet från konsortiet bestående av GFA — Gesellschaft für Agrarprojekte mbH (GFA-Agrar) och Stoas Agri-projects Foundation (Stoas) var bäst, medan AFCons anbud kom på andra plats.

5 Kommissionen upptäckte därefter att det förelåg en intressekonflikt mellan en medlem i utvärderingskommittén och konsortiet bestående av GFA-Agrar och Stoas (nedan kallat GFA). Denna medlem, A, var nämligen anställd av Agriment International BV, ett dotterbolag till Stoas. Kommissionen avslutade sitt samarbete med A och upplyste honom om att den inte längre skulle utnyttja hans tjänster.

6 På grund av denna intressekonflikt beslutade kommissionen den 3 mars 2000 att ogiltigförklara den första utvärderingen och låta en kommitté sammansatt av nya medlemmar göra en andra utvärdering. Kommissionen upplyste anbudsgivarna om detta beslut genom skrivelse av den 28 mars 2000.

7 Den 15 och den 16 maj 2000 gjorde utvärderingskommittén en andra utvärdering av anbuden (nedan kallad den andra utvärderingen). Efter denna fastställdes att GFA:s anbud var bäst. GFA:s tekniska anbud fick poängtalet 72,69 procent (tredje plats). GFA:s finansiella anbud uppgick till 2 131 870 euro (första plats). AFCons anbud kom på andra plats med ett tekniskt anbud som fick poängtalet 75,32 procent (första plats) och ett finansiellt anbud som uppgick till 2 499 750 euro (sjätte plats).

8 I augusti 2000 tilldelade kommissionen GFA kontraktet. Genom skrivelse av den 17 augusti 2000 informerade den AFCon om detta.

9 Den 9 oktober 2000 kritiserade AFCon kommissionen för att ha genomfört anbudsförfarandet på ett bristfälligt sätt. AFCon gjorde gällande att GFA:s finansiella anbud var lägre än marknadspriset. Kommissionen avslog detta klagomål den 9 november 2000.

10 I skrivelser av den 18 december 2000 och den 31 januari 2001 påstod AFCon att GFA hade åsidosatt villkoren i anbudsinfordran. I skrivelse av den 28 februari 2001 underkände kommissionen detta påstående.

11 Genom skrivelse av den 15 mars 2001 påpekade AFCon att GFA:s anbud inte var förenligt med förfarandet för upphandling för Tacisprogrammet. Kommissionen besvarade inte denna skrivelse.

12 Den 15 maj 2001 ingav AFCon ett klagomål till Europeiska ombudsmannen. Enligt klagomålet förhöll det sig på följande sätt:

— GFA:s finansiella anbud var oförenligt med anbudsinfordran (första anmärkningen).

— Kommissionen vidtog inte de åtgärder som krävdes enligt reglerna för upphandling efter det att den hade upptäckt att det förelåg en intressekonflikt (andra anmärkningen).

— Kommissionen har åsidosatt villkoren i anbudsinfordran genom att tillåta den som tilldelats kontraktet att ersätta majoriteten av de långtidsanställda experterna med utomstående personer några veckor efter undertecknandet av kontraktet (tredje anmärkningen).

13 I beslut av den 22 april 2002 (beslut 834/2001/GG) ansåg ombudsmannen att endast den första anmärkningen var välgrundad. Han angav följande:

"Enligt god förvaltningssed skall myndigheterna vid anbudsförfaranden följa de regler som fastställts för dessa förfaranden. Genom att tillåta att anbudsgivarna i förevarande fall tar upp arvoden till sakkunniga under återbetalningsbara utgifter, har kommissionen inte iakttagit de regler som är tillämpliga på anbudsinfordran och syftet med dessa bestämmelser. Detta utgör ett fall av bristfällig förvaltning."

14 Vad beträffar den andra och den tredje anmärkningen har ombudsmannen dragit slutsatsen att kommissionen inte handlat i strid med god förvaltningssed.

15 Genom skrivelse av den 25 maj 2002 begärde AFCon att kommissionen skulle erlägga följande belopp till bolaget som ersättning för den skada som bolaget lidit till följd av att det inte tilldelades kontraktet:

— Förlorad vinst: 624 937 euro.

— Förlorad "projektprofil": 600 000 euro.

— Förlorad "yrkesutveckling": 150 000 euro.

16 Kommissionen avslog denna begäran genom skrivelse av den 25 juli 2002.

17 Genom skrivelse av den 13 september 2002 begärde AFCon att kommissionen skulle översända vissa handlingar till den avseende det ifrågavarande upphandlingsförfarandet. Kommissionen biföll denna begäran den 3 oktober 2002 förutom avseende utvärderingsrapporterna, protokollen från utvärderingskommittén och anbuden från konkurrenterna, vilka omfattades av undantagen i artikel 4.3 andra stycket och artikel 4.1 b i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, 2001, s. 43).

18 Genom skrivelse av den 11 oktober 2002 ingav AFCon en bekräftande ansökan i den mening som avses i förordning nr 1049/2001. Bolaget begärde tillgång till olika handlingar som hänförde sig till upphandlingsförfarandet i fråga.

19 Genom skrivelse av den 22 november 2002 gav kommissionen tillgång till vissa handlingar och bekräftade i övrigt sitt avslag på begäran att utge handlingarna.

20 Samtidigt uttalade den irländske ministern för Europafrågor, D. Roche, i en skrivelse av den 4 september 2002 till David Byrne, ledamot av kommissionen, sitt stöd för AFCon och begärde att kommissionen skulle finna en lösning på tvisten med AFCon.

21 Genom skrivelser av den 10 oktober 2002 och den 4 november 2002 upprepade kommissionen sin ståndpunkt i fråga om det ifrågavarande anbudsförfarandets lagenlighet.

22 Den 15 november 2002 ställde Brian Crowley, ledamot av Europaparlamentet, en skriftlig fråga (3365/02) till kommissionen avseende upphandlingen i fråga. Chris Patten, ledamot av kommissionen, besvarade denna den 23 december 2002. Därefter riktade Brian Crowley en skrivelse till Chris Patten, vilken den sistnämnde besvarade den 3 april 2003.

23 Genom skrivelse av den 18 februari 2003 uttalade sig D. Roche en andra gång till David Byrne till förmån för AFCon. Genom skrivelse av den 8 april 2003 upprepade David Byrne kommissionens ståndpunkt.

Förfarandet

24 Sökandena har, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 12 maj 2003, väckt förevarande talan.

25 Efter det att referenten hade avgett sin rapport beslutade förstainstansrätten (femte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet. Som en åtgärd för processledning enligt artikel 64 i förstainstansrättens rättegångsregler ställde den flera skriftliga frågor till parterna och begärde att kommissionen skulle förete vissa handlingar. Parterna efterkom denna begäran inom föreskriven tidsfrist.

26 Parterna utvecklade sin talan och besvarade förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 6 juli 2004.

Parternas yrkanden

27 Sökandena har yrkat att förstainstansrätten skall

— förplikta kommissionen att betala skadestånd såsom ersättning för den skada som sökandena lidit till följd av oegentligheter vid anbudsförfarandet för projektet Tacis FDRUS 9902, jämte kompensationsränta beräknad från och med tidpunkten då skadan uppkom,

— förplikta kommissionen att betala ränta på skadeståndsbeloppet från och med den slutliga domen i målet,

— förplikta kommissionen att förete vissa handlingar avseende förfarandet för utvärdering av anbuden, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

28 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

A — *Begäran om åtgärder för bevisupptagning*

29 Sökandena har begärt att förstainstansrätten med stöd av artikel 65 b i rättegångsreglerna skall anmoda kommissionen att förete vissa handlingar avseende upphandlingsförfarandet och, i förekommande fall, höra vittnen.

30 Förstainstansrätten har, såsom åtgärder för processledning, bland annat begärt att kommissionen skall inkomma med uppgifter avseende anbudsgivarnas anbud och dokumentation avseende den första och den andra utvärderingen. Denna begäran sammanfaller i huvudsak med sökandenas begäran om åtgärder för bevisupptagning.

Förstainstansrätten anser således att handlingarna i målet innehåller tillräckligt med upplysningar för att den skall kunna avgöra tvisten utan att besluta om att ytterligare handlingar skall företes eller att vittnen skall höras.

B — *Skadeståndstalan*

31 Enligt gemenskapsrätten föreligger en rätt till skadestånd då tre villkor är uppfyllda, nämligen att den rättsregel som har överträtts har till syfte att ge enskilda rättigheter, att överträdelsen är tillräckligt klar och, slutligen, att det finns ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av den skyldighet som åligger den som har begått överträdelsen och den skada som de drabbade personerna har lidit (domstolens dom av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame, REG 1996, s. I-1029, punkt 51, och av den 4 juli 2000 i mål C-352/98 P, Bergaderm och Goupil mot kommissionen, REG 2000, s. I-5291, punkterna 41 och 42).

32 Det skall undersökas om sökandena i förevarande mål har visat att dessa villkor är uppfyllda.

1. *Huruvida det agerande som kommissionen har kritiserats för var rättsstridigt*

33 Sökandena har åberopat tre rättsstridigheter. För det första var GFA:s anbud inte förenligt med villkoren för den ifrågavarande upphandlingen. För det andra använde sig kommissionen av otillåtna utvärderingskriterier. För det tredje vidtog inte kommissionen nödvändiga åtgärder efter det att den upptäckt att det förelåg en intressekonflikt.

a) Huruvida GFA:s anbud var rättsstridigt

Parternas argument

34 Sökandena har gjort gällande att GFA:s anbud inte var förenligt med reglerna för den ifrågavarande upphandlingen. Dessa regler bestod av följande:

— Anvisningar till anbudsgivarna (Europeiska kommissionen, SCR(E) Tacis "Instructions to tenderers", version av den 22 juni 1999), särskilt punkt C.2.1.

— Riktlinjer för förberedelse av tekniskt och finansiellt anbud (Europeiska unionens kommission, SCR(E) Tacis, "Guidelines for the preparation of the technical and financial proposal", version från januari 1999) (nedan kallade riktlinjerna), särskilt bestämmelserna avseende upprättandet av bilagorna B (Organisation and methods) och D (Breakdown of prices for Tacis contracts);

— Kontraktshandlingarna för det ifrågavarande kontraktet (Europeiska gemenskapernas kommission, "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'", av den 4 juni 1999).

35 Enligt sökandena framgår det av dessa regler att det finansiella anbudet skall motsvara det tekniska anbudet och att lönen för de personer som är ansvariga för utbildningsverksamhet skall tas upp under den post som är avsedd för detta.

36 Dessa regler är otvetydiga. De syftar till att jämställa alla anbud för att de skall kunna jämföras. De har bekräftats av kommissionens praxis i en liknande och samtida upphandling som den ifrågavarande (FDRUS 9901).

37 GFA har enligt sökandena åsidosatt dessa regler på grund av att

— antalet "personer/dag" i det tekniska anbudet är högre än det som anges i det finansiella anbudet,

— GFA i sitt finansiella anbud tog upp en del av lönen för de personer som var ansvariga för utbildningsverksamhet under posten "återbetalningsbara utgifter", som normalt endast är avsedd för återbetalning av utgifter som avser utbildningsverksamhet "såsom resor, dagersättning för praktikanter, inskrivningsavgifter etcetera".

38 GFA hade därigenom lyckats få ner beloppet i sitt finansiella anbud. Skillnaderna mellan de två anbuden var följande:

Tekniskt anbud	Finansiellt anbud	Skillnad
2 687 personer/dag (EU-experter)	2 200 personer/dag (EU-experter)	(487) personer/dag
4 615 personer/dag (lokala experter)	2 250 personer/dag (lokala experter)	(2 365) personer/dag
5 300 personer/dag (stödpersonal)	3 500 personer/dag (stödpersonal)	(1 800) personer/dag
Totalt 12 602 personer/dag	7 950 personer/dag	(4 652) personer/dag

Dessa skillnader har förts in under återbetalningsbara utgifter.

39 Sökandena har betonat att ombudsmannen i huvudsak bekräftat deras argumentation och ansett att kommissionen agerat i strid med god förvaltningssed genom att med åsidosättande av reglerna för upphandlingen i fråga låta GFA ta med utbildningsarvoden bland de utgifter som ingår i posten för återbetalningsbara utgifter.

40 Slutligen anser sökandena att deras kritik har bekräftats av de svårigheter som kommissionen haft vid GFA:s uppfyllande av kontraktet.

41 Sökandena har av dessa omständigheter dragit slutsatsen att kommissionen genom att underlåta att utesluta GFA på grund av dessa oegentligheter har åsidosatt principerna om likabehandling, proportionalitet och skydd för berättigade förväntningar.

42 Kommissionen har gjort gällande att framställandet av GFA:s anbud inte var oriktigt av följande skäl:

— De regler som enligt sökandena har åsidosatts är inte rättsligt bindande. Det anges inte enhetligt i reglerna hur experternas lön skall anges i det finansiella anbudet.

— Budgetförordningen av den 21 december 1977 för Europeiska gemenskapernas allmänna budget (EGT L 356, s. 1), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG, EKSG, Euratom) nr 2548/98 av den 23 november 1998 (EGT L 320, s. 1) (nedan

kallad budgetförordningen) (artikel 117), och rådets förordning (Euratom, EG) nr 1279/96 av den 25 juni 1996 om bistånd till ekonomiska reformer och ekonomisk återuppbyggnad till de nya oberoende staterna och Mongoliet (EGT L 165, 1996, s. 1) (artikel 7 och bilaga III) innehåller inte någon närmare bestämmelse om huruvida arvoden för utbildning kan tas upp under posten för återbetalningsbara utgifter.

— Kommissionen har inte någon fast praxis i denna fråga, varför sökandena inte med framgång kan göra gällande att principen om skydd för berättigade förväntningar har åsidosatts.

— Eftersom det inte var uttryckligen förbjudet att ta upp lärarnas lön under posten återbetalningsbara utgifter, kunde GFA mycket väl tillämpa denna metod.

— Framställandet av GFA:s anbud innebar inte att det blev omöjligt att jämföra anbuden, eftersom den upphandlande myndigheten då den gjorde sin jämförande bedömning kunde ta hänsyn till att lärarnas arvoden hade behandlats som återbetalningsbara utgifter.

— Ombudsmannens ståndpunkt är inte avgörande.

— Omständigheter efter tilldelningen av kontraktet, såsom kontraktets fullgörande, är inte relevanta.

Förstainstansrättens bedömning

43 I punkt C.2.1 i anvisningarna till anbudsgivarna föreskrivs följande:

"Sammanställningen av priserna skall göras i enlighet med modellen i bilaga D till kontraktsförslaget, och priserna skall anges i [euro]. Anbud i andra valutor eller en felaktig sammanställning av priserna kan leda till att anbudet inte antas."

44 Bilaga D till riktlinjerna innehåller en inledande del i vilken det anges vilken metod som skall användas för framläggande av anbud. Den innehåller också ett formulär som består av en tabell som är avsedd att ifyllas med anbudsgivarnas uppgifter. Tabellen innehåller de följande fyra huvudsakliga posterna:

1) "Arvoden ('Fees'), för

   a) västerländska experter

   b) lokala experter

   c) stödpersonal

2) dagersättning

3) direkta utgifter

4) återbetalningsbara utgifter"

45 I riktlinjerna anges följande:

"Följande riktlinjer ges som hjälp för anbudsgivarna vid upprättandet av bilaga D (finansiell sammanställning) ... Om riktlinjerna inte följs uppmanas anbudsgivaren att motivera avvikelsen genom en förklarande anmärkning ...

4. ... De sifferuppgifter som anges i bilaga D (för varje kategori eller enskild expert) skall exakt överensstämma med sifferuppgifterna i tabellen över arbetstiden (den tid som varje expert lägger ned på projektet) som anges i bilaga B (sammanfattning av personalens uppgifter)."

46 Kommissionen har således på ett klart och otvetydigt sätt angett att uppgifterna i bilaga B skall överensstämma "exakt" med uppgifterna i bilaga D, och att varje avvikelse skall rättfärdigas genom en förklarande anmärkning.

47 Det erinras vidare om denna princip rörande överensstämmelse mellan det finansiella anbudet och det tekniska anbudet i förklaringarna före formuläret i bilaga B, som fogats till riktlinjerna. I dessa förklaringar anges följande:

"Viktigt: Nedanstående sammanfattning skall motsvara de sifferuppgifter som anges i sammanställningen över löner."

48 För att undersöka om GFA:s anbud var förenligt med dessa bestämmelser, skall det erinras om att det i fråga om kolumnen "utbildning" angavs följande sifferuppgifter i GFA:s tekniska anbud (bilaga A):

Tabell I

Antal (personer/dag)	Teknisk assistans	Utbildning Replikation Spridning	Totalt
EU-experter	2 200	487	2 687
Lokala experter	2 250	2 365	4 615
Stödpersonal	3 500	1 800	5 300
Totalt	7 950	4 652	12 602

49 I det finansiella anbudet (bilaga D) angav GFA följande sifferuppgifter under posten "A. Arvoden":

Tabell 2

	Antal personer/dag	Belopp EUR
EU-experter	2 200	821 000
Lokala experter	2 250	58 750
Stödpersonal	3 500	61 250
Totalt	7 950	941 000

50 Detta antal personer/dag (7 950) understiger 4 652, som är det antal som anges i det tekniska anbudet (12 602).

51 Det framgår emellertid av själva ordalydelsen i GFA:s finansiella anbud att denna skillnad beror på den omständigheten att antalet 4 652 personer/dag har upptagits bland återbetalningsbara utgifter.

52 I en fotnot i GFA:s finansiella anbud och i en därtill fogad förklarande anmärkning återges nämligen de uppgifter i det tekniska anbudet som det har erinrats om ovan (tabell 1). Av denna förklaring framgår att skillnaden mellan de två anbuden beror på hur kostnaderna för löner för den personal som är anställd för utbildningsverksamhet, upprepning och spridning har behandlats. GFA:s finansiella anbud innehåller vidare en tabell i vilken alla återbetalningsbara utgifter som hänför sig till dessa verksamheter beskrivs detaljerat. Av tabellen framgår att sammanlagt 4 652 personer/dag har upptagits bland återbetalningsbara utgifter till ett totalt värde av 282 425 euro. Till skillnad från vad sökandena har påstått är således skillnaden mellan det finansiella anbudet och det tekniska anbudet endast formell och den innebär följaktligen inte att det inte kan göras en faktisk jämförelse mellan anbuden från de olika anbudsgivarna.

53 Förstainstansrätten konstaterar vidare att GFA:s finansiella anbud i enlighet med kontraktshandlingarna innehöll tjänster till ett värde av 500 000 euro för utbildning och 200 000 euro för upprepning och spridning.

54 Anmärkningarna att kommissionen agerat rättsstridigt genom att inte avslå GFA:s anbud på grund av påstådda avvikelser mellan det tekniska anbudet och det finansiella anbudet kan således inte godtas.

b) Användningen av otillåtna utvärderingskriterier

Parternas argument

55 Sökandena anklagar kommissionen för att i strid med tillämpliga bestämmelser ha tillåtit utvärderingskommittén att vid sin andra bedömning beakta AFCons tidigare erfarenhet i fråga om Tacisprojekten. Det föreskrivs nämligen i punkt 3 i bilaga III till förordning nr 1279/96 och i punkt 3 i bilaga IV till rådets förordning (EG, Euratom) nr 99/2000 av den 29 december 1999 om bistånd till partnerstaterna i Östeuropa och Centralasien (EGT L 12, 2000, s. 1) att den omständigheten "[a]tt anbudsgivaren har särskild erfarenhet av Tacis [inte] skall ... tas i beaktande" vid bedömningen av anbuden. Enligt dessa bestämmelser skall anbudet endast utvärderas "på grundval av en avvägning mellan teknisk kvalitet och pris. Vägningen av de två kriterierna skall anges i varje anbudsinfordran. Den tekniska utvärderingen skall genomföras särskilt i enlighet med följande kriterier: organisation, tidsplan, föreslagna metoder och arbetsplaner för tillhandahållandet av tjänsterna, kvalifikationer, erfarenhet, skicklighet hos den personal som föreslås tillhandahålla tjänsterna samt utnyttjande av lokala företag och experter, deras integrering i projektet samt deras bidrag till projektresultatens bärkraft."

56 I förevarande mål ansåg en av medlemmarna i den kommitté som gjorde den andra utvärderingen, G. Rea, att de rådgivningscenter som fanns, vilka upprättats av Mc Mullin och AFCon inom ramen för projektet Tacis FDRUS 9405 "Stöd till privata jordbruk som förvaltas individuellt i Ryssland" mellan åren 1996 och 1998, vid tidpunkten för mötet inte fungerade och inte gav teknisk rådgivning. Enligt sökandena påverkade detta konstaterande, som var felaktigt, övriga medlemmar i kommittén.

57 Efter det att sökandena till följd av åtgärder för processledning hade erhållit olika handlingar avseende utvärderingskommitténs arbete, gjorde de under den muntliga förhandlingen gällande att en av medlemmarna i denna kommitté, K. Karttunen, i sin rapport uttryckligen nämnt att det beaktats att AFCon inte hade någon erfarenhet av andra projekt i Ryssland.

58 Kommissionen har bestritt att det skulle föreligga någon som helst oegentlighet. Den har medgett att den enligt punkt 3 i bilaga III till förordning nr 1279/96 var förpliktad att inte beakta anbudsgivarnas erfarenhet från andra upphandlingar inom Tacisprogrammet.

59 I förevarande fall hade utvärderingskommittén enligt kommissionen hört varje anbudsgivare om dennes tekniska anbud. Det hade inte upprättats någon allmän förteckning över frågor, utan vad som avhandlades vid dessa möten varierade från anbudsgivare till anbudsgivare. Mc Mullin hade haft möjlighet att under mötet bestrida varje anklagelse som skadade AFCon.

Förstainstansrättens bedömning

60 Anmärkningarna avseende beaktandet av AFCons erfarenhet inom ramen för tidigare projekt som finansierats av Tacisprogrammet har inte styrkts i tillräcklig omfattning.

61 Av den dokumentation avseende utvärderingen av anbuden som förts till handlingarna efter åtgärderna för processledning, framgår nämligen inte att medlemmarna i utvärderingskommittén har tagit med anbudsgivarnas tidigare erfarenhet av projekt som finansierats av Tacisprogrammet bland kriterierna för utvärdering av anbuden. Av de handlingar som har rubriken "Detailed technical evaluation per tenderer" framgår att utvärderingskommittén utgått från åtta objektiva kriterier avseende experternas erfarenhet, projektets tillgänglighet och deltagandet av lokala experter. Utvärderarnas skrivelse om utvärderingen av AFCons anbud innehåller vidare inte någon negativ bedömning av att det saknas erfarenhet eller av tidigare svårigheter inom ramen för genomförandet av finansiella projekt som finansierats av Tacisprogrammet. Medlemmarna i utvärderingskommittén har, bland de starka punkterna i AFCons anbud, framhållit egenskaperna hos chefen för projektet och dennes erfarenheter i det område som projektet avser. Bland de svaga

punkterna har medlemmarna i kommittén bland annat angett att chefen för projektet endast hade begränsade kunskaper i det ryska språket och att anbudet allmänt sett framstod som alltför ambitiöst och ur vissa aspekter alltför strängt.

62 Vad beträffar argumenten avseende de påstådda kommentarerna från G. Rea, konstaterar förstainstansrätten att denna medlem i utvärderingskommittén i sin slutrapport inte gjort en enda anmärkning om att AFCon haft svårigheter inom ramen för tidigare projekt.

63 Inte heller innehåller rapporten från den externa utredaren, K. Karttunen, som sökandena åberopat under förhandlingen, några negativa anmärkningar grundade på AFCons tidigare erfarenhet inom ramen för projekt finansierade av Tacisprogrammet. I denna rapport framhålls bland annat den erfarenhet som chefen för projektet fått i Ryssland samtidigt som det anges att han vid utvärderingsmötet "inte bidrog till insyn i projektet vad beträffar den aktuella situationen för rådgivningscentren för jordbruket i projektområdet".

64 Det är således tillräckligt att konstatera att sökandena inte har visat att kommissionen grundade sig på en negativ bedömning av AFCons erfarenhet av tidigare projekt inom ramen för Tacisprogrammet vid utvärderingen av detta bolags anbud. Anmärkningarna att kriterierna för utvärderingen av AFCons anbud var otillåtna kan således inte godtas.

c) Konsekvenserna av intressekonflikten

Parternas argument

65 Sökandena har kritiserat kommissionen för att inte ha dragit konsekvenserna av intressekonflikten mellan en medlem i utvärderingskommittén, A, och en av

anbudsgivarna, GFA. De anser dels att kommissionen inte agerade med den omsorg som krävs efter det att den hade upptäckt att det förelåg en intressekonflikt, dels att den inte skulle ha tillåtit GFA att fortsätta att delta i anbudsförfarandet.

66 Vad beträffar den första anmärkningen har sökandena gjort gällande att kommissionen inte agerade inom sitt utrymme för skönsmässig bedömning på ett ansvarsfullt sätt då den beslutade att varken vidta sanktionsåtgärder mot A eller mot GFA. Sökandena anser nämligen att kommissionen inte avsett att utesluta GFA trots att den blivit förvarnad av ordföranden i utvärderingskommittén om att det fanns en anknytning mellan denna anbudsgivare och en av medlemmarna i utvärderingskommittén. De har även ifrågasatt huruvida kommissionen undersökt om GFA kände till att A ingick i utvärderingskommittén. Sökandena analyserade all dokumentation avseende anbudsförfarandet som översändes till dem efter de processledningsåtgärder om vilka förstainstansrätten beslutat och betonade under förhandlingen att det inte fanns någon bevisning för att kommissionen ens ställt sig frågan huruvida det var lämpligt att vidta sanktionsåtgärder mot GFA.

67 Som andra anmärkning har sökandena gjort gällande att kommissionen har åsidosatt sin skyldighet att iaktta god förvaltningssed avseende de projekt som finansieras av Tacisprogrammet genom att inte vidta några sanktionsåtgärder mot GFA och genom att låta detta konsortium delta i den andra utvärderingen. Den omständigheten att A anställdes på heltid av en av medlemmarna i konsortiet GFA borde ha föranlett kommissionen att utesluta både medlemmen i den ifrågavarande kommittén och den berörda anbudsgivaren.

68 Kommissionen anser att den agerat lagenligt och utan att överskrida gränserna för sitt stora utrymme för skönsmässig bedömning.

69 Eftersom det inte finns någon bevisning till stöd för att GFA har försökt påverka upphandlingsförfarandet genom A:s deltagande i utvärderingskommittén, har kommissionen gjort gällande att det inte fanns någon bestämmelse enligt vilken den hade kunnat utesluta eller vidta sanktionsåtgärder mot GFA. I artikel 114.1 i budgetförordningen föreskrivs nämligen följande:

"Deltagande i anbudsförfaranden skall vara öppet på lika villkor för alla fysiska och juridiska personer som omfattas av tillämpningen av fördragen och för alla fysiska och juridiska personer i mottagarstaten."

70 GFA skulle således enkelt ha kunnat bestrida ett beslut enligt vilket GFA skulle uteslutas från den ifrågavarande marknaden och åberopa att det stred mot artikel 114.1 i budgetförordningen. Dessutom anser kommissionen att den enligt proportionalitetsprincipen endast kan utesluta ett företag från ett anbudsförfarande i undantagssituationer.

71 Kommissionen anser att intressekonflikten endast kunde tillskrivas utvärderaren. Denne hade åsidosatt artikel 12.4 i de allmänna föreskrifterna om anbudsinfordran och tilldelning av kontrakt som finansieras genom medel från Phare och Tacis. Han hade inte haft någon anknytning till GFA utan till ett av företagen i detta konsortium. Eftersom GFA inte hade något inflytande över utvärderaren, kunde intressekonflikten inte tillskrivas GFA.

72 Kommissionen har vidare gjort gällande att ett uteslutande av GFA otillbörligen hade gynnat AFCon, i strid med principen om likabehandling.

73 Utvärderingskommittén valde inte AFCon efter det att den hade uteslutit A från överläggningarna. Medan företrädaren för den till vars fördel kontraktet i fråga skulle genomföras ansåg att AFCon skulle rekommenderas för tilldelning av kontraktet, motsatte sig nämligen de övriga tre medlemmarna en sådan lösning.

Förstainstansrättens bedömning

74 Förstainstansrätten erinrar om att principen om likabehandling vid offentlig upphandling, intresset av en sund ekonomisk förvaltning av gemenskapens medel och bedrägeribekämpningen innebär att det starkt kan kritiseras, och är brottsligt i flera medlemsstater, om en person som deltar i bedömningen och urvalet av anbuden avseende ett offentligt kontrakt tilldelas kontraktet (förstainstansrättens dom av den 15 juni 1999 i mål T-277/97, Ismeri Europa mot revisionsrätten, REG 1999, s. II-1825, punkt 112).

75 Det åligger kommissionen att, efter det att den upptäckt en intressekonflikt mellan en medlem i utvärderingskommittén och en av anbudsgivarna, förbereda och med all omsorg som krävs och på grundval av alla relevanta uppgifter fatta beslut om genomförandet av det ifrågavarande upphandlingsförfarandet. Denna skyldighet följer bland annat av principerna om god förvaltning och om likabehandling (se analogt förstainstansrättens dom av den 9 juli 1999 i mål T-231/97, New Europe Consulting och Brown mot kommissionen, REG 1999, s. II-2403, punkt 41). Kommissionen är nämligen skyldig att se till att principen om likabehandling iakttas under varje etapp av anbudsförfarandet och att alla anbudsgivare följaktligen får samma möjligheter (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, REG 2004, s. I-3801, punkt 108, och förstainstansrättens dom av den 24 februari 2000 i mål T-145/98, ADT Projekt mot kommissionen, REG 2000, s. II-387, punkt 164).

76 Förstainstansrätten skall undersöka om kommissionen i förevarande fall har agerat i enlighet med denna skyldighet.

77 Förstainstansrätten anser att kommissionen, efter det att den hade upptäckt att det förelåg en intressekonflikt mellan en av anbudsgivarna och en medlem i den kommitté som skulle utvärdera anbuden, hade ett utrymme för skönsmässig bedömning för att fastställa vilka åtgärder som skulle vidtas i fråga om genomförandet av de senare etapperna i upphandlingsförfarandet efter anbudsinfordran.

78 Det är ostridigt att kommissionen efter det att den hade varnats av ordföranden i utvärderingskommittén inte undersökte vilken anknytning som fanns mellan A och GFA för att säkerställa att detta konsortium inte försökt påverka utvärderingskommitténs överläggningar. Kommissionen påpekade under det muntliga förfarandet att det inte fanns någon bevisning till stöd för att GFA försökt påverka förfarandet genom en av dess anställda som ingick i utvärderingskommittén. Som svar på förstainstansrättens frågor anförde kommissionen emellertid att den inte vidtagit någon undersökningsåtgärd för att kontrollera om GFA och A hade agerat tillsammans under upphandlingsförfarandet. Kommissionen betonade att eftersom det inte fanns något som fick den att misstänka att det hade förekommit bedrägeri, var det inte motiverat att undersöka GFA:s roll.

79 Med beaktande av omständigheterna i målet är det uppenbart att en sådan bedömning är felaktig. Eftersom kommissionen inte hade undersökt huruvida det förekommit samordning mellan GFA och A fanns det nämligen inte någon omständighet som gjorde att kommissionen med en rimlig grad av säkerhet kunde utesluta att GFA hade försökt påverka upphandlingsförfarandet. Tvärtom borde flera objektiva och samstämmiga uppgifter ha fått kommissionen att vara särskilt uppmärksam och undersöka möjligheten att det förelåg ett samförstånd mellan GFA och A. Dessa omständigheter gör det motiverat att anta att intressekonflikten inte uppkommit genom endast ett sammanträffande av omständigheter utan i bedrägligt syfte.

80 Det skall för det första betonas att det var i allvarliga ordalag som ordföranden för utvärderingskommittén angav att den första utvärderingen kunde ifrågasättas. Denne föreslog nämligen i en skrivelse av den 4 januari 2000 att denna utvärdering

skulle ogiltigförklaras och att ett nytt utvärderingsförfarande skulle ske inför en kommitté med en annan sammansättning. Utvärderingskommitténs ordförande betonade bland annat att resultatet av den första utvärderingen var "mycket diskutabelt" på grund av att A. vid den tidpunkten arbetade "som gruppchef inom ramen för ett projekt i Ukraina som finansierades av den nederländska regeringen och för vars genomförande Agriment International, som ingår i Stoaskoncernen, var ansvarigt."

81 Förutom denna intressekonflikt betonade utvärderingskommitténs ordförande även att det fanns omständigheter som gjorde att det fanns skäl att befara att A faktiskt hade försökt gynna GFA på bekostnad av övriga anbudsgivare. I skrivelsen angavs nämligen att "A. [hade] placerat de företag som övriga utvärderare hade placerat på första eller andra plats på fjärde och femte plats". Han tillade att "[v]id en samlad bedömning av dessa omständigheter, framgår att det finns en tungt vägande presumtion för en "intressekonflikt" och därmed en [otillbörlig] bedömning till förmån för samarbetet mellan GFA och Stoas".

82 Utvärderingskommitténs ordförande hade även påpekat att GFA:s finansiella anbud på 2,13 miljoner euro "var klart lägre än anbuden från det första och det andra företaget" och att ett "så lågt anbud kunde tolkas som en form av dumpning". Det framgår således av de konstateranden och bedömningar som utvärderingskommitténs ordförande gjort att det inte endast av den intressekonflikt som förelåg till följd av att en anställd i detta konsortium ingick i kommittén framgick att GFA:s anbud var misstänkt, utan även av den omständigheten att detta bolags finansiella anbud var ovanligt lågt.

83 För det andra påpekar förstainstansrätten att omständigheterna även gjorde att det med fog kunde betvivlas att den intressekonflikt som A. befann sig i endast var en tillfällighet eller berodde på försummelse från dennes sida.

84 För det första hade A. underlåtit att till kommissionen uppge vilken verksamhet han hade haft inom Stoaskoncernen. När A. ansökte om tjänsten som extern utredare, och under det senare arbetet i utvärderingskommittén, uppgav han inte att han hade en ledningsfunktion i Stoaskoncernen som hänförde sig till ett biståndsprojekt på jordbruksområdet (se skrivelse av den 4 januari 2000). Att det skulle ha varit relevant att lämna sådana upplysningar inför upptagandet av A. som medlem i utvärderingskommittén framgick ännu tydligare av den omständigheten att kontraktet FDRUS 9902 avsåg biståndstjänster på jordbruksområdet som hade vissa likheter med dem som A. ledde i Ukraina.

85 A. begränsade sig inte på något sätt till att underlåta att sprida vilka uppgifter han hade inom Stoaskoncernen, utan förklarade uttryckligen att han varken direkt eller indirekt hade någon anknytning till anbudsgivarna, varken i deras egenskap av enskilda anbudsgivare eller medlemmar i ett konsortium. Det framgår nämligen att A. den 16 december 1999 hade undertecknat en förklaring om opartiskhet, enligt vilken han angav följande:

"Jag har ingen direkt eller indirekt anknytning till någon av de anbudsgivare som har svarat på anbudsinfordran, var[e sig] såsom enskilda anbudsgivare eller medlemmar i ett konsortium, och inte heller med någon av de angivna underleverantörerna. Jag bekräftar att jag, om jag under utvärderingen skulle upptäcka att det finns en sådan anknytning, omedelbart skall uppge detta och frånträda utvärderingskommittén. Jag är medveten om att kommissionen, om jag känner till att det finns en sådan anknytning och jag inte uppgett detta, kan besluta att ogiltigförklara den ifrågavarande anbudsinfordran och att jag kan hållas ansvarig."

86 Slutligen förstärks misstanken rörande de tidigare uppgifterna av att A., efter att han hade påbörjat kontrollen av GFA:s anbud, inte kunde göra gällande att han inte kände till att han befann sig i en situation som var oförenlig med hans utfästelse om opartiskhet. Av detta anbud framgick tydligt att Stoas var en av medlemmarna i GFA-konsortiet. Dessutom företräddes GTA under det utvärderingsmöte i vilket A.

deltog bland annat av direktören för den avdelning som är ansvarig för Stoaskoncernens internationella verksamhet, B. Trots att A. således befann sig sida vid sida med en person som hade ett stort ansvar i den grupp av vilken han var anställd, underlät han att uppge att han hade en anknytning till nämnda grupp och avgå från utvärderingskommittén, i strid med lydelsen i den ovan angivna förklaringen om opartiskhet.

87 Förstainstansrätten betonar för det tredje att situationens allvar gör att det rimligen kan antas att det kunde finnas ett samförstånd mellan A. och GFA.

88 Det är motiverat att undersöka huruvida GFA:s agerande var lagenligt. Såsom det tidigare har påpekats företrädde GFA under utvärderingsmötet av direktören för den avdelning som var ansvarig för Stoaskoncernens internationella verksamhet, i vilken A. ingick. Enligt GFA:s anbud ingick endast 25 personer i den avdelning som leddes av B., vilket innebar att kommissionen med fog kunde anse att denne kände A. Dessa omständigheter borde ha föranlett kommissionen att utreda skälen till att B. inte uppgett vilken anknytning han hade till en av medlemmarna i utvärderingskommittén.

89 A. utsågs vidare av kommissionen till extern expert i början av september 1999, vid en tidpunkt då GFA ännu inte hade lämnat sitt anbud. Även om A. inte hade deltagit i upprättandet av kontraktshandlingarna, kunde det antas att han under de två månaderna från det att han utsågs som extern expert till tidpunkten för inlämnandet av anbudet hade varit i kontakt med företrädare för GFA-konsortiet. Det skall härvid påpekas att kommissionen under förhandlingen medgett att den, om det hade tagits sådana kontakter, hade varit skyldig att utesluta GFA från upphandlingsförfarandet i fråga. Kommissionen har emellertid inte försökt ställa frågor till A. om detta.

90 Av det ovan anförda följer att kommissionen, genom att inte ställa frågor om förbindelserna mellan A och GFA-konsortiet, har gjort sig skyldig till ett uppenbart bedömningsfel. Genom att på detta sätt åsidosätta principen om god förvaltningssed har kommissionen även åsidosatt principen om likabehandling av anbudsgivare, enligt vilken den är skyldig att opartiskt och objektivt undersöka varje anbud mot bakgrund av de villkor och de allmänna principer som gäller för upphandlingsförfarandet, detta för att säkerställa att alla anbudsgivare har samma möjligheter.

91 Enligt icke-diskrimineringsprincipen är det förbjudet att behandla lika situationer olika och olika situationer lika om det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. I förevarande fall fanns det allvarliga tvivel på huruvida GFA:s anbud var lagenligt. Så länge som dessa tveksamheter bestod, befann sig detta konsortium i en situation som skiljde sig från den i vilken alla andra anbudsgivare befann sig. Kommissionen har, genom att inte inleda någon undersökning i syfte att denna situation skulle upphöra, behandlat GFA på samma sätt som alla andra anbudsgivare, trots att det inte fanns sakliga skäl för en sådan behandling. Genom att därmed åsidosätta principen om likabehandling har kommissionen åsidosatt en rättsregel som syftar till att ge enskilda rättigheter.

92 Eftersom det har fastställts att kommissionen inte har agerat med den omsorg som krävs för att förbereda de åtgärder som syftar till att upphandlingsförfarandet skall kunna fortsätta, är det inte möjligt att bedöma huruvida beslutet att inte förbjuda GFA att delta i resten av förfarandet är lagenligt. Direkt avgörande för frågan huruvida förfarandet var lagenligt är resultatet av den undersökning som kommissionen borde ha vidtagit för att säkerställa att det inte förelåg något samförstånd. Eftersom uppgifter om de faktiska omständigheter som finns i handlingarna inte gör det möjligt att dra slutsatsen att det föreligger ett sådant samförstånd, skall således de anmärkningar enligt vilka sökandena avser att visa att kommissionen borde ha uteslutit GFA från upphandlingsförfarandet inte godtas.

93 Vad beträffar frågan huruvida den rättsstridighet som fastställts kan innebära att gemenskapens skadeståndsansvar aktualiseras, erinrar förstainstansrätten om att det

avgörande kriteriet för att anse att en överträdelse av gemenskapsrätten är tillräckligt klar är att den berörda gemenskapsinstitutionen uppenbart och allvarligt har missbedömt gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning (domen i det ovan i punkt 55 nämnda målet Brasserie du Pêcheur et Factorame och domen i det ovan i punkt 43 nämnda målet Goupil mot kommissionen). Mot bakgrund av de ovan angivna omständigheterna avseende intressekonflikten och den risk för bedrägeri denna innebär, konstaterar förstainstansrätten att kommissionens underlåtenhet är uppenbar och allvarlig och således av sådan beskaffenhet att den aktualiserar gemenskapens skadeståndsansvar.

2. *Skadan och orsakssambandet*

94 Sökandena har åberopat flera typer av skada, nämligen

— förluster som uppkommit under anbudsförfarandet,

— förlorad vinst,

— förlorad "profil",

— AFCons och dess ledares, Mc Mullin och O'Grady, anseende har skadats.

a) Ersättning av skada som motsvarar de förluster som uppkommit till följd av deltagandet i anbudsförfarandet

Parternas argument

95 Sökandena har begärt ersättning för den skada som motsvarar de förluster som uppkommit på grund av att de deltagit i anbudsförfarandet. Det är fråga om de onödiga kostnader som AFCon hade när det lade fram sitt anbud och de kostnader som avser de klagomål som ingetts till kommissionen och ombudsmannen. Dessa förluster består av lön till den personal som anställts för utvecklingen av projektet och alla kostnader för resa och uppehälle som den härvid haft. Sökandena uppskattar denna skada, på grundval av de enhetspriser som anges i AFCons finansiella anbud, till 82 570 euro.

96 Kommissionen har bestritt dessa påståenden. Den har gjort gällande att om AFCon hade tilldelats kontraktet skulle bolaget ändå ha haft de kostnader som det vill ha ersättning för. Den anser följaktligen att det inte är fråga om en skada som den kan bli ansvarig för.

Förstainstansrättens bedömning

97 Man måste göra en åtskillnad mellan den skada som består av de kostnader och utgifter som sökandena haft, å ena sidan för att delta i anbudsförfarandet och å andra sidan för att bestrida lagenligheten av detta förfarande.

— Kostnaderna avseende framställandet av AFCons anbud

98 Förstainstansrätten erinrar om att de ekonomiska aktörerna skall stå för de ekonomiska risker som är förenade med deras verksamhet, med beaktande av omständigheterna i varje enskilt fall. Inom ramen för ett upphandlingsförfarande utgörs dessa ekonomiska risker bland annat av de kostnader som är förbundna med upprättandet av anbudet. De uppkomna kostnaderna skall således betalas av det företag som har valt att delta i förfarandet, och möjligheten att delta i ett upphandlingsförfarande innebär inte att man kan vara säker på att tilldelas kontraktet. I enlighet med denna princip föreskrivs i artikel 24 i de allmänna föreskrifterna om anbudsinfordran och tilldelning av kontrakt som finansieras genom Phare- och Tacisprogrammen att om ett anbudsförfarande upphävs eller ogiltigförklaras har anbudsgivarna inte rätt till någon ersättning. Av detta följer att de kostnader och utgifter som en anbudsgivare har för att delta i ett anbudsförfarande i princip inte utgör en skada som kan ersättas genom skadestånd. Denna bestämmelse kan emellertid inte, utan att det finns en risk att principen om rättssäkerhet och principen om skydd för berättigade förväntningar åsidosätts, tillämpas i sådana fall då ett åsidosättande av gemenskapsrätten i upphandlingsförfarandet har påverkat en anbudsgivares möjligheter att tilldelas ett kontrakt (förstainstansrättens dom av den 17 december 1998 i mål T-203/96, Embassy Limousines & Services mot parlamentet, REG 1998, s. II-4239, punkterna 75 och 97, och av den 29 oktober 1998 i mål T-13/96, TEAM mot kommissionen, REG 1998, s. II-4073, punkterna 70–72).

99 I förevarande fall har sökandena visat att gemenskapsrätten har åsidosatts vid genomförandet av anbudsförfarandet. Detta åsidosättande har medfört att anbudsförfarandet blivit ogiltigt, och det har väsentligt påverkat AFCons möjligheter att tilldelas det ifrågavarande kontraktet.

100 Om kommissionen hade undersökt vilken anknytning som fanns mellan GFA och A. är det nämligen möjligt att den hade dragit slutsatsen att det fanns ett samförstånd som gjorde det berättigat att utesluta GFA från resten av anbudsförfarandet. Det

skall härvid betonas att kommissionen under förhandlingen blev övertygad om att den, om detta hade blivit resultatet av denna undersökning, skulle ha varit tvungen att vidta sanktionsåtgärder mot GFA genom att utesluta detta bolag.

101 När kommissionen beslutade att fullfölja anbudsförfarandet utan att göra någon undersökning beaktade den GFA:s anbud och tilldelade detta konsortium kontraktet trots att det fanns samstämmiga tecken på att det kunde finnas ett samförstånd med en medlem i utvärderingskommittén. Genom att förfara på detta sätt utan att säkerställa att det inte fanns några oegentligheter i fråga om GFA:s deltagande, tillät kommissionen GFA att även fortsättningsvis vara med i upphandlingen, och påverkade därmed AFCons möjligheter att tilldelas kontraktet.

102 Varje anbudsgivare som deltar i ett anbudsförfarande skall i princip godta risken att få stå för de kostnader som är förbundna med framställandet av dess anbud om kontraktet skulle tilldelas en av dess konkurrenter. Godtagandet av denna risk grundar sig emellertid på den presumtion som är förbunden med varje anbudsinfordran och som innebär att kommissionen skall agera opartiskt i enlighet med de principer om vilka det erinrats i punkt 90 ovan på så sätt att anbudsgivarna garanteras samma möjligheter. Kommissionen har, genom att låta GFA delta trots de tecken som nämnts ovan och genom att inte inleda en undersökning, brutit denna presumtion och direkt missgynnat AFCon. AFCon skall följaktligen ersättas för den skada som uppkommit till följd av de kostnader som det haft för deltagandet i förfarandet.

103 Vad beträffar värderingen av denna skada, har sökandena bedömt att den uppgår till 31 070 euro, avseende kostnader för en resa till södra Ryssland för godkännande (8 800 euro), tiden och kostnader för upprättande av anbudet (14 950 euro) och kostnader för resa till Bryssel för att delta i två utvärderingssamtal (7 320 euro). Denna utvärdering förefaller inte avse ett för högt belopp, och den skada som AFC haft till följd av kostnader avseende ingivandet av dess anbud skall därför fastställas till 31 070 euro.

— Kostnaderna för att bestrida anbudsförfarandets lagenlighet

104 Det skall medges att skadan är aktuell, faktisk och säker och att den är en direkt följd av det rättsstridiga agerande som kommissionen har kritiserats för. Sökandena har gjort gällande att denna skada uppgick till 51 500 euro. Beloppet består av följande delar:

— Kostnader för andra klagomål och förfaranden än förevarande förfarande som anhängiggjorts av AFCon efter det att GFA hade tilldelats kontraktet i fråga (26 500 euro).

— Resekostnader och kostnader för sammankomster i Ryssland, Irland och Belgien med kontaktpersoner, politiker och advokater (25 000 euro).

105 Vad beträffar de utgifter som avser resekostnader och kostnader för sammankomster och advokater, har sökandena inte inkommit med någon bevisning som gör det möjligt att kontrollera huruvida dessa kostnader hänför sig till den ersättningsgilla skadan eller någon bevisning som stöder deras beräkning. Eftersom det inte finns någon bevisning kan dessa utgifter således inte beaktas vid värderingen av den uppkomna skadans storlek.

106 Vad beträffar de kostnader för de olika klagomål som AFCon ingett till kommissionen och ombudsmannen, konstaterar förstainstansrätten att två omständigheter skall beaktas vid värderingen.

107 Den första omständigheten avser antalet arvoden per dag (fee/days) som AFCon utbetalat för att företräda sina intressen för att bestrida anbudsförfarandets giltighet. För perioden från det att AFCon informerades om tilldelningen av kontraktet den 17 augusti 2000 till den senaste inlagan från den irländske ministern för Europafrågor till en ledamot av kommissionen till förmån för AFCon i februari 2003 beräknades denna kvantitet till 28 arvoden/dag. Dagstaxan fastställdes till 500 euro med hänvisning till den taxa som AFC tillämpat i dess finansiella anbud. Denna utvärdering förefaller inte avse ett för högt belopp. Den skada som AFCon lidit skall således fastställas till 14 000 euro, som följer av den tid som gått åt för att försvara dess intressen.

108 Den andra delen avser kostnader för efterforskning, som uppgår till 12 500 euro. Sökandena har emellertid inte inkommit med någon uppgift som gör det möjligt att förstå exakt vad dessa kostnader avser eller någon handling till styrkande av deras belopp. Yrkandet avseende denna påstådda efterforskning kan således inte bifallas.

109 Kommissionen skall således förpliktas att erlägga 14 000 euro till AFCon som ersättning för den skada som uppkommit till följd av utgifter som AFCon haft för att försvara sina intressen.

b) Ersättning för den skada som motsvarar förlorad vinst

Parternas argument

110 Sökandena har begärt 25 procent av värdet på AFCons finansiella anbud som ersättning för förlorad vinst, det vill säga 741 591 euro. Detta belopp motsvarar den vinstmarginal som AFCon skulle ha uppnått om det hade tilldelats kontraktet.

111 Kommissionen underlät att ta ställning till denna beräkning eftersom AFCon inte ingett någon bevisning.

Förstainstansrättens bedömning

112 Den skada som åberopats till följd av utebliven vinst förutsätter att AFCon hade rätt att tilldelas kontraktet. Även om kommissionen hade gjort en undersökning avseende vilken anknytning som fanns mellan A. och GFA och kommit fram till att det fanns ett samförstånd som motiverade att GFA uteslöts från förfarandet, hade AFCon emellertid inte varit garanterat att tilldelas kontraktet.

113 Den upphandlande myndigheten är nämligen inte bunden av utvärderingskommitténs förslag utan har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning avseende de omständigheter som skall beaktas för att fatta ett beslut om tilldelning av ett kontrakt (domen i det ovannämnda målet TEAM mot kommissionen, punkt 76). Sökandena har visserligen härvid åberopat revisionsrättens särskilda rapport nr 16/2000 om anbudsförfarandena vid upphandling av tjänster inom Phare- och Tacisprogrammen samt kommissionens svar (EGT C 350, 2000, s. 1) varav det framgår att av 120 kontrakt som ingåtts inom dessa program följde kommissionen utvärderingskommitténs rekommendation i 117 fall. Dessa statistiska uppgifter innebär emellertid inte att den slutsatsen kan dras att AFCon i förevarande fall med säkerhet skulle ha tilldelats kontraktet om GFA hade uteslutits från förfarandet.

114 Den skada som motsvarar AFC:s uteblivna vinst är således inte faktisk och säker, utan hypotetisk. Den kan således inte ersättas.

c) Ersättning för den skada som motsvarar förlorad "profil"

Parternas argument

115 Sökandena har gjort gällande att AFCon, om det hade tilldelats det ifrågavarande kontraktet, skulle ha kunnat delta i andra anbudsförfaranden. Efter det ifrågavarande anbudsförfarandet hade det emellertid börjat gå sämre för AFCons verksamhet. Att det ifrågavarande kontraktet tilldelades GFA har enligt sökandena skadat AFCons anseende och verksamhet.

116 AFCon skulle nämligen automatiskt ha uteslutits från senare anbudsförfaranden. Redan år 2002 skulle nya regler för deltagande ha inneburit att det hade varit förbjudet för AFCon att delta i anbudsförfarandena, eftersom anbudsgivarna enligt dessa regler var tvungna att ha en årlig omsättning och erfarenhet som AFCon inte längre hade.

117 Sökandena har provisoriskt uppskattat förlusten av "profil" till 600 000 euro.

118 Kommissionen har bestritt dessa påståenden, som den anser saknar stöd.

Förstainstansrättens bedömning

119 Den skada för vilken ersättning begärts grundar sig på påståendet att tilldelningen av det ifrågavarande kontraktet till GFA därefter medfört en nedtrappning av AFCons verksamhet, som ledde till att det de facto uteslöts från anbudsförfaranden vid upphandlingar som var jämförbara med den upphandling som var i fråga i förevarande mål. Detta påstående saknar emellertid stöd.

120 Kommissionens utomobligatoriska skadeståndsansvar för denna skada kan således inte aktualiseras.

d) Ersättning för den skada som avser att AFCons och dess ledares anseende har skadats

Parternas argument

121 Sökandena har gjort gällande att AFCons anseende har skadats genom att det inte har tilldelats kontraktet och genom de oegentligheter som förekom vid anbudsförfarandet.

122 Kommissionen har misstrott AFCons tekniska och professionella experter. Kommissionens beslut att inte välja AFCon fick omfattande följder, eftersom AFCon efter att ha förbigåtts i 27 anbudsförfaranden fattade beslutet att inte längre delta i anbudsförfaranden avseende Phare- och Tacisprojekten.

123 Sökandena har gjort gällande att dessa misslyckanden sammanfaller med AFCons klagomål avseende projektet FDRUS 9902. De har angett att de har bevis som visar att AFCon har satts upp på en "svart lista". Denna skada uppskattas till 600 000 euro.

124 Sökandena har gjort gällande att denna skada på AFCons anseende även påverkar Mc Mullins och O'Gradys anseende. De uppskattar denna skada till 75 000 euro per person.

125 Kommissionen har gjort gällande att sökandenas påståenden inte har styrkts. Det kan finnas flera andra skäl till AFCons motgångar än tilldelandet av det ifrågavarande kontraktet till GFA. Kommissionen har bestritt att det skulle finnas en "svart lista". Den har även bestritt att den har skadat Mc Mullins och O'Gradys anseende.

Förstainstansrättens bedömning

126 Sökandena har inte bevisat att det funnits en svart lista eller förslag eller förfaranden som skadat AFCons anseende och som kan tillskrivas kommissionen. Den påstådda skadan kan således inte anses som aktuell, faktisk och säker.

127 Av samma skäl skall påståendena att Mc Mullins och O'Gradys anseende skadats underkännas.

e) Ränta

Parternas argument

128 Sökandena har yrkat att förstainstansrätten till beloppet för den beviljade ersättningen skall lägga kompensationsränta med den årliga räntesats på 8 procent som är gällande i Irland.

129 Sökandena har vidare yrkat att kommissionen skall förpliktas att erlägga dröjsmålsränta med tillämpning av samma räntesats från och med den slutliga domen i målet.

Förstainstansrättens bedömning

130 Vad beträffar beräkningen av kompensationsränta skall räntan börja löpa den första dagen i månaden efter den månad under vilken AFCon senast agerade innan det vidtog rättsliga åtgärder. Detta agerande ägde rum under februari 2003, varför räntan skall börja löpa från och med den 1 mars 2003.

131 Av bilagorna till ansökan framgår att sökandena vid sin värdering av den påstådda skadan inte ansökt om tillämpning av sammansatt ränta. Följaktligen skall metoden för enkel ränta tillämpas vid betalningen av kommissionens skuld.

132 Vad beträffar fastställandet av räntesatsen för kompensationsränta skall denna beräknas på grundval av den räntesats som Europeiska centralbanken tillämpar på huvudsakliga finansieringstransaktioner och som var tillämplig under den aktuella perioden, med tillägg av två procentenheter, nämligen en årlig räntesats på 4 procent. Kommissionens skuld till AFCon uppgår den dag då förevarande dom avkunnas till 48 605 euro, inklusive ränta.

133 Vidare skall dröjsmålsränta utgå på detta belopp från och med den dag då förevarande dom avkunnas till dess att full betalning sker. Räntesatsen för den dröjsmålsränta som skall tillämpas skall beräknas på grundval av den räntesats som

Europeiska centralbanken tillämpar på huvudsakliga refinansieringstransaktioner och som var tillämplig under den aktuella perioden, med tillägg av två procentenheter. Räntebeloppet skall beräknas med tillämpning av metoden för sammansatt ränta.

Rättegångskostnader

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

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande dom:

1) **Kommissionen skall till AFCon erlägga 48 605 euro jämte ränta från och med den dag då förevarande dom avkunnas till dess att full betalning sker. Den räntesats som skall tillämpas skall beräknas på grundval av den**

räntesats som Europeiska centralbanken tillämpar på huvudsakliga refinansieringstransaktioner och som var tillämplig under den aktuella perioden, med tillägg av två procentenheter. Räntebeloppet skall beräknas med tillämpning av metoden för sammansatt ränta.

2) **Talan ogillas i övrigt.**

3) **Kommissionen skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Lindh García-Valdecasas Cooke

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 17 mars 2005.

H. Jung

Justitiesekreterare

P. Lindh

Ordförande

Innehållsförteckning

Bakgrund ..... II - 985

Förfarandet ..... II - 990

Parternas yrkanden ..... II - 991

Rättslig bedömning ..... II - 992

A — Begäran om åtgärder för bevisupptagning ..... II - 992

B — Skadeståndstalan ..... II - 993

1. Huruvida det agerande som kommissionen har kritiserats för var rättsstridigt II - 993

a) Huruvida GFA:s anbud var rättsstridigt ..... II - 994

Parternas argument ..... II - 994

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 998

b) Användningen av otillåtna utvärderingskriterier ..... II - 1002

Parternas argument ..... II - 1002

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 1003

c) Konsekvenserna av intressekonflikten ..... II - 1004

Parternas argument ..... II - 1004

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 1007

2. Skadan och orsakssambandet ..... II - 1013

a) Ersättning av skada som motsvarar de förluster som uppkommit till följd av deltagandet i anbudsförfarandet ..... II - 1014

Parternas argument ..... II - 1014

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 1014

— Kostnaderna avseende framställandet av AFCons anbud ..... II - 1015

— Kostnaderna för att bestrida anbudsförfarandets lagenlighet .. II - 1017

b) Ersättning för den skada som motsvarar förlorad vinst ..... II - 1018

Parternas argument ..... II - 1018

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 1019

c) Ersättning för den skada som motsvarar förlorad "profil" ..... II - 1020

Parternas argument ..... II - 1020

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 1020

d) Ersättning för den skada som avser att AFCons och dess ledares anseende har skadats ..... II - 1021

Parternas argument ..... II - 1021

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 1022

e) Ränta ..... II - 1022

Parternas argument ..... II - 1022

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 1023

Rättegångskostnader ..... II - 1024