Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (nionde avdelningen)

den 8 november 2018*

”Offentlig upphandling – Anbudsförfarande – Utredning av en privat revisor – Utredning av Olaf – Upptäckt av oegentligheter – Kommissionens beslut att ålägga sökanden en administrativ sanktion – Uteslutning från deltagande i upphandlingsförfaranden och förlust av rätten att erhålla bidrag som finansieras med medel ur unionens allmänna budget under en period på 6 månader – Upptagande i databasen i systemet för tidig upptäckt och uteslutning – Ny grund – Rätten till försvar”

I mål T-454/17,

”**Pro NGO!**” **(Non-Governmental-Organisations/Nicht-Regierungs-Organisationen) e.V.**, Köln (Tyskland), företrädd av advokaten M. Scheid,

sökande,

mot

**Europeiska kommissionen**, företrädd av F. Dintilhac och B.-R. Killmann, båda i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan enligt artikel 263 FEUF om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 16 maj 2017 om administrativ sanktion i form av uteslutning av sökanden från deltagande i upphandlingsförfaranden och förlust av rätten att erhålla bidrag som finansieras med medel ur Europeiska unionens allmänna budget och som föreskrivs i Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) nr 966/2012 av den 25 oktober 2012 om finansiella regler för unionens allmänna budget och om upphävande av rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 (EUT L 298, 2012, s. 1), under en period på 6 månader, samt om förlust av rätten att erhålla medel som föreskrivs i rådets förordning (EU) 2015/323 av den 2 mars 2015 med budgetförordning för elfte Europeiska utvecklingsfonden (EUT L 58, 2015, s. 17) under en lika lång period,

meddelar

TRIBUNALEN (nionde avdelningen),

sammansatt av ordföranden S. Gervasoni samt domarna L. Madise och R. da Silva Passos (referent),

justitiesekreterare: E. Coulon,

följande

* Rättegångsspråk: tyska.

# Dom

## Bakgrund till tvisten

1 Sökanden, "Pro NGO!" (Non-Governmental-Organisations/Nicht-Regierungs-Organisationen) e.V., är en sammanslutning som är registrerad i Tyskland och som tillhandahåller rådgivning och stöd till icke-statliga organisationer när dessa ansöker om ekonomiskt stöd och genomför projekt.

2 Den 15 juli 2011 undertecknade sökanden en "förklaring om partnerskap" avseende ett projekt för vilket stöd erhölls från Europeiska kommissionen. I nämnda förklaring gav sökanden sin huvudpartner rätt att underteckna ett "bidragsavtal med kommissionen" och att företräda sökanden i samtliga kontakter med den sistnämnda i samband med genomförandet av projektet.

3 Den 29 december 2011 undertecknade Europeiska unionen, företrädd av sin delegation i Republiken Moldavien, ett bidragsavtal med organisationen "International Society for Human Rights – Moldavian Section" (nedan kallad ISHR-MS) (nedan kallat bidragsavtalet) vilket avsåg projektet att "stärka det civila samhällets organisationer i Moldavien i deras arbete för att förebygga hiv/aids och för vård av kvinnliga och minderåriga fångar" (nedan kallat projektet). Den totala stödberättigande kostnaden för projektet beräknades till 517 531 euro. EU:s finansiering fastställdes till högst 414 025 euro.

4 Enligt artikel 5.3 i bilaga IV till bidragsavtalet fick leveransavtal till ett värde av mer än 10 000 euro och mindre än 60 000 euro endast tilldelas efter ett förhandlat förfarande utan offentliggörande, i vilket ISHR-MS var skyldig att samråda med minst tre olika leverantörer och förhandla om avtalsvillkoren med en eller flera av dem.

5 Den 17 januari 2012 ingick ISHR-MS och sökanden ett samarbetsavtal för genomförande av projektet (nedan kallat samarbetsavtalet).

6 En revisionsbyrå (nedan kallad revisorn) genomförde på kommissionens begäran en revision av projektet (nedan kallad revisionen). Denna revision delades upp i två delar. Den första delen, som varade från den 8 till den 12 april 2013, omfattade perioden från den 30 december 2011 till den 31 december 2012 och den andra delen, som ägde rum den 21–23 juli 2014, omfattade den efterföljande perioden fram till den 26 april 2013.

7 Efter den första delen informerade revisorn, genom skrivelse av den 3 maj 2013, kommissionen om att revisorn, under ett möte den 9 april 2013, hade begärt ytterligare information om det upphandlingsförfarande som hade följts för att välja leverantör av redaktionellt arbete för projektet. I denna skrivelse förklarade revisorn att såväl sökanden som ISHR-MS hade uppgett att inget särskilt förfarande hade anordnats med anledning av att beloppen i fråga, på totalt 42 424,44 euro, hade bokförts under olika budgetrubriker. En företrädare för sökanden hade emellertid följande dag, vid ett möte, visat upp tre anbud vilka hade ingetts av olika förlag och förklarat att vederbörande hade missuppfattat den fråga som hade ställts och att dessa tre anbud hade beaktats innan leverantören valdes.

8 ISHR-MS överlämnade därefter sina synpunkter på ett utkast till rapport av den 17 oktober 2013 avseende den första delen av revisionen till revisorn. I samband med detta anförde ISHR-MS bland annat att "revisorn [vid mötet den 9 april 2013] [hade] frågat ISHR-MS om ett förhandlat förfarande hade följts [med avseende på valet av leverantör av redaktionellt arbete]", att "[dess] svar [hade] varit att ett upphandlingsförfarande inte hade genomförts eftersom det inte krävdes i avtalet", att "[e]tt förhandlat förfarande utan offentliggörande hade följts", att "tre anbud från tre leverantörer av redaktionellt arbete och ett avtal med den valda leverantören [hade] ingetts till revisorn följande förmiddag" och att ISHR-MS "[hade] förklarat det förhandlade förfarande som hade följs för revisorn" och att" [i]nga ytterligare bevis [hade] begärts".

9 Den 23 januari 2015 utarbetade Europeiska byrån för bedrägeribekämpning (Olaf) en rapport om utredning av eventuella oegentligheter inom ramen för projektet (nedan kallad Olafs rapport).

10 Den 8 september 2015 levererade revisorn sin slutliga revisionsrapport (nedan kallad den slutliga revisionsrapporten).

11 Genom en skrivelse av den 16 januari 2017 informerade den panel som hade upprättats i enlighet med artikel 8.5–8.10 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) nr 966/2012 av den 25 oktober 2012 om finansiella regler för unionens allmänna budget och om upphävande av rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 (EUT L 298, 2012, s. 1), i syfte att upptäcka hot mot unionens ekonomiska intressen och ålägga administrativa sanktioner (nedan kallad panelen), sökanden om att kommissionen hade uppmanat den att anta en rekommendation innan det beslutades att sökanden skulle uteslutas från deltagande i upphandlingsförfaranden och fråntas rätten att erhålla bidrag. I punkt 3.2 i denna skrivelse angavs att det under revisionen hade konstaterats att ISHR-MS inte hade organiserat ett upphandlingsförfarande i enlighet med bilaga IV till bidragsavtalet. Det angavs även att sökanden hade lämnat in falska handlingar till revisorn för att ge intrycket att upphandlingsförfaranden hade organiserats.

12 Sökanden yttrade sig genom skrivelse av den 30 januari 2017.

13 Genom skrivelser av den 9 februari och den 6 mars 2017 översände panelen ytterligare information till sökanden. Sökanden lämnade synpunkter genom skrivelser av den 15 februari och den 8 mars 2017.

14 Panelen antog den 24 mars 2017 en rekommendation i vilken den, med anledning av att sökanden hade gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, rekommenderade kommissionen att utesluta sökanden från deltagande i upphandlingsförfaranden och att frånta sökanden rätten att uppbära bidrag under en period på sex månader.

15 Genom beslut av den 24 mars 2017 uteslöt kommissionen ISHR-MS från deltagande i upphandlingsförfaranden och fråntog organisationen rätten att uppbära bidrag under en period på två år.

16 Med beaktande av den rekommendation som avses i punkt 14 ovan antog kommissionen beslutet av den 16 maj 2017 om administrativ sanktion i form av uteslutning av sökanden från deltagande i upphandlingsförfaranden och förlust av rätten att erhålla bidrag som finansieras med medel ur Europeiska unionens allmänna budget och som föreskrivs i förordning nr 966/2012, under en period på 6 månader, samt om förlust av rätten att erhålla medel som föreskrivs i rådets förordning (EU) 2015/323 av den 2 mars 2015 med budgetförordning för elfte Europeiska utvecklingsfonden (EUT L 58, 2015, s. 17) under en lika lång period (nedan kallat det angripna beslutet).

17 I skäl 39 i det angripna beslutet konstaterade kommissionen att den omständigheten att handlingarna i fråga har utarbetats på ISHR-MS begäran inte motsade det faktum att sökanden hade lämnat in dem till revisorn för att övertyga denne om att upphandlingsförfarandena hade iakttagits. I samma skäl anges att den omständigheten att sökanden lämnade in dessa handlingar efter att ha medgett under revisionen att organisationen inte hade följt ett upphandlingsförfarande gör att sökandens yrkesheder måste anses vara mycket diskutabel, även om sökanden inte själv utarbetade dessa handlingar.

18 I skäl 45 i det angripna beslutet tillade kommissionen att panelen, ”i samband med att det kontradiktoriska förfarandet inleddes med [sökanden], hade anfört att det var möjligt att utesluta sökanden under ett år, med beaktande av … [sökandens] uppsåtliga agerande, eftersom det var uppenbart att det fastställda överlämnandet till den privata revisorn av handlingarna om upphandlingsförfarandena hade skett i syfte att vilseleda denna person”.

**Förfarandet och parternas yrkanden**

19 Sökanden har väckt förevarande talan genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 14 juli 2017.

20 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

– ogiltigförklara det angripna beslutet, och

– förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

21 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

– ogilla talan, och

– förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

**Rättslig bedömning**

22 Sökanden har i sin ansökan anfört fyra grunder till stöd för talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet. För det första fastställde kommissionen de faktiska omständigheter om motiverar den sanktion som tillämpats på sökanden på ett ofullständigt sätt. För det andra stred kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna mot den slutliga revisionsrapporten. För det tredje stred kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna mot Olafs rapport. För det fjärde åsidosatte kommissionen sökandens rätt att yttra sig. I repliken har sökanden även ifrågasatt sanktionens proportionalitet.

23 Det är lämpligt att inledningsvis pröva de tre första grunderna tillsammans. I dessa grunder har sökanden i sak gjort gällande att kommissionen fastställde de faktiska omständigheter som motiverar den tillämpade sanktionen på ett ofullständigt sätt och i strid med de handlingar som den förfogade över, i synnerhet den slutliga revisionsrapporten och Olafs rapport.

***De tre första grunderna om ofullständigt fastställande av relevanta faktiska omständigheter samt bedömning av de faktiska omständigheterna i strid med den slutliga revisionsrapporten och Olafs rapport***

24 Sökanden har för det första gjort gällande att kommissionen motiverade det angripna beslutet enbart på grundval av revisorns skrivelse av den 3 maj 2013. Enligt sökanden borde kommissionen inte enbart ha förlitat sig på dessa preliminära slutsatser utan borde i stället ha fattat beslut på grundval av en övergripande analys av alla tillgängliga uppgifter, däribland uppgifterna i den slutliga revisionsrapporten, och sålunda kommit fram till att de faktiska omständigheterna, såsom de presenteras i denna skrivelse, inte hade medtagits i denna rapport.

25 Sökanden har vidare anfört att kommissionen, när den fastställde att sökanden hade gjort ett allvarligt fel i yrkesutövningen, felaktigt angav att sökanden hade lämnat in falska handlingar till revisorn för att övertyga denne om att upphandlingsförfarandena hade följts, trots att sökanden inte själv hade utarbetat dessa handlingar. Sökanden har vidare gjort gällande att uppgiften om att dess företrädare hade överlämnat handlingarna inte hade tagits med i den slutliga revisionsrapporten. Sökanden har dragit slutsatsen att om kommissionen hade gjort en övergripande analys av tillgängliga uppgifter skulle den ha insett att sökanden inte hade lämnat handlingarna i fråga till revisorn och därför inte hade handlat rättsstridigt.

26 Sökanden har slutligen gjort gällande att kommissionen borde ha antagit sitt beslut med beaktande även av Olafs rapport varvid institutionen skulle ha insett att sökanden inte hade lämnat in handlingarna i fråga och att något rättsstridigt handlande därför inte kunde läggas sökanden till last. Enligt sökanden bedömde inte Olafs åklagare att en företrädare för sökanden hade lämnat de tre anbuden i fråga till revisorn.

27 Kommissionen har bestritt dessa argument.

28 I detta avseende bör det för det första noteras att revisorn, i sin skrivelse av den 3 maj 2013, uppgav att han först hade informerats av sökanden och ISHR-MS om att inget särskilt förfarande hade anordnats. I denna skrivelse preciserades dessutom att det var en företrädare för sökanden som följande dag till revisorn hade lämnat tre anbud som hade kommit in från olika förlag och förklarat att vederbörande hade missförstått revisorns fråga och att de tre anbuden hade beaktats innan leverantören valdes.

29 För det andra framgår det av Olafs rapport att de handlingar som lämnades till revisorn i samband med revisionen var falska handlingar vilka hade utarbetats på begäran av ISHR-MS företrädare, med revisionen i åtanke, i syfte att ge intrycket att avtalet hade iakttagits. I denna rapport anges att Olaf hade genomfört ett uppdrag i Moldavien och hade kunnat bekräfta den bedrägliga skenmanöver som hade använts av bidragsmottagaren.

30 För det tredje framgår det av den slutliga revisionsrapporten att projektsamordnaren inledningsvis förklarade för revisorn att inget förhandlat förfarande hade följts. Enligt rapporten mottog revisorn emellertid följande dag tre olika anbud från leverantörer av förlagstjänster och en vecka efter nämnda revision skickade bidragsmottagaren skannade kopior av de handlingar som saknades till revisorn. Den enda person som hade undertecknat samtliga handlingar var, enligt revisorn, N, det vill säga projektetsamordnaren.

31 För det fjärde framgår det av sökandens yttrande av den 30 januari 2017, samt av punkt 19 i ansökan och punkterna 11 och 12 i repliken, att sökanden, såsom den själv informerade revisorn om vid mötet den 9 april 2013, inte hade anordnat någon ”anbudsinfordran”. Vid samma tillfälle uppgav IHSR-MS att inte heller den hade anordnat någon ”anbudsinfordran”.

32 För det femte bekräftade sökanden, i punkterna 13 och 14 i repliken, att den, när revisorn därefter under samma sammanträde den 9 april 2013 begärde tillgång till handlingarna om ett ”förhandlat förfarande” hade förklarat att den inte hade anordnat någon ”anbudsinfordran”, och därför inte heller kunde lämna ut handlingar avseende ett ”förhandlat förfarande”. I samma punkter bekräftade sökanden emellertid att ISHR-MS ombud vid samma tillfälle hade förklarat att hon hade mottagit tre anbud. Handlingarna rörande dessa tre anbud lämnades, enligt sökanden, till revisorn dagen därpå, det vill säga den 10 april 2013, av nämnda företrädare och i närvaro av sökandens företrädare. Sökanden har uppgett att den inte kände till att ISHR-MS hade anordnat en anbudsinfordran eller mottagit anbud.

33 Av det ovan anförda framgår dels att sökanden har medgett att den uppgav för revisorn att den varken hade följt ett ”anbudsförfarande” eller ett ”förhandlat förfarande” i samband med valet av leverantör av redaktionellt arbete inom ramen för projektet, dels att ISHR-MS företrädare hade förklarat att hon hade mottagit tre anbud, och därefter hade lagt fram handlingarna avseende dessa anbud vid mötet den 10 april 2013 med revisorn, vid vilket sökanden var närvarande.

34 Sökanden har emellertid, trots att den har medgett de faktiska omständigheter såsom de beskrivs i punkt 33 ovan, bestritt ansvar för utarbetandet av de handlingar som avses i den punkten och förnekat att den personligen lämnade dessa handlingar till revisorn när de träffades på mötet den 10 april 2013. Det är mot denna bakgrund som sökanden har bestritt det angripna beslutet.

35 I detta avseende ska det för det första konstateras att sökanden var närvarande vid mötet med ISHR-MS den 10 april 2013. För det andra var det sökanden som vid detta möte presenterade tre anbud från olika förlag för revisorn. Detta framgår av revisorns skrivelse av den 3 maj 2013 vilken upprättades vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna av en revisor utan koppling till kommissionen. För det tredje, även om det var ISHR-MS som överlämnade handlingarna i fråga till revisorn, såsom sökanden har gjort gällande i repliken, framgår det inte av handlingarna i målet att sökanden tog avstånd från ISHR-MS beslut att överlämna dessa handlingar till revisorn, trots att sökanden hade kunnat avslöja denna oegentlighet, eller i vart fall hade kunnat avstå från att delta i mötet. För det fjärde ansvarar sökanden för förvaltningen av bidragsavtalet till följd av ”förklaringen om partnerskap” i artikel 16 i bidragsavtalet och samarbetsavtalet.

36 Dessutom, och i motsats till vad sökanden har gjort gällande, motsades skrivelsen av den 3 maj 2013 i vilken det preciserades att sökanden hade överlämnat tre anbud från olika förlag till revisorn varken av Olafs rapport eller av den slutliga revisionsrapporten. För det första anges inte i nämnda rapport vem som hade överlämnat handlingarna i fråga till revisorn, utan enbart att dessa handlingar var falska och hade utarbetats på begäran av ISHR-MS, med revisionen i åtanke, i syfte att ge intrycket att avtalet hade iakttagits. För det andra anges i den slutliga revisionsrapporten att revisorn mottog de tre anbuden i fråga vid ett möte vid vilket sökanden och ISHR-MS båda var närvarande, utan att det preciseras vilken person som överlämnade dessa handlingar till revisorn.

37 Av det ovan anförda följer att kommissionen hade fog för sin bedömning att sökanden uppsåtligen hade vilselett revisorn.

38 Någon annan bedömning av detta uppsåtliga beteende föranleds för övrigt inte av den försäkran på heder och samvete av den 10 juli 2017 som undertecknades av B, det vill säga sökandens styrelseordförande, och som har bifogats ansökan.

39 Det ska i detta avseende noteras att även om en försäkran på heder och samvete, enligt rättspraxis, kan ha bevisvärde vid bedömningen av dessa egenskaper, är det vid bedömningen av nämnda bevisvärde nödvändigt att kontrollera trovärdigheten och riktigheten av uppgifterna i denna förklaring, med beaktande av bland annat handlingens ursprung, omständigheterna kring dess utarbetande, dess mottagare och fråga sig om nämnda handling, med beaktande av dess innehåll, verkligen verkar förnuftig och tillförlitlig (se dom av den 3 juli 2014, Alchaar/rådet, T-203/12, ej publicerad, EU:T:2014:602, punkt 164 och där angiven rättspraxis).

40 Den försäkran på heder och samvete som är aktuell här kommer från sökanden själv, då den undertecknades av dess styrelseordförande, och motsägs av den version av de faktiska omständigheterna som ges i skrivelsen av den 3 maj 2013, vilken upprättades av en oberoende revisor och formulerades vid tiden för händelserna i målet. Denna skrivelse har för övrigt varken ifrågasatts i den slutliga revisionsrapporten eller i Olafs rapport.

41 För att kunna avgöra huruvida det angripna beslutet, och särskilt skäl 39 däri, som nämns i punkt 17 ovan, är välgrundat är det dessutom nödvändigt att i detalj analysera vilket ansvar som sökanden hade inom ramen för projektet.

42 För det första ska det påpekas att sökanden genom den ”förklaring om partnerskap” som den undertecknade den 15 juli 2011 förklarade sig vara solidariskt ansvarig för projektet. Genom denna förklaring, i vilken partnerskap definieras som ”en förbindelse … mellan två eller flera organisationer med delat ansvar för genomförande av det av kommissionen subventionerade projektet”, fick sökanden kännedom om alla skyldigheter som följde av bidragsavtalet och gav även ISHR-MS befogenhet att ”företräda [sökanden] i samtliga kontakter med kommissionen i samband med genomförandet av det projekt [som finansierades av kommissionen]”. I förklaringen anges även att ”ISHR-MS regelbundet bör samråda med sina partner och hålla dem informerade om framstegen [i projektet]”.

43 För det andra anges i artikel 16.2 tredje stycket i bilaga II till bidragsavtalet att ”[ISHR-MS] åtar sig att ge tillräcklig tillgång till … alla handlingar … som gäller den tekniska och ekonomiska förvaltningen” av projektet. I artikel 16.3 i samma bilaga föreskrivs också att ”de handlingar som avses i artikel 16.2 [i denna bilaga] omfattar … bevis för upphandlingsförfaranden, såsom handlingar om anbudsinfordran, anbud från anbudsgivare och utvärderingsrapporter”. Vidare anges i artikel 5.3 i bilaga IV till bidragsavtalet att ”[l]everansavtal till ett värde av mindre än 60 000 euro endast tilldelas efter ett förhandlat förfarande utan offentliggörande, i vilket [ISHR-MS] är skyldig att samråda med minst tre olika leverantörer efter eget val” och att ”[i] fråga om leveransavtal till ett värde av 1 0 000 euro eller mindre, kan [ISHR-MS] beställa på grundval av ett enda anbud”.

44 För det tredje anges det i samarbetsavtalet att ”ISHR-MS och [sökanden] är överens om att samarbeta vid genomförandet av … projektet”. I nämnda avtal fastställs att ”ISHR-MS är ytterst ansvarig för förvaltningen av projektet i dess helhet, inklusive för förberedandet och genomförandet av all projektverksamhet …, bokföring och kontroll av projektet, samt för upprättandet av rapporter avsedda för [Europeiska unionens delegation i Republiken Moldavien]”. Det föreskrivs också att ”ISHR-MS ska rådfråga [sökanden] vid behov” och att ”[d]e viktigaste frågorna rörande personal eller genomförandet av projektet ska diskuteras av parterna innan beslut fattas”. I avtalet fastställs slutligen att ”[sökanden] i synnerhet ska ansvara för … tillhandahållandet av erfaren personal i syfte att stödja och utbilda [ISHR-MS] i alla aspekter av projektförvaltning (genomförande, rapportering, räkenskaper)”.

45 Mot bakgrund av ovanstående bedömer tribunalen att sökanden saknar fog för bestridandet av kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna i det angripna beslutet och för bestridandet av ansvar vad avser överlämnandet av de tre anbuden om redaktionellt arbete, som avses i punkt 33 ovan. Det har i och för sig inte ifrågasatts i det angripna beslutet att det var ISHR-MS som ansvarade för utarbetandet av dessa handlingar. Kommissionen gjorde emellertid en korrekt bedömning när den fastställde att detta inte uteslöt att sökanden ansvarade för överlämnandet av nämnda handlingar till revisorn.

46 Det framgår av de omständigheter som beskrivs i punkterna 42–44 ovan att ISHR-MS var ytterst ansvarig för förvaltningen av projektet i dess helhet, inklusive för förberedandet och genomförandet av all projektverksamhet. Enligt artikel 16 i bilaga II till bidragsavtalet, jämförd med artikel 5.3 i bilaga IV till samma avtal, skulle det förhandlade förfarandet utan offentliggörande som avses i förevarande mål genomföras. Det framgår dessutom av dessa omständigheter att avtalet om leverans av redaktionellt arbete inom ramen för projektet, med anledning av att dess värde var 42 424,44 euro, borde ha tilldelats efter ett förhandlat förfarande utan offentliggörande, vid vilket den upphandlande enheten var skyldig att samråda med minst tre olika leverantörer.

47 Enligt de omständigheter som beskrivs i punkterna 42–44 ovan var ISHR-MS skyldig att samråda med sökanden om organisationen bedömde att det var nödvändigt. Under alla omständigheter skulle de viktigaste frågorna, särskilt sådana som gällde genomförandet av projektet, diskuteras av parterna innan beslut fattades. Det framgår i synnerhet av samarbetsavtalet att sökanden ansvarade för tillhandahållandet av erfaren personal i syfte att stödja och utbilda ISHR-MS i alla aspekter av projektförvaltning, det vill säga genomförande, rapportering och räkenskaper.

48 Med beaktande av sökandens stödfunktion i förhållande till ISHR-MS, bland annat med avseende på projektets genomförande, och med beaktande av värdet på avtalet om leverans av redaktionellt arbete, vilket var 42 424,44 euro, vilket motsvarade mer än 10 procent av vad som hade fastställts som det maximala unionsstödet (414 025 euro), var det sökandens ansvar att säkerställa att kravet på samråd med tre olika leverantörer iakttogs samt att innehållet i de handlingar som avses i punkt 33 ovan var korrekt när de överlämnades till revisorn, även om sökanden inte själv hade utarbetat dessa handlingar.

49 Den omständigheten att sökanden själv i ett inledande skede upplyste revisorn om att den inte hade följt något ”anbudsförfarande” eller ”förhandlat förfarande” vid valet av leverantör av redaktionellt arbete inom ramen för projektet är i sig en viktig faktor att beakta vid bedömningen av dess ansvar med avseende på överlämnandet i ett senare skede av handlingar till revisorn. Redan förekomsten av dessa handlingar som avses i punkt 33 ovan står i strid med de uppgifter som sökanden, i egenskap av partner i projektet, lämnade till revisorn.

50 För det andra bör det noteras att de handlingar som avses i punkt 33 ovan överlämnades till revisorn under ett möte vid vilket sökanden var närvarande. Med beaktande av sökandens ansvarsområden, enligt ”förklaringen om partnerskap”, artikel 16 i bidragsavtalet och samarbetsavtalet, innebär sökandens blotta närvaro vid detta möte att sökanden ansvarar för överlämnandet. Inom ramen för sin stödfunktion i förhållande till ISHR-MS med avseende på genomförandet av projektet var sökanden nämligen skyldig att, vid tidpunkten för överlämnandet av handlingarna i fråga, säkerställa att anbudsförfarandet hade iakttagits och att dessa handlingar överensstämde med anbud som faktiskt hade mottagits av ISHR-MS. Såsom anförs i punkt 35 ovan framgår det inte av handlingarna i målet att sökanden tog avstånd från ISHR-MS beslut att överlämna dessa handlingar till revisorn under mötet den 10 april 2013, trots att sökanden kände till, bland annat till följd av att de uppgifter som hade lämnats till revisorn den 9 april 2013 enligt vilka varken ett ”anbudsförfarande” eller ett ”förhandlat förfarande” hade följts, att de överlämnade handlingarna inte var korrekta.

51 Sökanden har således felaktigt gjort gällande att kommissionen i det angripna beslutet fastställde de sakförhållanden som motiverade den tillämpade sanktionen på ett ofullständigt sätt och i strid med de handlingar som institutionen förfogade över, däribland den slutliga revisionsrapporten och Olafs rapport.

52 Talan kan följaktligen inte bifallas såvitt avser den första, den andra och den tredje grunden. Det är därför inte nödvändigt att ta ställning till sökandens begäran om vittnesmål i punkterna 18 och 31 i ansökan.

### *Den fjärde grunden om åsidosättande av rätten att yttra sig*

53 I en första del av denna grund har sökanden gjort gällande att den först efter att ha framfört en invändning om åsidosättande av dess rätt att yttra sig gavs möjlighet att ta del av revisorns skrivelse av den 3 maj 2013 och Olafs rapport. Sökanden anser för övrigt att den inte getts möjlighet att yttra sig över punkter i dessa handlingar vilka hade kunnat ha avgörande betydelse, då flera avsnitt hade maskerats i den version av dessa handlingar som lämnades ut till sökanden. I en andra del av denna grund har sökanden gjort gällande att den endast getts möjlighet att yttra sig och ta del av handlingarna i ärendet via panelen och att kommissionen därefter inte själv hörde sökanden före antagandet av det angripna beslutet.

54 Kommissionen har bestritt detta resonemang. Kommissionen har dessutom, med stöd av artikel 84 i tribunalens rättegångsregler, gjort gällande att det argument som framfördes av sökanden för första gången i repliken, enligt vilket sökanden endast getts möjlighet att yttra sig och ta del av handlingarna i ärendet via panelen och inte hördes ytterligare av kommissionen före antagandet av det angripna beslutet, inte kan tas upp till sakprövning.

55 I detta avseende ska det för det första erinras om att enligt artikel 41.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna har var och en rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt, rättvist och inom skälig tid av unionens institutioner, organ och byråer. I punkt 2 i samma artikel anges att denna rätt innefattar en rätt för var och en att bli hörd innan en enskild åtgärd som skulle beröra honom eller henne negativt vidtas mot vederbörande.

56 Rätten att yttra sig, vilken unionens samtliga institutioner, organ och byråer har en direkt skyldighet att iaktta, innebär att varje person som direkt berörs av en åtgärd av någon av dessa myndigheter ska ges möjlighet att, på ett ändamålsenligt och effektivt sätt, delge sin synpunkt under ett administrativt förfarande som kan leda till en enskild åtgärd som kan påverka personen negativt (se dom av den 19 oktober 2017, Bernaldo de Quirós/kommissionen, T-649/16, ej publicerad, EU:T:2017:736, punkt 70 och där angiven rättspraxis).

57 Vad gäller den första delen av den fjärde grunden ska det påpekas att enbart den omständigheten att vissa avsnitt i de handlingar som gjordes tillgängliga för sökanden hade maskerats inte åsidosatte sökandens rätt att yttra sig, vilket kommissionen helt korrekt har påpekat.

58 Vad för det första beträffar revisorns skrivelse av den 3 maj 2013 är de faktiska omständigheter som beskrivs däri och som återges i det angripna beslutet de som anges i punkt 7 ovan. Genom denna skrivelse informerade revisorn kommissionen om att han vid ett möte hade begärt ytterligare information om det upphandlingsförfarande som hade följts för att välja leverantör av redaktionellt arbete för projektet. I denna skrivelse preciserade revisorn att sökanden och ISHR-MS först hade uppgett att inget särskilt förfarande hade anordnats med anledning av att beloppet i fråga, totalt 42 424,44 euro, hade bokförts under olika budgetrubriker. Revisorn uppgav även att en företrädare för sökanden följande dag hade lämnat in tre anbud som hade inkommit från olika förlag med förklaringen att företrädaren hade missförstått den fråga som revisorn hade ställt och att dessa tre anbud hade beaktats före valet av leverantör.

59 Denna beskrivning av de faktiska omständigheterna återfinns i sak i det angripna beslutet, särskilt i skälen 19 och 20. Nämnda beslut grundar sig inte på, och hänvisar inte ens till, de avsnitt i revisorns skrivelse av den 3 maj 2013 som var maskerade i den version av denna handling som hade skickats till sökanden.

60 Vad för det andra gäller Olafs rapport är de faktiska omständigheter som beskrivs däri och som återges i det angripna beslutet de omständigheter som anges i punkt 29 ovan. Det framgår av denna rapport att de handlingar som överlämnades till revisorn i samband med revisionen var falska handlingar som hade utarbetats på begäran av ISHR-MS företrädare, med revisionen i åtanke, i syfte att ge intrycket att avtalet hade iakttagits. I denna rapport uppgav Olaf att byrån hade kunnat bekräfta den bedrägliga skenmanöver som hade använts av bidragsmottagaren.

61 Det framgår emellertid att den beskrivning av de faktiska omständigheterna som återges i det angripna beslutet, särskilt i skälen 19 och 20, också ligger i linje med slutsatserna i Olafs rapport, som avses i punkterna 29 och 60 ovan. Även om Olaf i nämnda rapport endast hänvisar till ISHR-MS roll och inte berör de särskilda omständigheter som gällde sökanden på vilka kommissionen grundade sig när den antog det angripna beslutet, ska det likväl konstateras att kommissionen i detta beslut varken grundade sig på, eller ens hänvisade till, de avsnitt i denna rapport som var maskerade i den version av denna handling som hade skickats till sökanden.

62 Vad gäller handlingarna i fråga grundade sig det angripna beslutet följaktligen endast på faktiska omständigheter som berörde sökanden och som nämns i de avsnitt som inte hade maskerats, vilka sökanden fått kännedom om och haft möjlighet att ta ställning till.

63 Talan kan följaktligen inte bifallas såvitt avser den fjärde grundens första del.

64 När det gäller den andra delen av den fjärde grunden är det lämpligt att först analysera de unionsbestämmelser som är tillämpliga i förevarande fall.

65 Det angripna beslutet antogs på grundval av artikel 105a.2 i förordning nr 966/2012, som har följande lydelse:

"2. Beslutet om uteslutning och/eller åläggande av ekonomiska sanktioner ska fattas av den upphandlande myndigheten. Ett sådant beslut ska grundas på en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt administrativt beslut.

I de fall som avses i artikel 106.2, ska den upphandlande myndigheten dock hänskjuta ärendet till den panel som avses i artikel 108 i syfte att säkerställa en centraliserad bedömning av dessa situationer. I sådana fall ska den upphandlande myndigheten fatta sitt beslut på grundval av en preliminär rättslig bedömning med beaktande av rekommendationen från panelen.

…"

66 I artikel 106 i förordning nr 966/2012 föreskrivs följande:

"1. Den upphandlande myndigheten ska utesluta ekonomiska aktörer från deltagande i upphandlingsförfaranden som omfattas av denna förordning i följande fall:

…

c) Det har genom en slutgiltig dom eller ett slutgiltigt administrativt beslut fastställts att den ekonomiska aktören har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen genom att ha brutit mot lagar eller författningar eller de yrkesetiska regler som gäller för det yrke inom vilket denne är verksam, eller genom felaktigt agerande som inverkar på aktörens trovärdighet i professionellt avseende, om detta agerande inbegriper avsiktligt fel eller grov oaktsamhet, och särskilt genom att

…

2. I avsaknad av en slutgiltig dom eller, i förekommande fall, ett slutgiltigt administrativt beslut i de fall som avses i punkt 1 c, d och f … ska den upphandlande myndigheten utesluta den ekonomiska aktören på grundval av den preliminära rättsliga bedömningen av det agerande som avses i de punkterna, med beaktande av fastställda faktiska omständigheter eller andra slutsatser i rekommendationen från den panel som avses i artikel 108.

…"

67 I artikel 108 i förordning nr 966/2012 föreskrivs följande:

"5. Den upphandlande myndigheten får endast fatta beslut om uteslutning och/eller åläggande av ekonomiska sanktioner eller om offentliggörande av tillhörande uppgifter efter att ha erhållit panelens rekommendation, om beslutet grundas på en sådan bedömning av preliminär rättslig effekt som avses i artikel 106.2.

…

8. Följande förfarande ska tillämpas inför panelen:

a) Den begärande upphandlande myndigheten ska överlämna ärendet till panelen tillsammans med nödvändiga uppgifter enligt punkt 3 i denna artikel, de fakta och slutsatser som avses i artikel 106.2 samt uppgift om den påstådda uteslutningssituationen.

b) Panelen ska utan dröjsmål informera den ekonomiska aktören om föreliggande fakta, inbegripet preliminär rättslig bedömning, som skulle kunna utgöra en sådan uteslutningssituation som avses i artikel 106.1 c, d, e eller f och/eller leda till ekonomiska sanktioner. Panelen ska samtidigt lämna samma uppgifter till övriga upphandlande myndigheter.

c) Innan panelen utfärdar någon rekommendation ska den ge den ekonomiska aktören och de underrättade upphandlande myndigheterna möjlighet att yttra sig. …

9. …

Om den upphandlande myndigheten planerar att fatta ett strängare beslut än vad panelen har rekommenderat ska myndigheten se till att beslutet fattas med vederbörlig hänsyn till rätten att höras och till bestämmelserna om skydd av personuppgifter."

68 I förevarande fall har sökanden inte bestritt att den har hörts av panelen. Sökanden har för övrigt tagit ställning till de skrivelser som skickades av panelen vid tre tillfällen, nämligen den 16 januari, den 9 februari och den 6 mars 2017, genom egna skrivelser av den 30 januari, den 15 februari och den 8 mars 2017. Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte själv hörde sökanden innan det angripna beslutet antogs, vilket institutionen enligt sökanden borde ha gjort.

69 För det första har kommissionen felaktigt gjort gällande, såsom anges i punkt 54 ovan, att sökandens argument att kommissionen inte själv hörde sökanden innan institutionen antog det angripna beslutet med hänvisning till att det rörde sig om en ny grund vilken hade åberopats av sökanden för första gången i samband med repliken, inte kan tas upp till sakprövning.

70 Enligt artikel 84.1 i rättegångsreglerna får nya grunder inte åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet. En grund som utgör en utvidgning av en grund som tidigare - direkt eller underförstått - har åberopats i ansökan och som har ett nära samband med denna kan emellertid läggas till grund för sakprövningen. Vidare kan argument vars innebörd har ett nära samband med en grund som har åberopats i ansökan genom vilken talan väckts inte anses utgöra nya grunder och får åberopas i samband med repliken eller under förhandlingen (se dom av den 12 september 2012, Italien/kommissionen, T-394/06, ej publicerad, EU:T:2012:417, punkt 48 och där angiven rättspraxis).

71 I förevarande mål har sökanden för det första, i punkt 32 i ansökan, gjort gällande att organisationen "först efter det att den hade framfört en invändning härom gavs möjlighet att ta del av revisorns skrivelse av den 3 maj 2013 … och Olafs rapport … och att yttra sig över dessa". För det andra har sökanden, i punkterna 27 och 28 i repliken, hävdat att "[kommissionen] hade förväxlat förfarandet i artikel 108 i förordning nr 966/2012, vilket hade följts av panelen, med förfarandet i artikel 106.2 [i nämnda förordning], vilket [kommissionen] hade följt för att anta sitt eget beslut", att sökanden "[hade hörts och getts tillgång till handlingarna i ärendet] genom [panelen]", att "[kommissionen därefter inte själv hade hört sökanden] innan den antog sitt beslut" och att "[d]etta också utgör ett åsidosättande av rätten att yttra sig".

72 Även om sökanden presenterade denna invändning mycket kortfattat i ansökan har den likväl gjort gällande att dess rätt att bli hörd har åsidosatts, i den mån som den först kunde ta del av handlingarna i fråga och ta ställning till deras innehåll efter det att den hade framfört en invändning i detta avseende. I punkterna 43 och 44 i svarsinlagan anförde kommissionen att tillgång till dessa handlingar hade lämnats i samband med förfarandet inför panelen, varpå sökanden i sin replik preciserade att dess rätt att yttra sig hade åsidosatts genom att kommissionen därefter inte själv hade hört sökanden före antagandet av det angripna beslutet.

73 I motsats till vad kommissionen har påstått framförde sökanden i sin replik följaktligen inte en ny grund i detta avseende, utan kompletterade den fjärde grunden i sin ansökan genom att besvara de argument som kommissionen hade framfört avseende denna grund i sin svarsinlaga.

74 Sökandens argument i punkterna 27 och 28 i repliken att kommissionen inte själv hörde sökanden före antagandet av det angripna beslutet, vilket har ett nära samband med en grund som anförts i ansökan, kan följaktligen tas upp till sakprövning.

75 Argumentet kan emellertid inte godtas i sak.

76 Såsom har påpekats i punkt 14 ovan antog panelen en rekommendation i vilken den uppmanade kommissionen att utesluta sökanden, med anledning av att organisationen hade gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, från deltagande i upphandlingsförfaranden och från rätten att uppbära bidrag i sex månader. Kommissionen följde denna rekommendation i det angripna beslutet.

77 Eftersom kommissionen inte övervägde att fatta ett strängare beslut än det som panelen hade rekommenderat och eftersom kommissionen, i det angripna beslutet, verkligen följde denna rekommendation, var det följaktligen inte nödvändigt att höra sökanden på nytt.

78 Såsom kommissionen med rätta har påpekat är det, när sökanden har hörts av panelen inom ramen för det förfarande som föreskrivs i artikel 108.8 och 108.9 i förordning nr 966/2012, endast nödvändigt att höra sökanden på nytt, enligt artikel 108.9 i förordningen, när kommissionen planerar att fatta ett strängare beslut än vad panelen har rekommenderat, vilket inte var fallet här.

79 Talan kan följaktligen inte bifallas såvitt avser den andra delen av den fjärde grunden, vilket innebär att talan inte kan bifallas såvitt avser den fjärde grunden.

### *Huruvida proportionalitetsprincipen åsidosattes*

80 Sökanden har i repliken bestritt att den sanktion som ålades organisationen var proportionerlig, särskilt med beaktande av att sökanden under många år hade deltagit i många olika projekt som hade samfinansierats av kommissionen, bland annat som avtalspart, utan att någon kritik hade framförts mot dess oklanderliga arbete, avsaknaden av rättsliga eller administrativa beslut vilka meddelats sökanden, den omständigheten att det rör sig om en enda påstådd överträdelse och att kommissionen inte lidit någon ekonomisk förlust.

81 Kommissionen har gjort gällande att det rör sig om ett nytt yrkande som framställdes för första gången i repliken, vilket ska avvisas i enlighet med artikel 84 i rättegångsreglerna, och som under alla omständigheter saknar grund.

82 I detta hänseende bör det påpekas att enligt artikel 108.11 i förordning nr 966/2012, ändrad genom förordning (EU, Euratom) 2015/1929 av den 28 oktober 2015 om ändring av förordning nr 966/2012 (EUT L 286, 2015, s. 1), ska tribunalen ”ha oinskränkt behörighet att ompröva ett beslut varigenom den upphandlande myndigheten utesluter en ekonomisk aktör och/eller ålägger denne ekonomiska sanktioner, vilket även inbegriper att förkorta eller förlänga uteslutningens varaktighet och/eller upphäva, minska eller öka de ekonomiska sanktionerna”.

83 Enligt domstolen är emellertid utövandet av den obegränsade behörigheten inte detsamma som en prövning ex officio och förfarandet vid unionsdomstolarna är kontradiktoriskt. Förutom omständigheter som omfattas av tvingande rätt och som domstolen är skyldig att behandla ex officio, såsom det angripna beslutets bristande motivering, ankommer det på klaganden att framställa grunder och förete bevisning till stöd för sin talan mot nämnda beslut. Avsaknaden av en prövning ex officio innebär inte ett åsidosättande av principen om ett effektivt domstolsskydd. Tribunalen är visserligen

skyldig att bemöta de grunder som har åberopats och pröva såväl faktiska som rättsliga omständigheter, men behöver inte, för att iaktta denna princip, ex officio företa en ny och uttömmande granskning av handlingarna i målet (se, analogt, dom av den 8 december 2011, Chalkor/kommissionen, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punkterna 64 och 66).

84 I förevarande fall åberopade sökanden, såsom anges i punkt 22 ovan, fyra grunder mot det angripna beslutet. För det första fastställde kommissionen de sakförhållanden som motiverar den sanktion som påförts sökanden på ett ofullständigt sätt. För det andra stred kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna mot den slutliga revisionsrapporten. För det tredje stred kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna mot Olafs rapport. För det fjärde åsidosatte kommissionen sökandens rätt att yttra sig.

85 Tribunalen konstaterar att sökanden i sin ansökan yrkade att det angripna beslutet skulle ogiltigförklaras utan att bestrida lagenligheten av den sanktion som hade påförts organisationen och än mindre bestrida sanktionens proportionalitet.

86 Invändningen om åsidosättande av proportionalitetsprincipen, som anfördes för första gången i repliken, utgör därmed inte en utvidgning av en grund som har åberopats tidigare – direkt eller underförstått – i ansökan och som har ett nära samband med denna.

87 Dessutom grundade sig invändningen om ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen på omständigheter som sökanden kände till vid den tidpunkt då den väckte talan. Enligt artikel 84.1 i tribunalens rättegångsregler får nya grunder inte åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet. Denna invändning, som framfördes i repliken, kan följaktligen inte tas upp till sakprövning.

88 Talan ska därför ogillas i sin helhet.

**Rättegångskostnader**

89 Enligt artikel 134.1 i rättegångsreglerna ska tappande rättegångsdeltagare förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

90 Kommissionen har yrkat att sökanden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (nionde avdelningen)

följande:

**1) Talan ogillas.**

**2) "Pro NGO!" (Non-Governmental-Organisations/Nicht-Regierungs-Organisationen) e.V. ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Gervasoni Madise da Silva Passos

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 8 november 2018.

Underskrifter