TRIBUNALENS DOM (fjärde avdelningen)

den 20 september 2011 *

I mål T-461/08,

Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, Aten (Grekland), företrätt av advokaterna N. Korogiannakis och P. Katsimani,

sökande,

mot

Europeiska investeringsbanken (EIB), företrädd av C. Gómez de la Cruz och T. Pietilä, båda i egenskap av ombud, biträdda av advokaten J. Stuyck,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av EIB:s beslut av den 31 januari 2008 att inte anta det anbud som sökanden lämnat inom ramen för en anbudsinfordran rörande tillhandahållande av tjänster avseende stöd för underhåll, support och utveckling av ett datasystem och att tilldela en annan anbudsgivare kontraktet, som väckts med

* Rättegångsspråk: engelska.

stöd av artiklarna 225 EG och 230 EG, samt om skadestånd i enlighet med artiklarna 225 EG, 235 EG och 288 EG, meddelar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden I. Pelikánová (referent) samt domarna K. Jürimäe och M. Van der Woude,

justitiesekreterare: handläggaren N. Rosner,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 17 november 2010,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Sökanden, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, är ett bolag bildat enligt grekisk rätt med verksamhet inom informationsteknologi och kommunikation.

2 Genom ett meddelande om upphandling som den 13 september 2007 offentliggjordes i tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT S 176), med referens 2007/S 176-215155, inledde Europeiska investeringsbanken (EIB) en anbudsinfordran rörande tillhandahållande av tjänster avseende ”[s]töd för underhåll, support och utveckling av front office-systemet för lån (Serapis)”. Enligt beskrivningen i meddelandet om upphandling och i förfrågningsunderlaget avseende denna anbudsinfordran är systemet ”Système efficace et rapide d’accès aux prêts et aux informations de support” (Serapis) den webbaserade delen av EIB:s it-applikation (front office) för låneverksamhet. Det är utformat som en integrerad informationshanteringsportal på området ”lån” för behöriga tjänstegrenar inom EIB, innefattande direktoraten för ”Finansiering i Europa”, ”Finansiering utanför Europa”, ”Riskhantering” och ”Projekt”, liksom avdelningen för juridiska tjänster. Systemet fungerar som ett stöd vid den interna processen vad gäller lån, under planeringen av en transaktion, vid utvärderingen (godkännandet) av densamma och fram till den tidpunkt då ”Note conjointe” (signaturen) lämnas in, vilket i sin tur sätter i gång den process som hanteras i den del av EIB:s programvara som benämns ”Force prêts”, vilken gör det möjligt för de personer som är ansvariga för detta system att administrera och hantera transaktionen (back office).

3 Meddelandet om upphandling avsåg tecknande av ett ramavtal med en löptid på fyra år med den vinnande anbudsgivaren, och tilldelning av kontrakt till denna anbudsgivare grundade på ramavtalet, i form av specifika order för bestämda projekt. I meddelandet om upphandling och i förfrågningsunderlaget angavs att kontraktet skulle tilldelas den anbudsgivare som lämnade det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till de tilldelningskriterier som angavs i detta underlag. I förfrågningsunderlaget fastställdes den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna, nämligen 75 procent av poängen för de tekniska kriterierna, varav 15 procent av poängen för kriteriet ”processen för kvalitetsstyrning”, 45 procent av poängen för kriteriet ”överensstämmelsenivån för den offererade personalens kompetens och kvalifikationer” och 15 procent av poängen för kriteriet ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser”, samt 25 procent av poängen för det finansiella kriteriet.

4 Genom skrivelse från EIB av den 31 oktober 2007 fick samtliga som hade begärt förtydliganden vad gällde anbudsinfordran, en lista med frågor och svar hänförliga till denna anbudsinfordran.

5 Den 9 november 2007, den dag som fastställts som sista datum för mottagande av anbud (punkt IV.3.5 i meddelandet om upphandling) lämnade sökanden ett anbud.

6 Totalt mottog EIB sju anbud, vilka granskades av utvärderingskommittén. Vid de två första etapperna av förfarandet, nämligen uteslutningsfasen (punkt 6.1 i förfrågningsunderlaget) och urvalsfasen (punkt 6.2 i förfrågningsunderlaget), kvalificerade sig samtliga anbudsgivare. Vid den sista etappen, nämligen fasen för den jämförande utvärderingen av anbuden och tilldelning av kontraktet (punkt 7 i förfrågningsunderlaget), utvärderades först de kvalificerade anbudsgivarnas anbud enbart utifrån de tekniska kriterierna, varvid de anbud som inte nådde upp till de i förfrågningsunderlaget angivna minimikraven sållades bort. Därefter gjordes en utvärdering utifrån det finansiella kriteriet av de anbud som inte hade sållats bort vid den tekniska utvärderingen. Endast fem anbud, däribland sökandens, utvärderades utifrån det finansiella kriteriet på grund av att de två övriga anbuden, vid den tekniska utvärderingen, inte hade uppnått de minimikrav som angavs i förfrågningsunderlaget. Den jämförande utvärderingen av anbuden utmynnade i att utvärderingskommittén gav den högsta totalpoängen till anbudet från Sybase BVBA (nedan kallad den utvalda anbudsgivaren), medan sökandens anbud rankades på andra plats. På grundval av den utvärdering som utvärderingskommittén gjort, beslutade EIB den 31 januari 2008 att inte anta sökandens anbud och tilldela den valda anbudsgivaren kontraktet (nedan kallat det angripna beslutet), efter att vid ett möte den 29 januari 2008 med den valda anbudsgivaren ha diskuterat vissa aspekter av dennes anbud.

7 Den 18 februari 2008 skickade EIB skrivelser till samtliga anbudsgivare, förutom sökanden, för att informera dessa om att kontraktet hade tilldelats den valda anbudsgivaren.

8 Ramavtalet undertecknades av EIB och den utvalda anbudsgivaren den 12 respektive 17 juni 2008 och trädde i kraft den 16 juni 2008.

9 Genom skrivelse den 31 juli 2008, efter att ha fått kännedom om meddelandet om tilldelning av kontrakt som offentliggjordes i tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT S 144), med referens 2008/S 144-192307, framförde sökanden klagomål hos EIB om att förfrågningsunderlaget och tillämplig rätt vad gäller anbudsförfarandena hade åsidosatts, eftersom sökanden inte i rätt tid hade blivit informerad om det angripna beslutet. Sökanden uppmanade EIB att skjuta upp tilldelningen av kontraktet och undertecknandet av ramavtalet eller, i förekommande fall, häva ramavtalet. Sökanden begärde vidare att få information om anbudsförfarandet och särskilt namnet på den utvalda anbudsgivaren, namnen på medarbetarna i den organisation som denne upprättat med anledning av anbudsinfordran och på dennes underleverantörer, de poäng som tilldelats sökandens anbud och den valda anbudsgivarens anbud för vart och ett av tilldelningskriterierna, underlaget för jämförelsen mellan sökandens anbud och den valda anbudsgivarens anbud, särskilt de finansiella aspekterna, liksom en detaljerad kopia av utvärderingskommitténs utlåtanden avseende sökandens och den valda anbudsgivarens anbud.

10 I en skrivelse av den 1 augusti 2008 upplyste EIB sökanden om den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna. EIB uppgav att kontraktet hade tilldelats den utvalda anbudsgivaren och angav hur poängen hade fördelats mellan vart och ett av tilldelningskriterierna i sökandens anbud och i den utvalda anbudsgivarens anbud. EIB angav att sökandens anbud hade fått 22,03 poäng (av 35 möjliga), medan den valda anbudsgivarens anbud hade fått 29,36 poäng (av 35 möjliga).

11 Sökanden ansåg att den endast hade fått en mindre del av den information som den begärt, och skickade därför samma dag en ny skrivelse till EIB och begärde att banken skulle svara på samtliga de frågor som sökanden hade ställt i sin skrivelse av den 31 juli, ange skälen till det angripna beslutet och upplysa sökanden om huruvida ramavtalet med den valda anbudsgivaren redan hade undertecknats. Sökanden anmodade EIB att i annat fall skjuta upp undertecknandet av detta avtal i avvaktan på en ingående granskning av klagomålet.

12 Den 6 augusti 2008 bekräftade EIB att den mottagit sökandens skrivelse. Genom skrivelse av den 14 augusti 2008 medgav EIB att den hade begått ett ”administrativt misstag” då den inte hade informerat sökanden, i officiell skrivelse, om resultaten av den jämförande utvärderingen av anbuden, vilket den beklagade. EIB angav även att anbudsförfarandet var giltigt i sin helhet och att det administrativa misstag som hade begåtts inte utgjorde något väsentligt fel som kunde motivera att ramavtalet med den valda anbudsgivaren skulle skjutas upp eller hävas.

13 Den 1 september 2008 skickade sökanden en ny skrivelse till EIB, i vilken bolaget påpekade ett antal oegentligheter som hade förekommit vid anbudsförfarandet. Enligt sökanden hade EIB sammanblandat kriterierna för urval av anbudsgivare och kriterierna för tilldelning av kontrakt. EIB hade dessutom använt sig av diskriminerande eller otydliga tilldelningskriterier, åsidosatt sin skyldighet att i rätt tid informera anbudsgivarna om beslutet om tilldelning av kontraktet och tillämpa en frysningsperiod för att säkerställa anbudsgivarnas rätt att få beslutet prövat, genomfört ett förfarande som inte varit tillräckligt öppet för insyn, åsidosatt principen om likabehandling, underlåtit att motivera det angripna beslutet och tillämpat en beräkningsmetod vid den jämförande utvärderingen av anbuden som innebar att principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet neutraliserades och anbuden med högst pris gynnades.

14 Den 10 september bekräftade EIB att den mottagit sökandens skrivelse av den 1 september 2008. EIB informerade sökanden om att skrivelsen hade lämnats till bankens byrå för klagomål för granskning och att den skulle besvaras senast den 27 oktober 2008.

15 Den 27 oktober 2008 skickade EIB en skrivelse till sökanden och upplyste denne om att banken inte längre hade möjlighet att behandla klagomålet, eftersom sökanden den 6 oktober 2008 hade väckt talan vid förstainstansrätten.

Förfarandet och parternas yrkanden

16 Sökanden väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 6 oktober 2008.

17 EIB inkom med sitt svaromål den 30 januari 2009.

18 Repliken och dupliken inkom den 15 april respektive den 15 juni 2009.

19 Som en åtgärd för processledning enligt artikel 64 i rättegångsreglerna, på grundval av referentens förslag, anmodade förstainstansrätten EIB att svara på frågan om vilket beslutsorgan inom EIB som hade antagit det angripna beslutet och tillställa förstainstansrätten detta beslut eller andra motsvarande handlingar.

20 EIB efterkom anmodan inom den angivna fristen. I skrivelse som inkom den 15 december 2009 angav EIB att i enlighet med bankens interna regler och den praxis som var gällande vid tidpunkten för omständigheterna i målet, hade beslutet fattats av direktören för avdelningen för informationsteknik, vilken senare införlivades med generaldirektoratet för strategi, och bekräftats av EIB:s ordförande, innan ramavtalet med den valda anbudsgivaren undertecknades. EIB ingav även en ”anteckning till akten”, daterad den 31 januari 2008, med referens SCC/IT/FLA/2008-015/kr (nedan kallad anteckningen av den 31 januari 2008), innehållande nämnda direktörs beslut att tilldela den valda anbudsgivaren kontraktet och, fogad till anteckningen, utvärderingskommitténs konsoliderade utvärderingsrapport.

21 I skrivelse som inkom den 8 januari 2010 lämnade sökanden synpunkter på anteckningen av den 31 januari 2008. Mot bakgrund av uppgifterna i denna anteckning åberopade bolaget en ny grund.

22 I skrivelse som inkom den 26 januari 2010 lämnade EIB sina synpunkter på den nya grund som sökanden åberopat i skrivelsen som inkom den 8 januari 2010.

23 Till följd av att tribunalens avdelningar hade fått en ny sammansättning förordnades referenten att tjänstgöra på fjärde avdelningen. Förevarande mål tilldelades följaktligen denna avdelning.

24 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (fjärde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet.

25 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens frågor vid förhandlingen den 17 november 2010.

26 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet,

— förplikta EIB att ersätta den skada som sökanden lidit i samband med anbudsförfarandet till följd av att det angripna beslutet var rättsstridigt, med ett belopp som uppskattas till 1 940 000 euro, och

— förplikta EIB att ersätta rättegångskostnaderna, även om sökandens talan ogillas.

27 EIB har yrkat att tribunalen ska

— ogilla yrkandet om ogiltigförklaring,

— avvisa skadeståndsyrkandet, och i andra hand ogilla detsamma, samt

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

1. *Upptagande till sakprövning*

28 Tribunalen erinrar inledningsvis om att när det gäller frågan om tillämpligheten i tiden av bestämmelser i vilka det fastställs sakprövningsförutsättningar för en talan, framgår det av fast rättspraxis att maximen *tempus regit actum* innebär att möjligheten att pröva en talan i sak ska bedömas utifrån de bestämmelser som var i kraft när talan väcktes (domstolens dom av den 8 maj 1973 i mål 60/72, Campogrande mot kommissionen, REG 1973, s. 489, punkt 4, se även, för ett liknande resonemang och analogt, beslut av domstolens ordförande av den 22 februari 2008 i mål C-66/08, Kozlowski, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkt 7). Av rättspraxis framgår även att

sakprövningsförutsättningarna ska prövas utifrån situationen när talan väcktes, det vill säga när ansökan lämnades in (domstolens dom av den 18 april 2002 i de förenade målen C-61/96, C-132/97, C-45/98, C-27/99, C-81/00 och C-22/01, Spanien mot rådet, REG 2002, s. I-3439, punkt 23, förstainstansrättens dom av den 21 mars 2002 i mål T-131/99, Shaw och Falla mot kommissionen, REG 2002, s. II-2023, punkt 29, och av den 9 juli 2008 i mål T-301/01, Alitalia mot kommissionen, REG 2008, s. II-1753, punkt 37).

29 Eftersom förevarande talan väcktes den 6 oktober 2008, ska frågan huruvida den kan tas upp till sakprövning bedömas mot bakgrund av de bestämmelser som var i kraft vid denna tidpunkt, nämligen bestämmelserna i EG-fördraget och inte de nya motsvarande bestämmelserna i EUF-fördraget, vilka trädde i kraft den 1 december 2009.

Tribunalens behörighet

Parternas argument

30 Sökanden har gjort gällande att yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet, som framställts med stöd av artikel 230 EG, kan tas upp till sakprövning. I protokollet om EIB:s stadga, som fogats till EG-fördraget (nedan kallat stadgan), föreskrivs inte någon fullständig kontrollmekanism för att garantera rättsenligheten av EIB:s rättsakter. Detta innebär emellertid inte att en sådan kontroll skulle vara omöjlig. I sin dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, Les Verts mot Europaparlamentet (REG 1986, s. 1339; svensk specialutgåva, volym 8, s. 529), punkterna 23–25, slog domstolen fast att eftersom Europeiska gemenskapen är en rättslig gemenskap, måste alla rättsakter som antas av något av gemenskapens organ kunna prövas i domstol om rättsakten har rättsverkningar gentemot tredje man. Enligt EG-fördraget och stadgan är EIB ett gemenskapsorgan eller rent av en institution, vars rättsakter som har rättsverkningar gentemot tredje man måste kunna bli föremål för domstolens laglighetsprövning.

Den omständigheten att rättsakter antagna av EIB inte uttryckligen omnämns i artikel 230 EG utgör inte något hinder härvidlag. Domstolen har fastställt ett dubbelt kriterium för att avgöra tillämpligheten av artikel 230 EG på rättsakter antagna av gemenskapens organ och byråer, enligt vilket det ska prövas huruvida organet i fråga omnämns i artikel 230 EG och huruvida dess rättsakter är underkastade en tillfredsställande nivå av domstolskontroll.

31 Även EIB anser att sökandens yrkande om ogiltigförklaring kan tas upp till sakprövning. EIB har uppmanat tribunalen att tydligt slå fast att den är behörig att pröva en talan om ogiltigförklaring av ett beslut av EIB att inte anta ett anbud som lämnats av en person och att tilldela en annan person det offentliga kontraktet, liksom sin behörighet att pröva ett yrkande om ersättning för skada som påstås ha lidits till följd av detta beslut. Tribunal administratif i Luxemburg har nämligen felaktigt fastställt sin behörighet att pröva ett sådant fall, i dom av den 26 september 2007 (registrerad med nr 22447), fastställd efter överklagande till Cour administrative genom dom av den 21 februari 2008 (registrerad med nr 23620C). EIB har påpekat att domstolen i sin dom av den 2 december 1992 i mål C-370/89, SGEEM och Etroy mot EIB (REG 1992, s. I-6211; svensk specialutgåva, volym 13, s. 59), slog fast sin behörighet att pröva ett bolags talan om skadestånd grundad på påståendet att EIB:s beslut att inte tilldela bolaget ett offentligt byggentreprenadkontrakt var rättsstridigt. I sin dom av den 8 oktober 2008 i mål T-411/06, Sogelma mot AER (REG 2008, s. II-2771), punkterna 42 och 43, fann dessutom förstainstansrätten, med tillämpning av den rättspraxis som fastställdes i målet Les Verts mot Europaparlamentet (se punkt 30 ovan), att beslut som antas av ett gemenskapsorgan i samband med ett anbudsförfarande, i det aktuella målet Europeiska byrån för återuppbyggnad (EAR), utgör rättsakter mot vilka talan kan väckas vid förstainstansrätten när de har rättsverkningar gentemot tredje man. EIB anser således att den, i sin egenskap av administrativt gemenskapsorgan, ska behandlas på samma sätt när den i samband med sina anbudsförfaranden eller vid behandling av förfrågningar om tillgång till handlingar antar beslut som har rättsverkningar i förhållande till tredje man. EIB har anfört att den däremot inte omfattas av tribunalens behörighet när det gäller bankens låneverksamhet, det vill säga när den verkar på finansmarknaderna på samma sätt som vilket annat bankinstitut som helst

(förstainstansrättens beslut av den 26 november 1993 i mål T-460/93, Tête m.fl. mot EIB, REG 1993, s. II-1257, punkt 20).

Tribunalens bedömning

32 Parterna i målet är ense om att tribunalen är behörig att pröva förevarande yrkande om ogiltigförklaring. Frågan om tribunalens behörighet omfattas emellertid av tvingande rätt och kan därför prövas på tribunalens eget initiativ (se förstainstansrättens dom av den 15 mars 2005 i mål T-29/02, GEF mot kommissionen, REG 2005, s. II-835, punkterna 72–74 och där angiven rättspraxis; se även, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 6 mars 1979 i mål 92/78, Simmenthal mot kommissionen, REG 1979, s. 777, punkterna 21 och 22). Tribunalen är således inte bunden av parternas ståndpunkt vad gäller dess behörighet att pröva förevarande talan, och det ankommer på tribunalen att undersöka huruvida den, efter att ha hört parterna, på eget initiativ ska fastställa att det föreligger ett rättegångshinder bestående i att tribunalen saknar behörighet att pröva denna talan, i dess helhet eller till viss del. Detta är än mer motiverat under föreliggande omständigheter, eftersom en nationell domstol har fastställt sin behörighet att pröva lagenligheten av ett beslut av EIB att inte anta ett anbud som lämnats av en person och att tilldela en annan person det offentliga kontraktet, ingått av EIB för egen räkning.

33 Enligt artiklarna 5 EG, 10 EG, 297 EG och 307 första stycket EG, och enligt EU-fördraget, särskilt artikel 5 EU, utövar domstolen sina befogenheter på de villkor och för de syften som har fastställts genom bestämmelserna i EG-fördraget och EU-fördraget. Tribunalens behörighet omfattar de fall som räknas upp i artikel 225 EG och artikel 140 A EA, och preciseras närmare i artikel 51 i domstolens stadga.

34 Frågan om tribunalens behörighet att pröva en talan som omfattar dels ett yrkande om ogiltigförklaring av en av EIB antagen rättsakt som gått tredje mans intressen emot, dels ett yrkande om ersättning för skada som denne tredje man lidit till följd av EIB:s rättsstridiga agerande, ska prövas mot bakgrund av stadgan, i den lydelse som var tillämplig vid tiden för omständigheterna i målet, i synnerhet dess artikel 29 första stycket. Den ska även prövas mot bakgrund av artikel 225.1 EG, artikel 235 EG, artikel 237 EG och artikel 288 andra stycket EG, samt, i förekommande fall, artikel 230 EG.

35 I artikel 29 första stycket i stadgan föreskrivs att ”[u]tom då Europeiska unionens domstol är behörig, ska tvister mellan å ena sidan banken och å andra sidan dess långivare, låntagare eller tredje man avgöras av de behöriga nationella domstolarna”. Domstolen har dessutom slagit fast att vare sig EG-fördraget eller denna artikel utgör hinder för domstolens behörighet att avgöra tvister som rör EIB, och att det i artikel 29 uttryckligen görs ett undantag för domstolens behörighet enligt EG-fördraget (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 31 nämnda målet SGEEM och Etroy mot EIB, punkterna 17 och 18).

36 Den föreliggande tvisten rör EIB och ett bolag bildat enligt grekisk rätt, vilket inte står under bankens kontroll och som därför måste betraktas som tredje man, i den mening som avses i artikel 29 första stycket i stadgan. Enligt denna artikel ska frågan huruvida en tvist som den nu aktuella omfattas av EU-domstolens behörighet eller av de nationella domstolarnas behörighet och, i förekommande fall, huruvida den omfattas av EU-domstolens eller tribunalens behörighet, avgöras med beaktande av bestämmelserna i EG-fördraget.

37 När det gäller yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet beror svaret på frågan huruvida tribunalen är behörig att pröva detta yrkande först och främst, och för såvitt den utgör en specialbestämmelse, på tolkningen av artikel 237 EG jämförd med artikel 225.1 EG.

38 Artikel 237 EG har följande lydelse:

”Domstolen skall inom de gränser som anges nedan vara behörig att avgöra tvister om

a) fullgörandet av medlemsstaternas förpliktelser enligt [stadgan]; [EIB:s] styrelse skall i detta avseende ha de befogenheter som tilldelats kommissionen i artikel 226 [EG, avseende en medlemsstats underlåtenhet att uppfylla en skyldighet enligt EG-fördraget],

b) beslut av [EIB:s] råd; varje medlemsstat, kommissionen och [EIB:s] styrelse får väcka talan i dessa frågor på de villkor som anges i artikel 230 [EG],

c) beslut av [EIB:s] styrelse; talan mot dessa beslut får endast föras av medlemsstaterna eller kommissionen på de villkor som anges i artikel 230 [EG] och endast på den grund att de formföreskrifter som avses i artikel 21.2, 21.5, 21.6 och 21.7 i [stadgan] har åsidosatts,

…”

39 Det följer dessutom av artikel 225.1 EG att endast domstolen är behörig att pröva och avgöra de ärenden som anges i artikel 237 EG.

40 För att avgöra huruvida det angripna beslutet omfattas av tillämpningsområdet för artikel 237 EG, ska det erinras om den behörighet som EIB:s olika organ besitter.

41 Enligt artikel 8 i stadgan ska EIB förvaltas och ledas av ett bankens råd, en styrelse och en direktion.

42 Enligt artikel 9 i stadgan ska bankens råd fastställa allmänna riktlinjer för EIB:s kreditpolitik och bland annat besluta om ökning av det tecknade kapitalet, godkänna styrelsens årsrapport liksom den årliga balansräkningen och resultaträkningen och godkänna EIB:s arbetsordning, innebärande att rådet ensamt är behörigt att organisera avdelningarnas arbete på så sätt att en väl fungerande förvaltning uppnås (domstolens dom av den 10 juli 2003 i mål C-15/00, kommissionen mot EIB, REG 2003, s. I-7281, punkt 67 och följande punkter). Det framgår av artikel 11 i stadgan att bankens styrelse är behörig att besluta om att bevilja lån och krediter och om att ta upp lån, fastställa räntesatserna för beviljade lån samt provisioner för krediterna, se till att EIB förvaltas enligt sunda principer och se till att banken leds i överensstämmelse med EG-fördraget, stadgan samt de allmänna riktlinjer som fastställts av bankens råd. Enligt artikel 11.2 sjunde stycket i stadgan ska EIB:s ordförande, eller vid förfall för denne en av de vice ordförandena i direktionen, leda styrelsens sammanträden, dock utan att delta i omröstningar. Av artikel 13 i stadgan framgår att bankens direktion är EIB:s permanenta kollegialt verkställande organ. Under ordförandens ledning och under styrelsens kontroll, ansvarar den för EIB:s löpande verksamhet och förbereder styrelsens beslut samt ser till att dessa beslut verkställs. EIB:s ordförande ska leda direktionens sammanträden. Medlemmarna i direktionen ska ansvara endast gentemot EIB. De utses av bankens råd, på förslag av styrelsen, för en tid av sex år med möjlighet till förnyat mandat.

43 Det framgår av EIB:s svar på den fråga som tribunalen ställt, liksom av anteckningen av den 31 januari 2008, att det angripna beslutet fattades av direktören för avdelningen för informationsteknik, vilken senare införlivades med generaldirektoratet för strategi. Enligt EIB bekräftades beslutet därefter av EIB:s ordförande, innan ramavtalet med den utvalda anbudsgivaren undertecknades, den 12 och 17 juni 2008 (se punkt 20 ovan). Även om det inte finns några bevis i handlingarna i målet på att EIB:s ordförande bekräftade beslutet, måste detta anses fastställt då det inte har bestritts av sökanden. Om det angripna beslutet sålunda fattades ”under ledning” av EIB:s ordförande innebär detta att beslutet omfattades av EIB:s ”löpande verksamhet”, i den mening som avses i artikel 13.3 i stadgan, och därmed av den behörighet som tillkommer direktionen (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 42 nämnda målet kommissionen mot EIB, punkt 66), vars uppdrag just är att ansvara för EIB:s löpande verksamhet, under ledning av dess ordförande. Det finns i förevarande fall inte någon anledning att betvivla att tilldelningen av ett offentligt kontrakt som EIB ingått för egen räkning omfattas av bankens ”löpande verksamhet”.

44 Det angripna beslutet omfattades således varken av rådets eller av styrelsens behörighet. Det kan inte tillskrivas något av dessa EIB:s organ och omfattas därmed inte av specialbestämmelserna i artikel 237 EG.

45 Det återstår således att undersöka huruvida tribunalen kan pröva en talan om ogiltigförklaring av en av EIB antagen slutlig rättsakt som har rättsverkningar i förhållande till tredje man, på grundval av artiklarna 225 EG och 230 EG.

46 Det ska för det första erinras om att Europeiska gemenskapen är en rättslig gemenskap av sådant slag att varken medlemsstaterna eller gemenskapsinstitutionerna kan undgå kontroll av om deras rättsakter står i överensstämmelse med gemenskapens grundläggande konstitutionella urkund, det vill säga EG-fördraget, genom vilket ett

fullständigt system av rättsmedel och förfaranden upprättats, som är avsett att göra det möjligt för domstolen att granska lagenligheten av de rättsakter som antas av institutionerna (se domen i det ovan i punkt 42 nämnda målet kommissionen mot EIB, punkt 75 och där angiven rättspraxis). Detta är även förenligt med det mål som eftersträvas med artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, proklamerad i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1) (nedan kallad EU-stadgan) som, även om den saknade bindande rättskraft före ikraftträdandet av Lissabonfördraget den 1 december 2009, visar vilken vikt de rättigheter som anges i den tillmäts i gemenskapens rättsordning (förstainstansrättens dom av den 15 januari 2003 i de förenade målen T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 och T-272/01, Philip Morris International m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-1, punkt 122). Enligt artikel 47 i EU-stadgan har var och en vars gemenskapsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts, rätt till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol. Även om EIB inte utgör en av gemenskapens institutioner så utgör den ett gemenskapsorgan och en juridisk person som inrättats genom EG-fördraget och det är av den anledningen som EIB omfattas av domstolens kontroll, bland annat på de villkor som föreskrivs i artikel 237 b EG (se domen i det ovan i punkt 42 nämnda målet kommissionen mot EIB, punkt 75 och där angiven rättspraxis).

47 Det ska för det andra beaktas att artikel 237 innehåller specialbestämmelser som endast rör vissa av EIB:s tvister och vars tillämpningsområde därmed är begränsat och av kompletterande slag i förhållande till andra artiklar i EG-fördraget, såsom artikel 236 EG (domstolens dom av den 15 juni 1976 i mål 110/75, Mills mot EIB, REG 1976, s. 955, punkterna 16 och 17, och domen i det ovan i punkt 31 nämnda målet SGEEM och Etroy mot EIB, punkt 17). Dessutom måste artikel 237 EG och artikel 29 första stycket i stadgan förstås mot bakgrund av artikel 267 EG, där det anges att EIB ”skall ha till uppgift att genom att anlita kapitalmarknaderna och utnyttja egna medel bidra till en balanserad och störningsfri utveckling av den gemensamma marknaden i gemenskapens intresse” och att ”den genom att bevilja lån och garantier utan vinstsyfte [ska] underlätta finansieringen av … projekt inom alla områden av ekonomin”. Dessa artiklar ska även förstås mot bakgrund av de bestämmelser i stadgan som det hänvisas till i punkt 37 ovan, enligt vilka det framgår att direktionens huvuduppgift är att förbereda och verkställa beslut om lån och garantier eller om upptagande

av lån som fattas av styrelsen i enlighet med rådets allmänna riktlinjer (se, för ett liknande resonemang och analogt, generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i det ovan i punkt 42 nämnda målet kommissionen mot EIB, REG 2003, s. I-7281, punkterna 75–78). Även om bestämmelserna i stadgan inte helt utesluter möjligheten att direktionen, som ett led i EIB:s löpande verksamhet, kan fatta beslut som har rättsverkningar i förhållande till tredje man, framgår det emellertid klart och tydligt av dessa bestämmelser att sådana beslut fattas, eller normalt ska fattas, antingen av rådet eller av styrelsen.

48 Det faktum att direktionen inte nämns i artikel 237 EG ger uttryck för denna behörighetsuppdelning inom EIB. Då direktionen i allmänhet ska förbereda, och inte fatta beslut som är avsedda att ha rättsverkningar i förhållande till tredje man i den mening som avses i artikel 29 första stycket i stadgan, ansåg inte fördragets upphovsmän att det var nödvändigt att direktionens beslut skulle kunna underkastas domstolsprövning. En jämförelse kan här göras med artikel 230 EG, där det föreskrivs att talan kan väckas mot slutliga rättsakter som antas av institutionerna och av ECB och som har rättsverkningar i förhållande till tredje man, medan detta inte är möjligt vad gäller åtgärder som endast förbereder antagandet av sådana rättsakter. I punkt 18 i sitt beslut i det ovan i punkt 31 nämnda målet Tête m.fl. mot EIB, angav förstainstansrätten i detta avseende att ”EIB har kvar sitt ursprungliga uppdrag, som är att bevilja lån och garantier (se artiklarna 129 och 130 [EEG] och artiklarna 198d och 198e [EG]” och att ”[g]entemot tredje man som inte mottar vare sig lån eller garantier från EIB, antar EIB således inte beslut som har rättsverkningar”. Detta resonemang kan emellertid inte tillämpas i ett fall som det nu aktuella, där det är utrett att bankens direktion antog ett beslut som hade rättsverkningar i förhållande till tredje man. I en rättslig gemenskap som Europeiska gemenskapen måste ett sådant beslut kunna angripas av den som berörs därav.

49 Den allmänna bestämmelse som artikel 230 EG utgör, kompletteras således av specialbestämmelserna i artikel 237 EG. Artikel 237 EG har endast ett begränsat tillämpningsområde och omfattar inte de rättsakter med slutgiltiga rättsverkningar i

förhållande till tredje man som kan komma att fattas av direktionen inom ramen för EIB:s löpande verksamhet i enlighet med artikel 13.3 i stadgan, såsom det angripna beslutet eller ett beslut att neka tillgång till EIB:s administrativa handlingar.

50 För det tredje vore det oacceptabelt om EIB, genom en kreativ organisation av sin interna beslutsprocess, kunde kringgå den domstolsprövning som EG-fördraget syftar till att säkerställa vad gäller rättsakter antagna av institutionerna eller av något annat gemenskapsorgan, vilket i likhet med EIB utgör en juridisk person som inrättats genom EG-fördraget (se, för ett liknande resonemang och analogt, generaladvokaten Jacobs ovan i punkt 47 nämnda förslag till avgörande i målet kommissionen mot EIB, punkt 71). De rättsakter som formellt antas inom EIB av andra organ än de som avses i artikel 237 b och 237 c EG, det vill säga andra organ än bankens råd och styrelse, måste således kunna bli föremål för domstolsprövning om de utgör slutliga rättsakter och har rättsverkningar i förhållande till tredje man. Med stöd av artiklarna 225 EG, 230 EG och 237 EG är domstolen, och i förevarande fall tribunalen, behöriga att pröva alla EIB:s administrativa beslut, det vill säga varje ensidig rättsakt som EIB antar som har slutgiltiga rättsverkningar i förhållande till tredje man.

51 Det är för det fjärde viktigt att säkerställa att EIB:s oberoende i funktionellt och institutionellt hänseende och dess anseende som oberoende organ på finansmarknaderna, som fastställts i EG-fördraget, inte påverkas (domstolens dom av den 3 mars 1988 i mål 85/86, kommissionen mot EIB, REG 1988, s. 1281, punkterna 27–30, och av den 10 juli 2003 i det ovan i punkt 42 nämnda målet kommissionen mot EIB, punkt 101 och följande punkter). Antagandet av det angripna beslutet hänger emellertid samman med EIB:s utövande av verksamhet som ingår i gemenskapens administration, och som närmare bestämt har att göra med denna administrations agerande i egenskap av upphandlande myndighet, och inte med EIB:s verksamhet eller transaktioner på finansområdet eller på finansmarknaderna. Även om den lagenlighetsprövning som tribunalen kan komma att utföra på grundval av artikel 225.1 EG och artikel 230 EG i princip är mer omfattande än den som domstolen utför enligt artikel 237 c EG av beslut som antas av EIB:s styrelse, kan den likväl inte anses påverka den oberoende

ställning som EIB har i funktionellt och institutionellt hänseende när det gäller att bevilja lån och garantier och finansiering av desamma, genom att bland annat anlita kapitalmarknaderna. Denna lagenlighetsprövning kan inte heller anses påverka EIB:s anseende eller trovärdighet såsom oberoende organ på finansmarknaderna. Det ska för övrigt påpekas att EIB själv har gjort gällande att tribunalen är behörig att pröva förevarande yrkande om ogiltigförklaring på grundval av artikel 225.1 EG och artikel 230 EG. EIB anser således inte att den lagenlighetsprövning som tribunalen utför under sådana förutsättningar kan inverka menligt på den oberoende ställning som banken åtnjuter i funktionellt och institutionellt hänseende enligt EG-fördraget och stadgan.

52 Nödvändigheten av att det finns en heltäckande kontroll av lagenligheten av gemenskapens rättsakter innebär sålunda att artikel 225.1 EG och artikel 230 EG ska tolkas på så sätt att de inte utesluter att tribunalen är behörig att pröva en talan om ogiltigförklaring av en rättsakt som EIB:s direktion har antagit inom ramen för bankens löpande verksamhet och som har slutgiltiga rättsverkningar i förhållande till tredje man.

53 Vad härefter gäller förevarande yrkande om skadestånd, ska det påpekas att principen om unionsdomstolens behörighet, och i detta fall tribunalens behörighet, att pröva en talan om utomobligatoriskt skadeståndsansvar som väckts mot EIB, inte klart har slagits fast i lagstiftningen. I avsaknad av specifika bestämmelser är således frågan huruvida domstolen, och i detta fall tribunalen, är behörig att pröva yrkandet om skadestånd mot EIB, avhängig tolkningen av artikel 225.1 EG, artikel 235 EG och artikel 288 andra stycket EG.

54 Det ska för det första noteras att domstolen redan har slagit fast att den är behörig att pröva en talan om skadestånd mot EIB, enligt artikel 178 EEG och artikel 215 andra stycket EEG (nu artikel 235 EG och artikel 288 andra stycket EG). Domstolen

motiverade sin behörighet med att det rättsstridiga handlande som EIB påstods ha gjort sig skyldig till avsåg genomförandet av ett finansieringskontrakt som banken ingått i egenskap av gemenskapens bemyndigade organ och för dennas räkning, under utövande av de befogenheter som den enligt vissa bestämmelser tilldelats när det gäller att bevilja och förvalta riskkapital som finansieras av gemenskapsbudgeten. Domstolen framhöll att EIB själv, på grund av fördraget, är en del av gemenskapens system och att EIB:s handlingar eller underlåtelser vid genomförandet av ett sådant finansieringskontrakt ska tillräknas gemenskapen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 december 1992 i det ovan i punkt 31 nämnda målet SGEEM och Etroy mot EIB, punkterna 4 och 12–15, och av den 25 maj 1993 i mål C-370/89, SGEEM och Etroy mot EIB, REG 1993, s. I-2583, punkt 24). I detta sammanhang påpekade domstolen att ”[t]ermen ’institution’, som används i artikel 215 andra stycket i [EEG-]fördraget, … därför [skulle] anses omfatta inte endast de gemenskapsinstitutioner som räknas upp i artikel 4.1 i [EEG-]fördraget utan även – med hänsyn till det system för utomobligatoriskt ansvar som upprättats genom [EEG-]fördraget – sådana gemenskapsorgan som [EIB]” (domen av den 2 december 1992 i det ovan i punkt 31 nämnda målet SGEEM och Etroy mot EIB, punkt 16).

55 Det ska för det andra beaktas att i det system av rättsmedel som inrättats genom EG-fördraget utgör skadeståndstalan förvisso ett självständigt rättsmedel i förhållande till talan om ogiltigförklaring. Icke desto mindre finns det i detta fall ett direkt samband mellan yrkandet om skadestånd och yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet. I ansökan anges det nämligen att ”yrkandet om skadestånd, som framställts med tillämpning av artiklarna 235 och 288 EG, grundar sig på det angripna beslutets rättsstridiga karaktär”. Skadeståndsyrkandet framstår således som accessoriskt till yrkandet om ogiltigförklaring. Det framgår dessutom av ansökan att yrkandet om skadestånd avser betalning av ett belopp som exakt motsvarar ”sökandens uppskattade bruttointäkt … om bolaget hade tilldelats kontraktet”, det vill säga det belopp som sökanden anser sig ha gått miste om på grund av det angripna beslutet. Skadeståndsyrkandet syftar således i själva verket till att upphäva rättsverkningarna av det angripna beslutet i förhållande till sökanden och det skulle sålunda, om det bifölls, få till följd att dessa rättsverkningar undanröjdes.

56 Enligt fast rättspraxis (domstolens dom av den 26 februari 1986 i mål 175/84, Krohn Import-Export mot kommissionen, REG 1986, s. 753, punkterna 32 och 33, svensk specialutgåva, volym 8, s. 475, samt förstainstansrättens dom av den 15 mars 1995 i mål T-514/93, Cobrecaf m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-621, punkt 59, och av den 17 oktober 2002 i mål T-180/00, Astipesca mot kommissionen, REG 2002, s. II-3985, punkt 139), ska det ”direkta sambandet” eller det ”kompletterande förhållandet” mellan talan om ogiltigförklaring och skadeståndstalan, liksom den senare talans accessoriska karaktär i förhållande till den första, beaktas vid bedömningen av huruvida talan kan tas upp till sakprövning. Syftet med detta är att undvika att utgången av talan om skadestånd på ett artificiellt sätt separeras från utgången av talan om ogiltigförklaring, i förhållande till vilken den endast är av underordnad eller kompletterande karaktär.

57 Det ska för det tredje understrykas att den skada som EIB enligt sökanden har åsamkat bolaget har sin grund i EIB:s utövande av verksamhet som ingår i gemenskapsadministrationens uppgifter och som närmare bestämt har att göra med denna administrations agerande i egenskap av upphandlande myndighet. Denna skada är således inte en följd av EIB:s verksamhet eller dess transaktioner på finansområdet eller på finansmarknaderna. Den prövning som tribunalen kan komma att utföra på grundval av artikel 225.1 EG, artikel 235 EG och artikel 288 andra stycket EG kan således inte anses påverka den oberoende ställning som EIB har i funktionellt och institutionellt hänseende eller inverka menligt på EIB:s anseende såsom oberoende organ på finansmarknaderna. För övrigt har EIB själv hävdat att tribunalen är behörig att pröva förevarande skadeståndsyrkande gentemot banken, med stöd av artikel 225.1 EG, artikel 235 EG och artikel 288 EG, och den har ingalunda gjort gällande att en sådan prövning skulle inverka menligt på dess oberoende i funktionellt och institutionellt hänseende.

58 Tribunalen är således även behörig att pröva det skadeståndsyrkande som framställts gentemot EIB, med stöd av artikel 225.1 EG, artikel 235 EG och artikel 288 andra stycket EG, då ett sådant yrkande är av accessorisk karaktär i förhållande till ett

yrkande om ogiltigförklaring av en av EIB antagen rättsakt som har slutgiltiga rättsverkningar i förhållande till tredje man, som även det kan prövas i sak.

59 Av ovanstående följer att tribunalen är behörig att pröva förevarande talan i sin helhet.

Huruvida sökanden har ett berättigat intresse av att få det angripna beslutet ogiltigförklarat

Parternas argument

60 Tillfrågad härom vid förhandlingen, bekräftade EIB att det angripna beslutet hade verkställts, eftersom ramavtalet med den utvalda anbudsgivaren hade ingåtts och delvis genomförts. EIB uppgav att den därför gjorde bedömningen att den inte längre skulle ha möjlighet att dra några konsekvenser av en eventuell ogiltigförklaring av det angripna beslutet, såsom att återuppta anbudsförfarandet. EIB uppgav emellertid att den inte avsåg att bestrida att talan kunde tas upp till sakprövning på grund av att sökanden skulle sakna ett berättigat intresse av att få beslutet ogiltigförklarat. EIB angav dessutom att även om det teoretiskt sett skulle vara möjligt att återställa situationen för den anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet och som väckt talan, genom att utge skadestånd, var inte villkoren för att betala ut ett sådant skadestånd uppfyllda i förevarande fall, eftersom sökanden inte hade lidit någon reell skada till följd av det angripna beslutet.

61 Vid förhandlingen hävdade sökanden att den fått ett flertal tilldelningsbeslut ogiltigförklarade, helt eller delvis, utan att de institutioner som antagit besluten hade reagerat på ett tillfredsställande sätt på dessa ogiltigförklaringar. Sökanden angav även

att den har ett dubbelt intresse av att få det angripna beslutet ogiltigförklarat. För det första anser sökanden att i den utsträckning som bolaget deltar i offentliga upphandlingsförfaranden har det ett intresse av att det slås fast att det angripna beslutet är rättsstridigt, så att det kan undvikas att liknande rättsstridigheter upprepas. För det andra anser sökanden att den har ett intresse av att denna rättsstridighet fastställs så att skadestånd kan betalas ut till bolaget.

Tribunalens bedömning

62 En talan om ogiltigförklaring som har väckts av en enskild kan enligt fast rättspraxis endast upptas till sakprövning om sökanden har ett intresse av att få den aktuella rättsakten ogiltigförklarad, vilket förutsätter att ogiltigförklaringen av rättsakten i sig kan få rättsliga följder och att talan således kan medföra en fördel för sökanden (tribunalens dom av den 10 december 2009 i mål T-195/08, Antwerpse Bouwwerken mot kommissionen, REU 2009, s. II-4439, punkt 33). Eftersom brister i sakprövningsförutsättningarna, bland annat att berättigat intresse av att få saken prövad inte föreligger, utgör ett rättegångshinder som inte kan avhjälpas, är det tribunalen som på eget initiativ ska kontrollera huruvida sökandena har intresse av att det angripna beslutet ogiltigförklaras (se förstainstansrättens beslut av den 10 mars 2005 i mål T-228/00, Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia mot kommissionen, REG 2005, s. II-787, punkt 22 och där angiven rättspraxis). Denna rättspraxis är tillämplig analogt på yrkanden om ogiltigförklaring som framställts inom ramen för en talan som innehåller ett accessoriskt yrkande om skadestånd.

63 I förevarande fall ska tribunalen på eget initiativ undersöka huruvida en eventuell ogiltigförklaring av det angripna beslutet kan medföra en fördel för sökanden, trots att anbudsförfarandet inte kan återupptas och att parterna, under föreliggande

omständigheter, är överens om att undertecknandet av kontraktet, och den omständigheten att det delvis genomförts, innebär att sökanden har förlorat möjligheten att ingå det aktuella kontraktet med EIB.

64 Det följer av rättspraxis att även om ett beslut i ett anbudsförfarande att tilldela konkurrenter kontrakt har genomförts helt och hållet, har en anbudsgivare fortfarande ett intresse av att få detta beslut ogiltigförklarat för att få den upphandlande myndigheten att återställa hans situation på lämpligt sätt eller för att förmå den upphandlande myndigheten att göra erforderliga ändringar i framtida anbudsförfaranden, om det skulle fastställas att de i sin nuvarande utformning strider mot vissa rättsliga krav (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 32 nämnda målet Simmenthal mot kommissionen, punkt 32, och förstainstansrättens dom av den 14 oktober 1999 i de förenade målen T-191/96 och T-106/97, Succhi di Frutta mot kommissionen, REG 1999, s. II-3181, punkt 63).

65 Den omständigheten att avtalet om genomförande av ett offentligt kontrakt har undertecknats – och till och med genomförts – innan ett avgörande meddelas rörande talan i huvudsaken, som en anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet har väckt mot beslutet om tilldelning av detta kontrakt, och den omständigheten att den upphandlande myndigheten är bunden av avtalet med den utvalda anbudsgivaren, innebär inte att den upphandlande myndigheten, för det fall tribunalen skulle bifalla talan i huvudsaken, inte är skyldig att enligt artikel 233 EG vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att den bortvalda anbudsgivarens intressen skyddas på ett lämpligt sätt (se, för ett liknande resonemang, beslut av förstainstansrättens ordförande av den 10 november 2004 i mål T-303/04 R, REG 2004, s. II-3889, punkt 83).

66 Då ett tilldelningsbeslut ogiltigförklaras, efter det att talan väckts av en anbudsgivare som inte tilldelats det offentliga kontraktet, men det inte längre är möjligt för den upphandlande myndigheten att återuppta anbudsförfarandet avseende det offentliga kontraktet i fråga, kan denne anbudsgivares intressen tillvaratas genom till exempel ekonomisk ersättning som motsvarar förlusten av möjligheten att tilldelas kontraktet eller, för det fall det kan fastställas säkert att anbudsgivaren borde ha

tilldelats kontraktet, utebliven vinst (se, för ett liknande resonemang, beslut av förstainstansrättens ordförande av den 2 maj 1994 i mål T-108/94 R, Candiotte mot rådet, REG 1994, s. II-249, punkt 27, av den 20 juli 2000 i mål T-169/00 R, Esedra mot kommissionen, REG 2000, s. II-2951, punkt 51, och i det ovan i punkt 65 nämnda målet European Dynamics mot kommissionen, punkt 83). Det följer nämligen av den senaste rättspraxisen på området att förlusten av möjligheten att tilldelas ett offentligt kontrakt som en bortvald anbudsgivare lidit till följd av ett rättsstridigt beslut kan åsättas ett ekonomiskt värde (se, för ett liknande resonemang, beslut av förstainstansrättens ordförande av den 25 april 2008 i mål T-41/08 R, Vakakis mot kommissionen, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkterna 66 och 67 och där angiven rättspraxis, och av den 20 januari 2010 i mål T-443/09 R, Agriconsulting Europé mot kommissionen, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkterna 32–34 och där angiven rättspraxis).

67 I förevarande fall har sökandebolaget ett intresse av att få det angripna beslutet ogiltigförklarat så att det kan få sin situation återställd av EIB, i enlighet med den skyldighet som följer av artikel 233 första stycket EG. Detta kan, i förekommande fall, ske genom att EIB utger ekonomisk ersättning motsvarande bolagets förlust av möjligheten att tilldelas kontraktet. Sökanden har framställt ett yrkande om skadestånd som skulle kunna resultera i utbetalning av en summa pengar, i form av skadestånd. Det ska emellertid påpekas att detta yrkande inte avser förlusten av möjligheten att erhålla kontraktet utan den uteblivna vinst som motsvarar den intäkt av kontraktet som bolaget hade fått om det genomfört detsamma (se punkt 210 nedan). Yrkandet om skadestånd skulle följaktligen kunna ogillas utan att detta påverkade möjligheten för sökanden att, i förekommande fall, få sin situation återställd till det ursprungliga läget genom att erhålla ekonomisk ersättning för förlusten av möjligheten att tilldelas kontraktet, såsom framgår av artikel 266 andra stycket FEUF.

68 Av det ovan anförda följer att yrkandet om ogiltigförklaring, om det bifalls, kan medföra en fördel för sökanden. Sökandebolaget har således ett intresse av att få det angripna beslutet ogiltigförklarat.

Avsaknad av bestridande av den beräkningsmetod som tillämpades under den jämförande utvärderingen av anbuden under anbudsförfarandet

Parternas argument

69 EIB har anfört att sökanden inte kan göra gällande brister i den beräkningsmetod som tillämpades vid den jämförande utvärderingen av anbuden, eftersom sökanden inte gjort detta i rätt tid, det vill säga före sista datum för inlämnande av anbud.

70 Sökanden anser att den invändning om rättegångshinder som EIB har framställt i detta avseende ska ogillas.

Tribunalens bedömning

71 Denna invändning om rättegångshinder avser i praktiken den tredje och den fjärde grunden för yrkandet om ogiltigförklaring, genom vilka sökanden har ifrågasatt rättsenligheten av tilldelningskriteriet ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser”, liksom den femte grunden för yrkandet om ogiltigförklaring, genom vilket sökanden har ifrågasatt rättsenligheten av den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna, det vill säga 75 procent av poängen för de tekniska kriterierna och 25 procent av poängen för det finansiella kriteriet.

72 Genom att ifrågasätta rättsenligheten av den beräkningsmetod som tillämpades vid den jämförande utvärderingen av anbuden har sökanden indirekt ifrågasatt rättsenligheten av förfrågningsunderlaget. Den fråga som uppkommer är sålunda huruvida ett upphandlingsdokument, såsom ett förfrågningsunderlag, utgör en rättsakt som kan bli föremål för en direkt talan enligt artikel 230 fjärde stycket EG, och huruvida

sökanden därför borde ha agerat mot förfrågningsunderlaget, på grundval av denna bestämmelse och således inom ramen för den frist på två månader som uppställs i artikelns femte stycke.

73 Förfrågningsunderlaget kan inte anses utgöra en rättsakt som berör varje anbudsgivare personligen. Förfrågningsunderlaget, liksom samtliga upphandlingsdokument som har skickats ut av den upphandlande myndigheten, är tillämpligt på objektivt fastställda situationer och medför rättsverkningar för allmänt och abstrakt angivna kategorier av personer. Förfrågningsunderlaget är således av allmän karaktär och det förhållandet att den upphandlande myndigheten har riktat förfrågningsunderlaget till anbudsgivarna personligen gör det inte möjligt att särskilja dessa anbudsgivare från alla andra personer i den mening som avses i artikel 230 fjärde stycket EG (förstainstansrättens dom av den 21 maj 2008 i mål T-495/04, Belfass mot rådet, REG 2008, s. II-781, punkterna 36–42).

74 I förevarande fall utgjorde således det angripna beslutet den första rättsakten mot vilken sökanden kunde väcka talan, och således den första rättsakten genom vilken bolaget indirekt kunde ifrågasätta rättsenligheten av den beräkningsmetod som tillämpades vid den jämförande utvärderingen av anbuden, vilken hade fastställts av EIB i förfrågningsunderlaget.

75 EIB saknar således stöd för sitt påstående att det är för sent för sökanden att inom ramen för förevarande talan indirekt ifrågasätta rättsenligheten av den beräkningsmetod som tillämpades vid den jämförande utvärderingen av anbuden, vilken hade fastställts av EIB i förfrågningsunderlaget.

76 Det ska följaktligen konstateras att den tredje, den fjärde och den femte grunden för yrkandet om ogiltigförklaring kan tas upp till sakprövning och att den invändning om rättegångshinder som EIB har framställt härvidlag ska ogillas.

Huruvida yrkandet om skadestånd är oklart

Parternas argument

77 EIB har gjort gällande att enligt de krav som uppställs i artikel 44.1 c i rättegångsreglerna kan skadeståndsyrkandet inte prövas, eftersom de tre villkor som anges i artikel 288.2 EG vad beträffar gemenskapens utomobligatoriska ansvar inte nämns i ansökan och eftersom sökanden inte har bekräftat att dessa villkor är uppfyllda. EIB anser att ansökan är otydlig vad beträffar de rättsstridigheter som ska ha förekommit i samband med anbudsförfarandet, vad beträffar förekomsten av ett orsakssamband mellan dessa rättsstridigheter och den skada som sökanden påstått har uppkommit samt vad beträffar det yrkade skadeståndets art och exakta storlek. Med hänsyn till tillämplig rättspraxis (domstolens dom av den 2 december 1971 i mål 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt mot rådet, REG 1971, s. 975, svensk specialutgåva, volym 1, s. 607, och förstainstansrättens dom av den 23 september 1994 i mål T-461/93, An Taisce och WWF UK mot kommissionen, REG 1994, s. II-733, punkterna 42 och 43), kan ett sådant yrkande inte tas upp till sakprövning.

78 Sökanden anser, i huvudsak, att artikel 44.1 c i rättegångsreglerna inte har åsidosatts och att ansökan innehåller uppgifter som gör det möjligt att identifiera de tre villkoren för gemenskapens utomobligatoriska ansvar som avses i artikel 288.2 EG.

Tribunalens bedömning

79 Det ska erinras om att enligt artikel 21 i domstolens stadga och artikel 44.1 c i tribunalens rättegångsregler ska en ansökan innehålla uppgifter om föremålet för talan

samt en kortfattad framställning av grunderna för denna. Dessa uppgifter ska vara så klara och precisa att svaranden kan förbereda sitt försvar och att tribunalen kan pröva talan, i förekommande fall utan att ha tillgång till andra uppgifter. I syfte att säkerställa rättssäkerheten och en god rättskipning kan en talan endast tas upp till sakprövning om de väsentliga, faktiska och rättsliga omständigheter som talan grundas på, åtminstone kort men på ett konsekvent och begripligt sätt, framgår av innehållet i själva ansökan (se förstainstansrättens dom av den 3 februari 2005 i mål T-19/01, Chiquita Brands m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. II-315, punkt 64 och där angiven rättspraxis).

80 För att uppfylla dessa krav ska en ansökan med yrkande om ersättning för skada som har vållats av en gemenskapsinstitution eller något annat gemenskapsorgan innehålla uppgifter som gör det möjligt att identifiera det agerande som läggs denna institution eller organ till last, skälen till att sökanden anser att det finns ett orsakssamband mellan agerandet och den skada som han påstår sig ha lidit samt arten och omfattningen av denna skada (se förstainstansrättens dom av den 18 september 1996 i mål T-387/94, Asia Motor France m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-961, punkt 107, av den 10 juli 1997 i mål T-38/96, Guérin automobiles mot kommissionen, REG 1997, s. II-1223, punkt 42, och i det ovan i punkt 79 nämnda målet Chiquita Brands m.fl. mot kommissionen, punkt 65 och där angiven rättspraxis).

81 Det framgår av ansökan att ”[y]rkandet om skadestånd som framställts med tillämpning av artiklarna 235 och 288 EG grundar sig på den rättsstridiga karaktären av det angripna beslutet, … som är föremål för förevarande talan”. Härav följer att detta yrkande klart grundar sig på de rättsstridigheter som åberopats inom ramen för yrkandet om ogiltigförklaring. Det framgår vidare av ansökan att ”sökanden yrkar skadestånd av EIB med ett belopp motsvarande 50 procent av 3,88 miljoner euro, det vill säga 1,94 miljoner euro, vilket är sökandens uppskattade bruttointäkt av det offentliga upphandlingsförfarandet om bolaget hade tilldelats kontraktet”. Av detta framgår att ansökan innehåller uppgifter som gör det möjligt att identifiera arten och omfattningen av den åberopade skadan. I ansökan har sökanden dessutom redogjort för hur detta belopp har räknats fram. Även om sökanden inte har avsatt en specifik del av

ansökan till frågan om orsakssambandet mellan rättsstridigheten och den skada som åberopas, innehåller den uppgifter som gör det möjligt at identifiera skälen till att sökanden anser att det finns ett orsakssamband mellan EIB:s agerande och den skada som denne påstår sig ha lidit. Det framgår nämligen att sökanden anser att orsakssambandet i förevarande fall följer av den omständigheten att det angripna beslutet förhindrade sökanden från att tilldelas kontraktet och teckna ett ramavtal med EIB om genomförande av detta kontrakt.

82 Det ska under dessa omständigheter konstateras att yrkandet om skadestånd kan tas upp till sakprövning och att den invändning om rättegångshinder i detta avseende som framställts av EIB ska ogillas.

2. *Prövning i sak*

Tillämplig rätt

Parternas argument

83 Sökanden anser att EIB, i egenskap av upphandlande myndighet, är skyldig att handla i enlighet med bestämmelserna i ”Riktlinjer för upphandling – Riktlinjer för upphandling av kontrakt avseende tjänster, varor och byggentreprenader som EIB genomför för egen räkning”, i dess lydelse vid tidpunkten för omständigheterna i målet (nedan kallade riktlinjerna), och att EIB i denna egenskap även är skyldig att respektera de allmänna principer och rättsliga bestämmelser som är tillämpliga på anbudsförfaranden. Sökanden anser dessutom att även om Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid

offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114) inte är tillämpligt som sådant på EIB:s anbudsförfaranden, framgår det av inledningen till riktlinjerna att detta direktiv utgör en lämplig utgångspunkt för bedömningen av bestämmelserna i dessa riktlinjer, vilka inspirerats av direktivet. Dessutom har tribunalen redan fastställt att den var behörig att kontrollera rättsenligheten av ett beslut av kommissionen om tilldelning av ett offentligt kontrakt med beaktande av bestämmelserna i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, genom vilket även direktiven 93/36/EEG och 93/97/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor respektive byggentreprenader ändrades (EGT L 328, s. 1) (förstainstansrättens dom av den 12 mars 2008 i mål T-345/03, Evropaïki Dynamiki mot kommissionen, REG 2008, s. II-341, punkt 206).

84 EIB har invänt att direktiv 2004/18 inte är tillämpligt på banken och att den rättspraxis som är tillämplig på anbudsförfaranden endast berör svaranden i den mån som de bestämmelser som tolkats i denna praxis i sig är tillämpliga på EIB. Det följer av rättspraxis (förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 31 nämnda målet Sogelma mot AER, punkt 115, och av den 10 september 2008 i mål T-59/05, Evropaïki Dynamiki mot kommissionen, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkterna 46 och 47) att direktiv 2004/18, och direktiv 92/50, som det upphäver och ersätter, inte är tillämpliga på offentliga upphandlingar som en gemenskapsinstitution eller ett gemenskapsorgan genomför för egen räkning, förutom då det i bestämmelser som är tillämpliga på dessa institutioner och organ uttryckligen hänvisas till dessa direktiv.

Tribunalens bedömning

85 Parternas argument ger upphov till frågan om vilka regler som styrande när det gäller offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster som EIB genomför för egen räkning, på ekonomiska villkor och med egna medel.

86 EIB är ett finansiellt självständigt organ på så sätt att det i enlighet med artikel 267 EG verkar ”genom att anlita kapitalmarknaderna och utnyttja egna medel” (se, för ett liknande resonemang, domen av den 10 juli 2003 i det ovan i punkt 42 nämnda målet kommissionen mot EIB, punkterna 101 och 128), inte gemenskapens budget, även om EIB ska förvalta medel från denna budget i egenskap av gemenskapens befullmäktigade och för gemenskapens räkning, och även om en del av bankens verksamhet således utövas med utnyttjande av gemenskapens medel. I förevarande fall avser talan emellertid ett anbudsförfarande, finansierat med EIB:s egna medel.

87 Ett sådant förfarande omfattas varken av bestämmelserna i del II avdelning IV i rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 av den 25 juni 2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget (EGT L 248, s. 1), i dess ändrade lydelse (nedan kallad budgetförordningen), eller, än mindre, av bestämmelserna i del 2 avdelning III i kommissionens förordning (EG, Euratom) nr 2342/2002 av den 23 december 2002 om genomförandebestämmelser för förordning nr 1605/2002 (EGT L 357, s. 1), i dess ändrade lydelse (nedan kallad genomförandebestämmelserna). Dessa bestämmelser är nämligen tillämpliga endast på gemenskapernas allmänna budget, och såsom framgår av artikel 88.1 i budgetförordningen avses med avtal om offentlig upphandling endast sådana avtal som finansieras, helt eller delvis, genom gemenskapens allmänna budget (förstainstansrättens dom av den 8 maj 2007 i mål T-271/04, Citymo mot kommissionen, REG 2007, s. II-1375, punkt 121).

88 Det förhåller sig inte desto mindre så att EIB:s offentliga upphandlingsförfaranden måste vara förenliga med EG-fördragets grundläggande regler och med allmänna rättsprinciper, avseende bland annat fri rörlighet för varor (artikel 28 EG), etableringsrätt (artikel 43 EG), frihet att tillhandahålla tjänster (artikel 49 EG), icke-diskriminering och likabehandling, insyn och proportionalitet. Det följer nämligen av fast rättspraxis avseende förfarandet vid gemenskapens offentliga upphandlingar att den

upphandlande myndigheten är underkastad EG-fördragets grundläggande regler, allmänna rättsprinciper och målen i stadgan.

89 Det ska dessutom påpekas att även om direktiven avseende offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster endast reglerar upphandlingar som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter i medlemsstaterna, och inte är direkt tillämpliga på offentliga upphandlingar som genomförs av gemenskapsadministrationen, kan de regler och principer som uppställs i eller följer av dessa direktiv likväl åberopas mot gemenskapsadministrationen när de endast utgör specifika uttryck för grundläggande regler i EG-fördraget eller allmänna rättsprinciper som denna administration är skyldig att respektera (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 9 september 2003 i mål C-25/02, Rinke, REG 2003, s. I-8349, punkterna 25–28). I en rättslig gemenskap är nämligen en enhetlig tillämpning av rätten ett grundläggande krav (se domstolens dom av den 6 december 2005 i de förenade målen C-453/03, C-11/04, C-12/04 och C-194/04, ABNA m.fl., REG 2005, s. I-10423, punkt 104) och samtliga rättssubjekt är skyldiga att iaktta legalitetsprincipen. Institutionerna är sålunda, i likhet med alla andra rättssubjekt, skyldiga att iaktta de regler i EG-fördraget och allmänna rättsprinciper som är tillämpliga på dem (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkterna 18–21, och domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet Antwerpse Bouwwerken mot kommissionen, punkt 55). Dessutom kan de regler och principer som uppställs i eller följer av dessa direktiv åberopas mot gemenskapsadministrationen, när den under utövandet av sitt funktionella och institutionella oberoende och inom ramen för de befogenheter som den tilldelats genom EG-fördraget har antagit en rättsakt där det uttryckligen, i syfte att reglera de offentliga upphandlingar som den genomför för egen räkning, hänvisas till bestämda regler eller principer i direktiven, varvid dessa regler och principer blir tillämpliga i enlighet med principen att den som har stiftat en lag själv måste följa den (*patere legem quam ipse fecisti*) (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 11 juli 1985 i de förenade målen 87/77, 130/77, 22/83, 9/84 och 10/84, Salerno m.fl. mot kommissionen och rådet, REG 1985, s. 2523, punkterna 52, 56 och 57, samt av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, REG 2004, s. I-3801, punkterna 113–115). När rättsakten i fråga behöver tolkas, ska detta i möjligaste mån ske på ett sådant sätt att gemenskapsrätten tolkas enhetligt och så att den överensstämmer med bestämmelserna i EG-fördraget och de allmänna

rättsprinciperna (se domstolens dom av den 21 mars 1991 i mål C-314/89, Rauh, REG 1991, s. I-1647, punkt 17 och där angiven rättspraxis, och av den 29 juni 1995 i mål C-135/93, Spanien mot kommissionen, REG 1995, s. I-1651, punkt 37).

90 Det framgår av riktlinjerna att det är med ”hänsyn till EU:s grundläggande principer om offentlig upphandling, och särskilt principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn”, som EIB har beslutat att fastställa bestämmelser för anbudsförfaranden varigenom EIB kan ”bjuda in kvalificerade anbudsgivare till anbudsgivning och göra ett urval baserat på hänsyn till kostnader lika väl som kvalitet”. EIB fann därför att ”[ä]ven om direktiv 2004/18 inte [var] tillämpligt som sådant på [EIB], [utgjorde] det en lämplig utgångspunkt för fastställandet av EIB:s förfaranden”. I punkt 2.1 i riktlinjerna anges bland annat att ”[EIB] tillämpar de förfaranden som beskrivs i direktiv 2004/18 när den tilldelar kontrakt som inte är undantagna från direktivets tillämpningsområde enligt bestämmelser däri, och vars totala värde exklusive mervärdesskatt (moms) beräknas vara lika med eller överstiga följande tröskelvärden: a) 206 000 euro för tjänstekontrakt …”. I riktlinjerna finns det dessutom talrika hänvisningar till direktiv 2004/18.

91 I punkt 2.4 och 2.5 i riktlinjerna beskrivs i detalj de olika etapperna i det anbudsförfarandet som avses i punkt 2.2.1 i dessa riktlinjer.

92 I riktlinjerna uppställs härvid regler med allmän giltighet och med rättsverkan i förhållande till tredje man, särskilt gentemot dem som beslutar att lämna anbud i en offentlig upphandling, helt eller delvis finansierad genom EIB:s egna medel. På samma sätt är riktlinjerna rättsligt bindande för EIB när den beslutar att genomföra en upphandling för egen räkning (se, för ett liknande resonemang och analogt, domen i det ovan i punkt 87 nämnda målet Citymo mot kommissionen, punkt 122).

93 Av det anförda följer att när EIB agerar genom att anlita kapitalmarknaderna och utnyttja egna medel, särskilt när den upphandlar för egen räkning, är den underkastad såväl de principer som anges i punkt 88 ovan som de bestämmelser som anges i riktlinjerna, bland annat de principer som det hänvisas till i punkt 91 ovan, tolkade mot bakgrund av de principer som dessa bestämmelser syftar till att genomföra och, i förekommande fall, de bestämmelser i direktiv 2004/18 som det hänvisas till i dessa bestämmelser.

Yrkandet om ogiltigförklaring

94 Till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring har sökanden i sin ansökan åberopat fem grunder. Som första grund har det gjorts gällande att punkt 2.5.2 i riktlinjerna, principerna om insyn och likabehandling samt principen om rätt till ett effektivt rättsmedel åsidosattes. Den andra grunden avser, i huvudsak, åsidosättande av principerna om insyn och god förvaltningssed, skyldigheten att motivera ett beslut som går någon emot samt rätten till ett effektivt rättsmedel. Såvitt avser den tredje grunden har sökanden gjort gällande, i huvudsak, att proportionalitetsprincipen åsidosattes liksom skyldigheten att välja tilldelningskriterier som möjliggör en objektiv jämförande utvärdering av anbuden. Sökanden har som fjärde grund gjort gällande att likabehandlingsprincipen åsidosattes liksom skyldigheten att vid den jämförande utvärderingen av anbuden använda tilldelningskriterier som inte förväxlas med kriterierna för urval av anbudsgivare. Som femte grund har det gjorts gällande att den rätt som är tillämplig på anbudsförfaranden åsidosattes genom att den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna ledde till att ”priseffekten” neutraliserades eller minimerades i det angripna beslutet.

95 Genom skrivelse som inkom den 8 januari 2010 (se punkt 21 ovan) har sökanden anfört en sjätte grund för yrkandet om ogiltigförklaring, avseende åsidosättande av artikel 99 i budgetförordningen och artikel 148.1 och 148.2 i genomförandebestämmelserna, i vilka det anges att all diskussion mellan den upphandlande myndigheten

och de anbudssökande eller anbudsgivarna som leder till att villkoren för anbudsförfarandet ändras eller till att ett enskilt anbud ändras är förbjuden. Denna grund avser även åsidosättande av principerna om likabehandling, insyn och icke-diskriminering, såsom de har slagits fast i artikel 89 i budgetförordningen i förening med skäl 18 i samma förordning.

96 Tribunalen ska inledningsvis pröva den första och den andra grunden gemensamt då de delvis överlappar varandra. Därefter ska tribunalen gemensamt pröva den tredje och den fjärde grunden, vilka framstår som sinsemellan kompletterande. Slutligen, och av praktiska skäl, ska den sjätte grunden prövas innan tribunalen går vidare med en prövning av den femte grunden.

Den första och den andra grunden

— Parternas argument

97 Med den första och den andra grunden har sökanden gjort gällande att EIB åsidosatte punkt 2.5.2 i riktlinjerna, principerna om insyn, likabehandling och god förvaltningssed, sökandens rätt till ett effektivt rättsmedel samt skyldigheten att motivera ett beslut som går någon emot. Först och främst borde EIB snarast möjligt ha upplyst sökanden skriftligen om det angripna beslutet och på eget initiativ ha översänt samma information till samtliga anbudsgivare, utan undantag, och tillförsäkrat dem erforderlig tid för utövande av deras legitima rättigheter. Vidare borde EIB, inom femton dagar från sökandens begäran, ha upplyst bolaget om namnet på den utvalda anbudsgivaren och om skälen till att sökandens anbud inte antagits, samt motiverat det angripna beslutet

med avseende på sökanden genom att ha tillhandahållit underlaget i utvärderingsrapporten för jämförelsen av sökandens anbud och den valda anbudsgivarens anbud vad beträffar anbudens utformning och fördelar. Slutligen borde EIB åtminstone ha upplyst sökanden om skälen för det angripna beslutet innan förevarande talan väcktes, så att sökandens rätt till ett effektivt rättsmedel hade kunnat säkerställas.

98 EIB anser att talan inte kan bifallas på den första grunden. Enligt EIB var offentliggörandet i *Europeiska unionens officiella tidning* av meddelandet om tilldelning av kontrakt ett officiellt erkänt sätt i gemenskapens rättsordning för att delge sökanden det angripna beslutet. Den omständigheten att EIB inte individuellt delgav sökanden det angripna beslutet var ett administrativt misstag av bankens tjänstemän. Dessa svarade emellertid utan dröjsmål, den 1 augusti 2008, på sökandens begäran om förklaringar av den 31 juli 2008. Under alla omständigheter och i enlighet med rättspraxis kan invändningen om brist på information inte godtas, eftersom sökanden den dag då förevarande talan väcktes, det vill säga den 6 oktober 2008, hade kännedom om skälen för det angripna beslutet. Det kan inte heller konstateras att principen om likabehandling åsidosattes, då den rättsstridighet som sökanden åberopat inte påverkade det angripna beslutet. Utvärderingskommittén fann nämligen, mot bakgrund av tilldelningskriterierna, att den utvalda anbudsgivarens anbud var klart mer fördelaktigt än sökandens anbud.

99 EIB har vidare gjort gällande att talan inte kan bifallas såvitt avser den andra grunden. EIB anser att den i tillräcklig utsträckning motiverade det angripna beslutet och att den följde ett förfarande som var i överensstämmelse med bestämmelserna i riktlinjerna och tillämplig rättspraxis vad gäller anbudsförfaranden. I enlighet med rättspraxis och punkt 2.5.2 i riktlinjerna, mottog sökanden, genom skrivelse av den 1 augusti 2008, en välgrundad förklaring vad gäller det valda anbudets utformning och relativa fördelar samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet. Med hänsyn till de särskilda omständigheterna i fallet, var det angripna beslutet således tillräckligt motiverat för att ge sökanden möjlighet att göra sina rättigheter gällande och tribunalen möjlighet att utöva sin rättsliga kontroll. Det framgick tydligt av nämnda skrivelse att för vart och ett av tilldelningskriterierna, med undantag för det finansiella kriteriet, tilldelades den utvalda anbudsgivarens anbud en poäng som var

dubbelt så hög som sökandens. Även om sökanden tilldelades en poäng som var högre än den valda anbudsgivarens poäng vad gäller det finansiella kriteriet så var detta inte avgörande, eftersom detta kriteriums relativa betydelse motsvarade 25 procent av den totala poängen.

— Tribunalens bedömning

100 När gemenskapsadministrationen förfogar över ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning är iakttagandet av de skyddsregler som gemenskapens rättsordning innehåller för administrativa förfaranden av än mer grundläggande betydelse. Bland dessa skyddsregler återfinns bland annat skyldigheten för gemenskapsadministrationen att på ett tillfredsställande sätt motivera sina beslut. Det är enbart på så sätt som domstolen har möjlighet att pröva huruvida de omständigheter och rättsregler som utövandet av detta utrymme för skönsmässig bedömning är beroende av är uppfyllda (domstolens dom av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, punkt 14, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453, och förstainstansrättens dom av den 5 mars 2002 i mål T-241/00, Le Canne mot kommissionen, REG 2002, s. II-1251, punkt 53). Det följer av fast rättspraxis att administrationen förfogar över ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller de omständigheter som ska beaktas när den har att fatta beslut om att tilldela ett kontrakt efter en anbudsinfordran (förstainstansrättens dom av den 27 september 2002 i mål T-211/02, Tideland Signal mot kommissionen, REG 2002, s. II-3781, punkt 33, och av den 6 juli 2005 i mål T-148/04, TQ3 Travel Solutions Belgium mot kommissionen, REG 2005, s. II-2627, punkt 47; se även, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 23 november 1978 i mål 56/77, Agence européenne d'intérims mot kommissionen, REG 1978, s. 2215, punkt 20).

101 Tribunalen ska för det första pröva sökandens invändning att EIB åsidosatte bestämmelserna i punkt 2.5.2 i riktlinjerna genom att underlåta att snarast möjligt informera bolaget om antagandet av det angripna beslutet.

102 Det framgår av punkt 2.5.2 i riktlinjerna, avseende ”[k]ontakten mellan [EIB] och de anbudssökande och anbudsgivarna”, att ”[EIB] snarast möjligt ska informera samtliga berörda parter om det beslut som fattats inom ramen för upphandlingsförfarandet”.

103 EIB har vidgått, vid tribunalen och i sin skrivelse till sökanden av den 14 augusti 2008, att ”sökanden inte i rätt tid mottog någon officiell skrivelse med information om resultatet av anbudsförfarandet”. EIB förklarade att ”vid en undersökning som vidtogs [till följd av] sökandens klagomål, upptäckte EIB att denna underlåtelse berodde på ett administrativt misstag”. Dessutom har EIB vidgått att samtliga anbudsgivare, ”olyckligtvis med undantag för sökanden”, hade informerats om antagandet av det angripna beslutet genom skrivelse av den 18 februari 2008. Det är ostridigt att sökanden fick kännedom om det angripna beslutet först genom offentliggörandet av meddelandet om tilldelning den 26 juli 2008 i tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning*, det vill säga mer än en månad efter undertecknandet av ramavtalet den 12 och 17 juni 2008, och avtalets ikraftträdande den 16 juni 2008.

104 EIB åsidosatte således bestämmelserna i punkt 2.5.2 i riktlinjerna genom att inte snarast möjligt informera sökanden om det angripna beslutet.

105 Tribunalen ska för det andra pröva sökandens invändning att EIB åsidosatte bestämmelserna i punkt 2.5.2 i riktlinjerna och skyldigheten att motivera ett beslut som går någon emot. Åsidosättandet bestod enligt sökanden i att EIB underlät att informera bolaget om det utvalda anbudets utformning och relativa fördelar samt om namnet på den anbudsgivare som lämnat det anbudet, inom femton dagar från det att EIB hade mottagit bolagets skriftliga begäran, eller senast innan bolaget väckte talan.

106 I punkt 2.5.2 i riktlinjerna anges bland annat att ”[p]å begäran av berörd part ska [EIB], inom femton dagar från mottagandet av den skriftliga begäran, underrätta … varje anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet …”.

107 Detta tillvägagångssätt överensstämmer med syftet med den motiveringsskyldighet som anges i artikel 253 EG, enligt vilken motiveringen i ett beslut som går någon emot ska göra det möjligt för domstolen att pröva beslutets lagenlighet och att ge den som berörs av beslutet kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden så att denne kan tillvarata sina rättigheter och kan bedöma huruvida beslutet är välgrundat (se, analogt, förstainstansrättens dom av den 24 januari 1992 i mål T-44/90, La Cinque mot kommissionen, REG 1992, s. II-1, punkt 42 och där angiven rättspraxis, av den 8 maj 1996 i mål T-19/95, Adia Interim mot kommissionen, REG 1996, s. II-321, punkt 32, och av den 12 juli 2007 i mål T-250/05, Evropaïki Dynamiki mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkterna 68 och 69). När det gäller anbudsförfaranden ska det erinras om att den omständigheten att de berörda anbudsgivarna har fått ett motiverat beslut först efter en uttrycklig begäran från deras sida, inte på något sätt inskränker deras möjlighet att göra sin rätt gällande vid tribunalen. Den frist för att väcka talan som föreskrivs i artikel 230 femte stycket EG börjar nämligen löpa först när anbudsgivaren har delgetts det motiverade beslutet, under förutsättning att denne har begärt att få ett motiverat beslut inom en rimlig tid från det att han har fått kännedom om att hans anbud inte har antagits (se domen i det ovannämnda målet Adia Interim mot kommissionen, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

108 Med hänsyn till att den upphandlande myndigheten har ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning, är den skyldig att ge en tillfredsställande motivering till de anbudsgivare vars anbud inte har antagits, om de så begär. Detta förutsätter att den upphandlande myndigheten nogsamt ser till att alla de omständigheter som ligger till grund för beslutet återspeglas i de skäl som den anger (se, för ett liknande resonemang, domen av den 10 september 2008 i det ovan i punkt 84 nämnda målet Evropaïki Dynamiki mot kommissionen, punkt 134).

109 Bedömningen av huruvida motiveringen är tillräcklig ska göras utifrån den information som sökanden erhållit vid tiden för talans väckande (se förstainstansrättens dom av den 25 februari 2003 i mål 183/00, Strabag Benelux mot rådet, REG 2003, s. II-135, punkt 58, och i mål T-4/01, Renco mot rådet, REG 2003, s. II-171, punkt 96). Det framgår av fast rättspraxis att skälen däremot inte kan förklaras för första gången i efterhand inför domstolen, utom i yttersta undantagsfall (se förstainstansrättens dom av den 20 maj 2009 i mål T-89/07, VIP Car Solutions mot parlamentet, REG 2009, s. II-1403, punkt 76 och där angiven rättspraxis).

110 Det har inte bestritts att sökanden, genom skrivelse av den 31 juli 2008, inkom med en begäran om att få information om det utvalda anbudets utformning och relativa fördelar samt namnet på den som tilldelats kontraktet. EIB har hävdat att den svarade på denna begäran genom sin skrivelse av den 1 augusti 2008. Till följd av sistnämnda skrivelse begärde sökanden förvisso på nytt, genom skrivelse av den 1 augusti 2008, att EIB skulle tillhandahålla klargöranden. EIB svarade emellertid, genom sin skrivelse av den 14 augusti 2008, att den redan hade gett sökanden ett så uttömmande svar som möjligt och hänvisade till beslutet om tilldelning som hade offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*. Det framgår vare sig av handlingarna i målet eller av parternas argument att sökanden hade kunnat underrättas av EIB om skälen för det angripna beslutet på andra sätt än de som anges ovan, före väckandet av förevarande talan.

111 Härav följer att skälen för det angripna beslutet som sökandebolaget fick av EIB innan det väckte talan och som svar på bolagets begäran av den 31 juli 2008, måste stå att finna i ordalydelsen av EIB:s skrivelse av den 1 augusti 2008, sammanhanget och samtliga rättsregler på det ifrågavarande området, eftersom detta beslut skickades inom femton dagar från det att sökandens begäran mottagits.

112 Det framgår av skrivelsen av den 1 augusti 2008 att EIB underrättade sökanden om namnet på den utvalda anbudsgivaren, den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna och fördelningen av de poäng som tilldelats sökandens anbud respektive den valda anbudsgivarens anbud efter den jämförande utvärderingen av anbuden. I denna skrivelse angavs att sökandens anbud hade tilldelats 22,03 poäng (av 35 möjliga), fördelade på följande sätt: 8,75 poäng (av 8,75 möjliga) för det finansiella kriteriet, 2,85 poäng (av 5,25 möjliga) för det tekniska kriteriet ”processen för kvalitetsstyrning”, 7,43 poäng (av 15,75 möjliga) för det tekniska kriteriet ”överensstämmelsenivån för den offererade personalens kompetens och kvalifikationer” och 3 poäng (av 5,25 möjliga) för det tekniska kriteriet ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser”, medan den valda anbudsgivarens anbud hade tilldelats 29,36 poäng (av 35 möjliga), fördelade på följande sätt: 5,29 poäng (av 8,75 möjliga) för det finansiella kriteriet, 4,12 poäng (av 5,25 möjliga) för det tekniska kriteriet ”processen

för kvalitetsstyrning”, 15,3 poäng (av 15,75 möjliga) för det tekniska kriteriet ”överensstämmelsenivån för den offererade personalens kompetens och kvalifikationer” och 4,12 poäng (av 5,25 möjliga) för det tekniska kriteriet ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser”.

113 Uppgifterna från EIB, i form av poängtilldelningen, gjorde det möjligt för sökanden att för vart och ett av tilldelningskriterierna direkt jämföra de poäng som hade tilldelats sökandebolagets anbud med dem som tilldelats den valda anbudsgivarens anbud, eftersom EIB inte begränsade sig till att endast meddela sökanden totalpoängen för vart och ett av anbuden. I synnerhet gjorde dessa uppgifter det möjligt för sökanden att direkt identifiera de exakta skälen till att dennes anbud inte hade antagits, nämligen att den totalpoäng som sökandens anbud hade tilldelats efter den jämförande utvärderingen av anbuden var lägre än den som tilldelats den utvalda anbudsgivarens anbud. Även om sökandens anbud hade tilldelats den högsta poängen vad gäller det finansiella kriteriet hade detta nämligen inte varit tillräckligt, på grund av den av EIB fastställda inbördes viktningen av tilldelningskriterierna, för att väga upp de poäng som sökandens anbud tilldelats för vart och ett av de tre tekniska tilldelningskriterierna, vilka var lägre än de som den valda anbudsgivarens anbud hade tilldelats.

114 Då det här emellertid rör sig om ett anbudsförfarande i vilket sökanden hade lämnat det lägsta anbudet, i den bemärkelsen att dennes anbud hade lägst pris av samtliga anbud som skulle jämföras, och då detta anbud således inte antogs endast av den anledningen att anbudets tekniska förtjänster hade bedömts vara relativt sett sämre än det antagna anbudets tekniska förtjänster, måste det konstateras att denna motivering, även om den utgör början till en förklaring, likväl inte kan anses vara tillräcklig med hänsyn till kravet att det av motiveringen klart och tydligt ska framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 109 nämnda målet VIP Car Solutions mot parlamentet, punkterna 75 och 76). I skrivelsen av den 1 augusti 2008 fanns det nämligen inte några uppgifter om de skäl som, enligt EIB, hade motiverat de poäng som tilldelats sökandens respektive den utvalda anbudsgivarens anbud för de tekniska kriterierna.

Dessutom kompletterades inte de i skrivelsen angivna poängtalen med några allmänna kommentarer om skälen till att EIB, för vart och ett av de tekniska kriterierna, hade tilldelat den utvalda anbudsgivarens anbud fler poäng än sökandens anbud. En sådan komplettering hade gjort det möjligt att anse att det angripna beslutet var tillräckligt motiverat (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 10 september 2008 i det ovan i punkt 84 nämnda målet Evropaïki Dynamiki mot kommissionen, punkt 129, och av den 9 september 2009 i mål T-437/05, Brink's Security Luxembourg mot kommissionen, REG 2009, s. II-3233, punkt 169).

115 Under förfarandets gång har EIB förvisso förklarat skälen till att den antog det angripna beslutet. Den har särskilt angett den omständigheten att när det gällde det tekniska kriteriet ”överensstämmelsenivån för den offererade personalens kompetens och kvalifikationer” och det tekniska kriteriet ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser”, ”[var] huvudproblemet erfarenheten (eller snarare bristen på erfarenhet) av bank- och finanssektorn hos sökandebolagets konsulter” och att när det gällde det tekniska kriteriet ”processen för kvalitetsstyrning”, var den valda anbudsgivarens anbud ”mer konkret” än sökandens anbud som ”till synes omfattade alla de aspekter som krävdes, men … beskrevs i tämligen allmänna och komplexa termer”. Detta kan emellertid inte kompensera otillräckligheten av den ursprungliga motiveringen av det angripna beslutet. EIB har nämligen inte visat på någon exceptionell omständighet som skulle kunna motivera att den underlät att ge sökanden en tillräcklig motivering inom femton dagar från mottagandet av bolagets begäran, eller under alla omständigheter före talans väckande.

116 Av det anförda följer att det angripna beslutet är otillräckligt motiverat och därmed strider mot bestämmelserna i punkt 2.5.2 i riktlinjerna och, mer allmänt, mot motiveringsskyldigheten i artikel 253 EG.

117 Tribunalen ska för det tredje pröva sökandens invändningar om åsidosättande av rätten till ett effektivt rättsmedel och åsidosättande av principerna om likabehandling, insyn och god förvaltningssed.

118 Vad inledningsvis gäller invändningen om åsidosättande av rätten till ett effektivt rättsmedel, ska det erinras om att rätten till domstolsprövning utgör en grundläggande del av en rättslig gemenskap och att den rätten garanteras inom den rättsordning som grundas på EG-fördraget, på grund av att det genom fördraget har inrättats ett fullständigt system med rättsmedel och förfaranden som är avsett att göra det möjligt för domstolen att granska lagenligheten av de rättsakter som antas av gemenskapsadministrationen (domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet Les Verts mot Europaparlamentet, punkt 23). Domstolen har dessutom baserat rätten till en effektiv domstolsprövning på konstitutionella traditioner som är gemensamma för medlemsstaterna samt på artiklarna 6 och 13 i konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (domstolens dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston, REG 1986, s. 1651, punkt 18, svensk specialutgåva, volym 8, s. 597, av den 9 februari 2006 i de förenade målen C-23/04-C-25/04, Sfakianakis, REG 2006, s. I-1265, punkt 28, samt domen i det ovan i punkt 46 nämnda målet Philip Morris International mot kommissionen, punkt 121). Slutligen har rätten till ett effektivt rättsmedel för var och en vars gemenskapsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts även slagits fast i artikel 47 i stadgan.

119 Vidare är det i samband med anbudsförfaranden viktigt att skydda anbudsgivarna mot den upphandlande myndighetens godtycke genom att det garanteras att rättsstridiga beslut som antas av denna myndighet kan prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt (se, för ett liknande resonemang och analogt, domstolens dom av den 23 december 2009 i mål C-455/08, kommissionen mot Irland, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 26).

120 Ett fullständigt rättsligt skydd för anbudsgivarna mot den upphandlande myndighetens godtycke förutsätter därför, först och främst, att det föreligger en skyldighet att underrätta samtliga anbudsgivare om beslutet om tilldelning av kontraktet innan kontraktet sluts, så att dessa har en reell möjlighet att väcka talan om ogiltigförklaring av detta beslut, när de villkor som ställs i detta avseende är uppfyllda.

121 Detta fullständiga rättsliga skydd kräver vidare att de anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet ges möjlighet att i god tid bedöma tilldelningsbeslutets giltighet, vilket förutsätter att en rimlig tid måste förflyta mellan underrättelsen av tilldelningsbeslutet

till de anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet och undertecknandet av kontraktet för att göra det möjligt för dessa att bland annat ansöka om interimistiska åtgärder, enligt artikel 242 EG i förening med artikel 243 EG samt artikel 225.1 EG, med yrkande att domaren med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder ska förordna om uppskov med verkställigheten av det angripna beslutet till dess att den domstol som har att pröva målet i sak har avgjort talan om ogiltigförklaring av detta beslut (se, för ett liknande resonemang och analogt, domstolens dom av den 24 juni 2004 i mål C-212/02, kommissionen mot Österrike, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkterna 21 och 23 och där angiven rättspraxis, och i det ovan i punkt 119 nämnda målet kommissionen mot Irland, punkterna 27 och 28 och där angiven rättspraxis). Rätten till ett fullständigt och effektivt domstolsskydd innebär nämligen att enskilda kan ges interimistiskt skydd, om detta är nödvändigt för att säkerställa att avgörandet i huvudsaken får full verkan, för att undvika luckor i det rättsskydd som de behöriga domstolarna ska säkerställa (se beslut av domstolens ordförande av den 3 maj 1996 i mål C-399/95 R, Tyskland mot kommissionen, REG 1996, s. I-2441, punkt 46 och där angiven rättspraxis, och av den 23 februari 2001 i mål C-445/00 R, Österrike mot rådet, REG 2001, s. I-1461, punkt 111 och där angiven rättspraxis).

122 Det ska slutligen påpekas att för att rätten till ett effektivt domstolsskydd ska kunna säkerställas, måste den upphandlande myndigheten iaktta sin motiveringsskyldighet (se punkt 108 ovan) genom att lämna en tillräcklig motivering till varje anbudsgivare vars anbud inte antagits, om de så begär, så att de kan utöva denna rätt under bästa möjliga förutsättningar och med kännedom om samtliga omständigheter kunna bedöma om det finns anledning att väcka talan vid behörig domstol. Motiveringen av det angripna beslutet utgör nämligen en väsentlig formföreskrift som bland annat syftar till att garantera de personer som rättsakten går emot ett effektivt rättsmedel (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 28 oktober 1975 i mål 36/75, Rutili, REG 1975, s. 1219, punkterna 37–39, svensk specialutgåva, volym 2, s. 485, och av den 15 oktober 1987 i mål 222/86, Heylens m.fl., REG 1987, s. 4097, punkterna 15 och 16, svensk specialutgåva, volym 9, s. 223).

123 I förevarande fall har anbudsförfarandet inte uppfyllt dessa krav. För det första delgavs inte sökanden det angripna beslutet utan denne fick kännedom om beslutet när det i princip, i och med undertecknandet och ikraftträdandet av ramavtalet, inte längre var relevant. Förvisso har EIB under förhandlingen gjort gällande att sökanden fortfarande kunde inge en ansökan om uppskov med verkställigheten av det angripna

beslutet efter det att ramavtalet hade undertecknats. EIB har emellertid inte kunnat bemöta sökandens argument, som även de framförts under förhandlingen, enligt vilka en sådan ansökan inte skulle ha haft någon ändamålsenlig verkan efter det att ramavtalet hade undertecknats och börjat genomföras. Det ska dessutom beaktas att EIB själv har vidgått att verkställigheten av det angripna beslutet, i form av undertecknandet och därefter genomförandet av ramavtalet, utgjorde hinder för att EIB skulle kunna beakta alla följder som är förknippade med en eventuell ogiltigförklaring av det angripna beslutet, i synnerhet ett återupptagande av anbudsförfarandet (se punkt 60 ovan). I förevarande fall var sålunda sökandens möjlighet att inge en sådan ansökan om uppskov, redan före undertecknandet och ikraftträdandet av ramavtalet, nödvändig för att säkerställa effektiviteten av talan i huvudsaken, som syftade till att få prövat huruvida anbudsförfarandet genomförts på ett opartiskt sätt och till att bibehålla bolagets chanser att kunna ingå kontraktet med EIB vid utgången av detta förfarande. Såsom redan har konstaterats (se punkt 116 ovan), underlät EIB för det andra att ge sökanden en tillräcklig motivering till det angripna beslutet innan bolaget väckte talan i huvudsaken, vilken bland annat syftar till att få detta beslut ogiltigförklarat.

124 Av detta följer att EIB åsidosatte sökandens rätt till ett effektivt rättsmedel.

125 Vad vidare gäller invändningen om åsidosättande av principerna om likabehandling och insyn, följer det av fast rättspraxis avseende anbudsförfaranden, att den upphandlande myndigheten är skyldig att iaktta principen om likabehandling av anbudsgivare, som endast är ett särskilt uttryck för principen om likabehandling (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkterna 46 och 48 och där angiven rättspraxis). Enligt fast rättspraxis är den upphandlande myndigheten skyldig att iaktta principen om likabehandling av anbudsgivare under varje del av anbudsförfarandet (domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, punkt 108, och förstainstansrättens dom av den 17 december 1998 i mål T-203/96, Embassy

Limousines & Services mot parlamentet, REG 1998, s. II-4239, punkt 85), och följaktligen se till att alla anbudsgivare får samma möjligheter (förstainstansrättens dom av den 12 juli 2007 i det ovan i punkt 107 nämnda målet Evropaïki Dynamiki mot kommissionen, punkt 45). Enligt rättspraxis innebär principerna om likabehandling och icke-diskriminering på grund av nationalitet bland annat en skyldighet att lämna insyn, vilket syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att den är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska (domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Teleaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 62, och i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 49).

126 Det är i föreliggande fall ostridigt att EIB omgående underrättade övriga anbudsgivare om det angripna beslutet, vilket var långt innan ramavtalet undertecknades. På så sätt gav EIB dessa anbudsgivare möjligheten, vilken rättsstridigt hade berövats sökanden (se punkt 123 ovan), att till domaren med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder inge en ansökan om uppskov med verkställigheten av det angripna beslutet fram till undertecknandet av ramavtalet för att säkerställa att en talan i huvudsaken, syftande till att få prövat huruvida anbudsförfarandet genomförts på ett opartiskt sätt, skulle vara effektiv.

127 Härav följer att EIB åsidosatte principerna om likabehandling och insyn genom att kränka sökandens rätt till ett effektivt rättsmedel mot det angripna beslutet, samtidigt som övriga anbudsgivare vars anbud inte antagits åtnjöt en sådan rättighet.

128 Vad slutligen gäller invändningen att EIB åsidosatte principen om god förvaltningssed, följer det av rättspraxis att denna princip kan utgöra en rättsregel med syfte att ge rättigheter till enskilda, när den ger uttryck för vissa särskilda rättigheter (förstainstansrättens dom av den 13 november 2008 i mål T-128/05, SPM mot rådet och kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 127).

129 Eftersom det av resonemanget ovan framgår att EIB åsidosatte sökandens rättigheter genom att underlåta att utan dröjsmål underrätta bolaget om det angripna beslutet och genom att inte inom femton dagar från mottagandet av sökandens ansökan, och före väckandet av talan, tillhandahålla bolaget en tillräcklig motivering till detta beslut, åsidosatte EIB likaledes principen om god förvaltningssed genom att kränka sökandens rätt till ett effektivt rättsmedel mot det angripna beslutet.

130 Enligt domstolens rättspraxis kan formföreskrifter som har till syfte att se till att de berörda åtgärderna genomförs med omsorg och försiktighet betraktas som väsentliga (domstolens dom av den 21 mars 1955 i mål 6/54, Nederländerna mot Höga myndigheten, REG 1955, s. 201, på s. 220). Inom ramen för tilldelning av ett offentligt kontrakt ska en bortvald anbudsgivares rätt till ett effektivt rättsmedel mot beslutet genom vilket en annan anbudsgivare tilldelas det offentliga kontraktet, liksom den upphandlande myndighetens motsvarande skyldighet att på begäran underrätta den bortvalda anbudsgivaren om skälen till beslutet, betraktas som väsentliga formföreskrifter i den mening som avses i ovan angivna rättspraxis, eftersom dessa föreskrifter ska omgärda utformningen av tilldelningsbeslutet med garantier som möjliggör en effektiv kontroll av huruvida anbudsförfarandet som utmynnat i detta beslut har genomförts på ett opartiskt sätt.

131 I överensstämmelse med rättspraxis avseende åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, ska det konstateras att den omständigheten att EIB åsidosatte väsentliga formföreskrifter i samband med det angripna beslutet medför att detta måste ogiltigförklaras (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 30 mars 1995 i mål C-65/93, parlamentet mot rådet, REG 1995, s. I-643, punkt 21).

132 Av det ovan anförda följer att talan ska bifallas såvitt avser den första och den andra grunden.

Den tredje och den fjärde grunden

— Parternas argument

133 Sökanden har med den tredje grunden gjort gällande att EIB, genom att använda tilldelningskriteriet ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser”, åsidosatte proportionalitetsprincipen och skyldigheten att välja tilldelningskriterier som möjliggör en objektiv jämförande utvärdering av anbuden. Sökanden menar att detta tilldelningskriterium hindrade anbudsgivarna från att utöva sin legitima rätt att anlita underleverantörer. Dessutom var detta kriterium för otydligt formulerat för att anbudsgivarna skulle kunna få vetskap om den optimala kapacitet som de måste erbjuda för att tilldelas maximal poäng. I listan med frågor och svar visar frågan som rör den maximala nivån vad gäller ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag”, och EIB:s svar på denna fråga – enligt vilket EIB ”inte [hade] fastställt det optimala antalet” – att anbudsgivarna inte kunde veta och inte visste, vad de skulle eller kunde göra för att lämna det bästa anbudet med hänsyn till detta kriterium, och att detta ”optimala antal” hade bestämts av utvärderingskommittén under den jämförande utvärderingen av anbuden. Detta tillvägagångssätt resulterade i en snedvridning av konkurrensen mellan anbudsgivarna till fördel för den utvalda anbudsgivaren, det vill säga den uppdragstagare som fanns på plats och som innehade de specifika it-verktyg som EIB använder, eller för de anbudsgivare som hade tillräcklig kapacitet för att inte behöva ha en grupp externa experter redo att kallas in för det fall kontraktet skulle tilldelas dem. I motsats till vad EIB har hävdat så är de it-verktyg som innehas av den valda anbudsgivaren inte särskilt utbredda, då deras marknadsandel endast är 3 procent och användningen av dessa verktyg är på nedgång. I övrigt har sökanden gjort gällande att bolaget förfogade över åtskilliga experter som svarar mot EIB:s behov, något som EIB själv har medgett och som framgår av en förteckning som fogats till repliken. Sökanden har även uppmanat EIB att lämna ut de anonyma meritförteckningarna för

personalen som överlämnats av den utvalda anbudsgivaren, så att deras kvalifikationer kan jämföras med kvalifikationerna för sökandens egna experter.

134 EIB anser att talan inte kan bifallas på den tredje grunden. Det angavs tydligt i punkt 6.4 och 6.5 i förfrågningsunderlaget att det var tillåtet att anlita underleverantörer och för anbudsgivare att sluta sig samman, vilket inkluderade möjligheten att anlita oberoende experter. Detta bekräftades ytterligare av listan med frågor och svar, där det preciserades att resurser från underleverantörer likställdes med den berörda anbudsgivarens egna resurser vad gällde anbudsförfarandet. Det enda villkor som fastställdes i punkt 1.3 i förfrågningsunderlaget var att anbudsgivarna skulle visa att de var villiga att rekrytera ett arbetslag med ändamålsenlig kompetens. Dessutom var den utvalda anbudsgivaren inte ensam om att kunna uppfylla det tekniska kriteriet ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser” genom att anlita sin egen personal, eftersom den valda anbudsgivaren inte var innehavare av samtliga de verktyg som används inom ramen för den aktuella it-applikationen. Programmeringsspråket för detta program, nämligen Java, och de verktyg som utvecklats av den valda anbudsgivaren, däribland mjukvaruprogrammet Sybase server suite och databashanteringssystemet, är kända på marknaden och åtskilliga personer besitter kompetens härvidlag. Detta framgår av de meritförteckningar som sökanden lämnat, särskilt av en meritförteckning där det hänvisas till erfarenhet av hela mjukvaruprogrammet Sybase server suite och djupgående kunskaper i Java. I övrigt har sökanden motsagt sig själv i sin argumentation eller i de handlingar som denne har gett in.

135 Genom den fjärde grunden har sökanden gjort gällande att EIB, genom att använda tilldelningskriteriet ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser”, åsidosatte principen om likabehandling och skyldigheten att vid den jämförande utvärderingen av anbuden under fasen för tilldelning av kontraktet endast tillämpa kriterier som inte hörde till fasen för urval av anbudsgivare. Som EIB har vidgått i punkt 89 i svaromålet hade detta kriterium som enda syfte att verifiera ”kompetensen hos anbudsgivarnas personalstyrka” genom en granskning av denna personals meritförteckningar, och detta kriterium hade redan tillämpats på ett ändamålsenligt sätt under

fasen för urval av anbudsgivare. Det skulle således inte ha använts under fasen för den jämförande utvärderingen av anbuden och tilldelning av kontraktet, enligt regeln om att förfarandet som avser urval av anbudsgivare måste vara tydligt skilt från förfarandet som avser tilldelning av kontraktet. Dessutom åsidosatte EIB principen om likabehandling på så sätt att den genom att tillämpa detta kriterium två gånger favoriserade den utvalda anbudsgivaren, som lättast kunde ”tillhandahålla ett arbetslag” då denne även var den uppdragstagare som fanns på plats och innehade de specifika it-verktyg som används av EIB, samt hade potentiellt fler experter till sitt förfogande.

136 EIB anser att talan inte kan bifallas på den fjärde grunden. Den har erinrat om det stora utrymme för skönsmässig bedömning som banken hade vid valet av kriterier för tilldelning av kontraktet. Kriterierna för urval av anbudsgivare, enligt vilka anbudsgivaren skulle ha minst femton anställda som hade arbetat för denne under minst två år på företagets it-avdelning samt tre verifierbara referenser, ska inte förväxlas med tilldelningskriteriet ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser”, då dessa kriterier hänför sig till skilda punkter i förfrågningsunderlaget. Det kriterium som anges i punkt 6.2.2 i förfrågningsunderlaget såsom kriterium för urval av anbudsgivare, i överensstämmelse med punkt 2.5.1.1 i riktlinjerna, hade till syfte att verifiera att anbudsgivarna uppfyllde minimivillkoren i form av personal och kapacitet hos it-avdelningen, medan det kriterium som anges i punkt 7.1.1 i förfrågningsunderlaget såsom kriterium för tilldelning av kontraktet, i överensstämmelse med punkt 2.5.1.2 i riktlinjerna, hade till syfte att bedöma kompetensen och den relevanta erfarenheten hos den personal som offererats av anbudsgivarna, mot bakgrund av deras meritförteckningar och de kompetensförteckningar som getts in, liksom anbudsgivarnas kapacitet att tillgodose det offentliga kontraktets specifika krav. EIB har även anfört att sökanden är i ond tro när denne påstår att EIB har medgett att den handlade i strid med den rätt som är tillämplig på anbudsförfaranden.

— Tribunalens bedömning

137 På samma sätt som EIB förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vad som ska beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran, förfogar den över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller såväl innehåll som tillämpning av de regler som gäller när den, för egen räkning, genomför en offentlig upphandling genom anbudsinfordran (se, för ett liknande resonemang och analogt, förstainstansrättens dom av den 14 februari 2006 i de förenade målen T-376/05 och T-383/05, TEA-CEGOS m.fl. mot kommissionen, REG 2006, s. II-205, punkterna 50 och 51). Den möjlighet som EIB har att fritt välja de kriterier som ska ligga till grund för de offentliga kontrakt som den avser att ingå för egen räkning, innebär att den kan ta hänsyn till det enskilda kontraktets beskaffenhet, föremål och specifika drag.

138 Hänsyn ska emellertid tas till bestämmelserna i riktlinjerna. I punkt 2.5 i dessa anges de regler som är tillämpliga på ”[u]pphandlingsförfarandets gång”. Punkt 2.5.1 avseende ”[k]ontroll av lämplighet och val av deltagare” och ”tilldelning av kontrakt”, ska särskilt noteras. Av denna senare punkt framgår bland annat att ”[EIB:s] kontrakt ska tilldelas på grundval av de urvals- och tilldelningskriterier som anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, efter det att det kontrollerats att de ekonomiska aktörer som ska delta i förfarandet inte ska uteslutas”.

139 Det framgår av punkt 2.5.1.1, avseende ”[u]rvalskriterier”, att ”[s]yftet med dessa kriterier är att avgöra huruvida en aktör befinner sig i en sådan ekonomisk och finansiell situation och har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som är nödvändig för att kunna genomföra kontraktet”. Det föreskrivs dessutom att ”[EIB] ska fastställa dessa kriterier i överensstämmelse med artiklarna 47 och 48 i direktiv 2004/18, i förekommande fall med beaktande av artiklarna 49 och 50”. Vidare anges det att ”[EIB] får fastställa miniminivåer vad gäller kapaciteten och att de anbudsgivare eller anbudssökande som inte når upp till dessa nivåer utesluts från förfarandet” samt att ”[d]essa nivåer ska anges i meddelandet om upphandling”.

140 I punkt 2.5.1.2 i riktlinjerna, avseende ”[k]riterier för tilldelning av kontrakt” föreskrivs bland annat följande:

”Syftet med [tilldelnings]kriterierna är att möjliggöra ett urval bland de anbudsgivare som inte har uteslutits under urvalsförfarandet och som, i övrigt, uppfyller de urvalskriterier som anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

[EIB] ska tillämpa följande kriterier vid tilldelning av kontrakt:

a) Om tilldelningen sker på grundval av det anbud som ur EIB:s synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga (mest kostnadseffektiva), olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet i fråga, t.ex. kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, lönsamhet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid eller tid för fullgörandet.

…

I det fall som avses i punkt a) ovan ska [EIB] i meddelandet om upphandling, i förfrågningsunderlaget eller, när det gäller den konkurrenspräglade dialogen, i det beskrivande dokumentet ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga …”

141 De bestämmelser i riktlinjerna som nämns i punkt 141 ovan syftar till att garantera att den frihet som EIB har i valet av tilldelningskriterier utövas under iakttagande av principerna om likabehandling och insyn under den fas då anbuden utvärderas i avsikt att tilldela kontraktet (se, för ett liknande resonemang och analogt, domstolens dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, REG 1988, s. 4635, punkterna 21 och 22, och av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale Bau m.fl., REG 2002, s. I-11617, punkterna 90–92). Syftet med dessa bestämmelser är att ge alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare möjlighet att tolka tilldelningskriterierna på samma sätt och att därmed ha samma möjligheter att utforma sina anbud (se, analogt, domstolens dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction, REG 2001, s. I-7725, punkt 42).

142 Dessa bestämmelser syftar dessutom till att garantera att proportionalitetsprincipen iakttas. Denna princip innebär att institutionerna i sitt handlande inte får gå utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå de mål som eftersträvas. När det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan ska den åtgärd väljas som är minst ingripande och de vållade olägenheterna får inte vara orimliga i förhållande till de eftersträvade målen (domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet Antwerpse Bouwwerken mot kommissionen, punkt 57). Det är visserligen riktigt att det i punkt 2.5.1.2 i riktlinjerna inte ges någon uttömmande uppräkning av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan när tilldelning ska ske till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och att myndigheten enligt denna bestämmelse således ges möjlighet att välja de kriterier som den finner lämpligast vid tilldelningen av det offentliga kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se, för ett liknande resonemang och analogt, domstolens dom av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Lianakis m.fl., REG 2008, s. I-251, punkt 29 och där angiven rättspraxis, samt domarna i de ovan i punkt 109 nämnda målen Renco mot rådet, punkt 66, och Strabag Benelux mot rådet, punkterna 73 och 74). De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att genomföra kontraktet i fråga kan följaktligen inte anses utgöra kriterier för tilldelning (se, för ett liknande resonemang och analogt, domstolens dom i det ovan i punkt 141 nämnda målet Beentjes, punkterna 15–19, av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, GAT, REG 2003, s. I-6379, punkterna 59–67, och i det ovannämnda målet Lianakis m.fl., punkterna 30–32). Anbudens kvalitet ska bedömas med utgångspunkt i själva anbuden, och inte med utgångspunkt i anbudsgivarnas erfarenhet av den upphandlande myndigheten under tidigare kontrakt eller på grundval av de urvalskriterier – såsom

anbudsgivarnas kapacitet att genomföra kontraktet – som hör till urvalsfasen och som inte kan beaktas vid den jämförande utvärderingen av anbuden (domen i det ovan i punkt 141 nämnda målet Beentjes, punkt 15, och i det ovan i punkt 100 nämnda målet TQ3 Travel Solutions Belgium mot kommissionen, punkt 86).

143 Genom den tredje och den fjärde grunden har sökanden, i huvudsak, gjort gällande att tilldelningskriteriet ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser” var otydligt, diskriminerande och oproportionerligt i förhållande till det eftersträvade målet, som var att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Valet av ett sådant kriterium stred således mot EIB:s skyldigheter enligt allmänna rättsprinciper tillämpliga på anbudsförfaranden, såsom de genomförts i punkt 2.5.1.2 i riktlinjerna.

144 Det ska i detta avseende påpekas att tilldelningskriteriet ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser” nämndes i förfrågningsunderlagets punkt 7.1.1 avseende ”[t]ekniska kriterier”. Där angavs bland annat att ”[a]nbudsgivarens kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag med erforderlig kompetens [skulle] bedömas på grundval av den information som tillhandahållits i förteckningen över personalens profiler och meritförteckningarna”. Det framgår av listan med frågor och svar att med detta tekniska kriterium ”ville] EIB försäkra sig om att den anbudsgivare som [tilldelades] kontraktet inte endast [hade] en personalstyrka bestående av tillräckligt många kompetenta och erfarna personer för att utgöra ett huvudsakligt arbetslag, utan även [förfogade] över en reserv av kvalificerade resurser, i termer av kompetens och erfarenhet, som [kunde] sättas i tjänst vid ytterligare behov”. EIB angav därvidlag att ”förteckningen över personalens profiler [skulle] ge en indikation på djupet och bredden av den kompetens och erfarenhet som anbudsgivaren [förfogade] över och som EIB skulle kunna kalla in”. Detta stämmer överens med punkt 4.2 i förfrågningsunderlaget enligt vilken anbudsgivarna, i förteckningen över personalens profiler som bifogats förfrågningsunderlaget, skulle beskriva den offererade personalen och att deras förslag därvidlag skulle utvärderas på grundval av personalens erfarenhet och antalet personer med lämplig kompetens. EIB angav dessutom att den ”[skulle] granska förteckningen över personalens profiler … för att bedöma huruvida anbudsgivaren

[föreföll] förfoga över en tillräckligt stor personalstyrka med lämplig kompetens och tillräcklig erfarenhet för att motsvara [EIB:s] behov", och att "denna bedömning [skulle] göras med avseende på två av de tekniska kriterierna …: överensstämmelsenivån för den offererade personalens kompetens och kvalifikationer och kapaciteten att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser". Vidare angav EIB att den inte hade "fastställt ett optimalt antal" med avseende på de arbetslag som skulle tillhandahållas, i synnerhet det arbetslag som anbudsgivaren måste kunna tillhandahålla från egna resurser för att kunna tillgodose den upphandlande myndighetens ytterligare behov. EIB angav slutligen att "uttrycket 'egna resurser' avser den personal som för närvarande är anställd hos anbudsgivaren … eller hos dennes namngivna underleverantörer".

145 Det ska inledningsvis konstateras att sökanden saknar fog för sitt påstående att kriteriet "kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser" var diskriminerande, i det att det utgjorde hinder för att sökanden anlitade underleverantörer för att kunna tillgodose EIB:s alla behov. Det framgår nämligen av förfrågningsunderlaget och av listan med frågor och svar att det var tillåtet att anlita underleverantörer, under förutsättning att dessa var tydligt angivna som sådana i anbuden. Det framgår även att anbudsgivarna hade blivit vederbörligen underrättade om att tydligt angivna underleverantörer skulle beaktas vid tillämpningen av detta tilldelningskriterium.

146 Sökanden saknar vidare fog för sitt påstående att tilldelningskriteriet "kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser" hade tillämpats under fasen för urval av anbudsgivare. Det framgår nämligen av förfrågningsunderlaget att enligt de urvalskriterier som angavs i punkt 6.2.2 i förfrågningsunderlaget skulle anbudsgivarna endast tillhandahålla "tre relevanta och verifierbara referenser på uppdrag som genomförts under de två senaste åren inom det område som den aktuella anbudsinfordran [omfattade]", liksom "[ett] signerat intyg på att [anbudsgivarna] [hade] minst femton anställda [inom it-området] (ej administrativ stödpersonal) som arbetade för

dem sedan minst två år tillbaka". Detta urvalskriterium, enligt vilket det krävdes ett minsta antal personer med tidigare erfarenhet och kompetens på det område som kontraktet gällde, skiljer sig från det nu aktuella tilldelningskriteriet, avseende anbudsgivarens kapacitet att mobilisera en personalstyrka med tillräckligt många erfarna och kompetenta personer för att svara mot den upphandlande myndighetens ytterligare behov.

147 Vad gäller valet i sig av tilldelningskriteriet "kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser", ska det till sist påpekas att vare sig punkt 2.5.1.2 i riktlinjerna eller de allmänna rättsprinciperna kan tolkas så att samtliga kriterier som EIB tillämpar för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet måste vara av kvantitativ art eller uteslutande avse pris (se, analogt, domen i det ovan i punkt 109 nämnda målet Renco mot rådet, punkterna 67 och 68). Diverse faktorer som inte är rent kvantitativa, såsom personalens kvalitet eller, mer allmänt, anbudets tekniska värde kan nämligen påverka kvaliteten på genomförandet av ett kontrakt avseende tillhandahållande av tjänster, och därmed det ekonomiska värdet av en anbudsgivares anbud på ett sådant kontrakt (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom i det ovan i punkt 141 nämnda målet Beentjes, punkt 18, och av den 16 september 1999 i mål C-27/98, Fracasso och Leitschutz, REG 1999, s. I-5697, punkt 30).

148 Det framgår emellertid av de upphandlingsdokument som nämns i punkt 144 ovan, att kriteriet "kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser" särskilt rör kapaciteten hos den hos anbudsgivaren och dennes angivna underleverantörer anställda personalen, såsom den beskrivs i förteckningen över personalens profiler, att i termer av erfarenhet, kvalifikationer och antal kunna tillgodose den upphandlande myndighetens ytterligare behov. Det rör sig således om ett kriterium som åtminstone delvis rör anbudsgivarnas förmåga att genomföra hela kontraktet, inklusive deras förmåga att tillhandahålla ytterligare tjänster. I det avseendet utgör ett sådant kriterium inte ett "tilldelningskriterium" i den mening som avses i punkt 2.5.1.2 i riktlinjerna. Denna punkt avser endast kvaliteten på de ytterligare tjänster som varje anbudsgivare har möjlighet att tillhandahålla från egna resurser, och därmed varje anbuds relativa ekonomiska fördel vad gäller sådana tjänster (se, för ett liknande resonemang och

analogt, domen i det ovan i punkt 142 nämnda målet Lianakis m.fl., punkt 31, förstainstansrättens dom av den 1 juli 2008 i mål T-211/07, AWWW mot FEACVT, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 60, och av den 10 september 2008 i mål T-465/04, Evropaïki dynamiki mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 65).

149 Tilldelningskriteriet ”kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser” skulle bland annat göra det möjligt att bedöma om anbudsgivaren förfogade över en ”tillräckligt stor” personalstyrka med erforderlig kompetens och erfarenhet för att kunna tillgodose EIB:s behov av ytterligare tjänster. Detta kriterium var emellertid vagt och otydligt formulerat, eftersom – såsom framgår av punkt 4.2 i förfrågningsunderlaget – det inte på förhand hade fastställts något ”optimalt antal” vad gäller denna personal, och eftersom EIB inte hade gett anbudsgivarna några mer exakta upplysningar i detta avseende. Det angavs förvisso i punkt 1.2 i förfrågningsunderlaget, rörande ”[b]eskrivning av området” som omfattas av kontraktet, att EIB hade tio externa personer anställda för projektarbeten relaterade till it-applikationen i fråga och att det vid den tidpunkten fanns ett tiotal pågående projekt. Det angavs även att särskilt projektarbetena skulle komma att minska i omfattning under de kommande åren, varför de potentiella anbudsgivarna skulle betrakta de i förfrågningsunderlaget angivna siffrorna som ett maximum. Direkt därefter angavs det emellertid att det inte var uteslutet att nya utlåningsmandat eller nya av EIB godkända specifika transaktioner skulle kunna leda till nya toppar när det gäller projektarbetet.

150 Då den utvalda anbudsgivaren likaledes var den tjänsteleverantör som fanns på plats och som ansvarade för utveckling, underhåll, support och projektarbeten relaterade till it-applikationen i fråga, var detta bolag på grund av sin erfarenhet även bäst lämpad att bedöma EIB:s reella behov, i termer av anbudsgivarens kapacitet att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser för att tillgodose de behov av ytterligare tjänster som EIB skulle kunna komma att ge uttryck för inom ramen för genomförandet av kontraktet. Härav följer att bristen på tydlighet vad gäller tilldelningskriteriet ”kapacitet

att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser” i praktiken kunde leda till att den anbudsgivare som fanns på plats favoriserades, till skada för de andra anbudsgivarna, och i synnerhet sökanden. Detta strider mot principen om likabehandling, enligt vilken anbudsgivarna ska ha samma möjligheter vid utformningen av sina anbud.

151 Det kan följaktligen konstateras att principerna om proportionalitet och likabehandling liksom punkt 2.5.1.2 i riktlinjerna, genom vilken dessa principer genomförts, utgjorde hinder mot att EIB inom ramen för det aktuella anbudsförfarandet beaktade anbudsgivarnas kapacitet att tillhandahålla alla de inom ramen för kontraktet förväntade tjänsterna, inte som ett ”kriterium för urval” av anbudsgivare, men som ett ”kriterium för tilldelning” av kontraktet, och mot att EIB därvidlag grundade sig på ett otydligt kriterium som i praktiken kunde favorisera den valda anbudsgivaren, som likaledes var den uppdragstagare som fanns på plats och som tidigare hade tillhandahållit tjänsterna i fråga.

152 Mot bakgrund av det ovan anförda ska talan vinna bifall såvitt avser den tredje och den fjärde grunden.

Den sjätte grunden

— Parternas argument

153 Sökanden har gjort gällande att EIB åsidosatte artikel 99 i budgetförordningen, artikel 148.1 och 148.2 i genomförandebestämmelserna och principerna om likabehandling, insyn och icke-diskriminering, såsom de slås fast i artikel 89 i budgetförordningen i förening med skäl 18 i denna förordning, samt i rättspraxis, kommissionens

praxis eller doktrinen. Åsidosättandet bestod enligt sökanden i att EIB tilldelade den valda anbudsgivaren kontraktet efter det att detta bolag, till följd av dolda kontakter med EIB, väsentligt hade ändrat villkoren i sitt anbud, både med hänsyn till pris och kvalitet. Det framgår av anteckningen av den 31 januari 2008 att efter det att anbuden hade öppnats och utvärderats rekommenderade utvärderingskommittén den utvalda anbudsgivarens anbud. Efter att ha konstaterat att detta anbud var det högsta av alla anbud beslutade emellertid utvärderingskommittén att hålla ett möte med den utvalda anbudsgivaren för att få klargöranden på vissa utestående punkter, bland annat anbudets finansiella aspekter, innan den gick vidare med anbudsförfarandet. Vid detta möte gjorde den utvalda anbudsgivaren väsentliga ändringar av villkoren i sitt anbud för att sätta ned det pris som bolaget hade angett för tjänsten, innebärande att anbudets kvalitet sänktes i motsvarande mån. I synnerhet utfäste sig den valda anbudsgivaren att sänka det i anbudet angivna priset genom att göra ändringar i personalen med ansvar för kontraktet, för att uppnå en mer avvägd sammansättning av denna personal, och därmed genom att tillhandahålla ett antal färre erfarna konsulter. Det var efter dessa rättsstridiga förhandlingar som EIB beslutade att tilldela kontraktet till den utvalda anbudsgivaren. Härav följer att det anbud som slutligen antogs av EIB skiljde sig väsentligt från, och – vilket är det viktigaste med hänsyn till den inbördes viktningen av de i förfrågningsunderlaget angivna tilldelningskriterierna – var av lägre kvalitet än det anbud som hade värderats av utvärderingskommittén. Den omständigheten att den utvalda anbudsgivarens ”slutliga anbud” var av lägre kvalitet än dennes ”ursprungliga anbud” beaktades emellertid inte av utvärderingskommittén vid den jämförande utvärderingen av anbuden.

154 I detta avseende har sökanden uppmanat tribunalen att jämföra erfarenheten hos den personal som anges i den utvalda anbudsgivarens anbud med erfarenheten hos den personal som till sist offererades, och fastställa att om det inte vore för de rättsstridiga förhandlingar som hölls med EIB och de uppenbart oriktiga bedömningar som påverkade det angripna beslutet, så skulle kontraktet ha tilldelats sökanden. Sökanden har hävdat att under alla omständigheter hade även sökandebolaget – om anbudsförfarandet hade bedrivits i enlighet med likabehandlingsprincipen och varit öppet för insyn – kunnat förbättra sitt ”ursprungliga anbud” betydligt med hänsyn till de valda

tilldelningskriterierna, vilket även det hade gjort det möjligt för sökanden att vinna kontraktet.

155 EIB har tillbakavisat sökandens argument och yrkat att talan inte ska bifallas på den sjätte grunden. Svaranden har påpekat att vare sig budgetförordningen eller genomförandebestämmelserna var tillämpliga på anbudsförfarandet. Dessutom har sökanden inte något intresse av att åberopa denna grund. Enligt EIB ägde diskussionerna med den utvalda anbudsgivaren rum först efter avslutandet av fasen för den jämförande utvärderingen av anbuden, vid vilken den valda anbudsgivarens anbud hade rankats högst medan sökandens anbud bara hade rankats tvåa, och således vid en tidpunkt då den valda anbudsgivaren redan hade vunnit kontraktet. Dessa kontakter ska alltså inte anses ha ägt rum under upphandlingsförfarandet, i den mening som avses i punkt 2.5.2 i riktlinjerna, eller för den delen i artikel 99 i budgetförordningen som åberopats av sökanden. Under alla förhållanden handlade inte dessa diskussioner om att ändra den valda anbudsgivarens anbud, som hade rankats högst vid den jämförande utvärderingen av anbuden, och dessa diskussioner ledde inte heller till ett sådant resultat. Diskussionerna gällde enbart formerna för den utvalda anbudsgivarens genomförande av kontraktet, i överensstämmelse med villkoren i dennes anbud, eller var i alla fall inte av sådant slag att de kunde leda till en ändring i den rankning som fastställts efter den jämförande utvärderingen av anbuden. Ur en finansiell synvinkel kunde nedsättningen av de angivna dagliga taxorna för ”seniora programvaruutvecklare” och för ”programvaruutvecklare på mellannivå”, och ersättandet av vissa av de ”seniora programvaruutvecklarna” i det huvudsakliga arbetslag som erbjudits med ”mer juniora” medlemmar av personalen, inte leda till att rankningen av den valda anbudsgivarens anbud ändrades i förhållande till anbuden från de andra anbudsgivarna, däribland sökanden, och var därför inte till skada för dessa. Ur en teknisk synvinkel medförde ersättandet av vissa av de ”seniora programvaruutvecklarna” i det huvudsakliga arbetslag som den valda anbudsgivaren erbjudit med ”mer juniora” medlemmar av personalen, inte en motsvarande försämring av det tekniska värdet av dennes anbud. Ersättningspersonalen fanns nämligen med i den förteckning över personalens profiler som bifogats detta anbud och anbudets tekniska värde hade bedömts med beaktande av inte endast meritförteckningarna för medlemmarna i det erbjudna huvudsakliga arbetslaget, utan även med beaktande av kvalifikationerna hos de

personer som fanns med i denna förteckning över personalens profiler. Hänvisningen till en ”mer avvägd sammansättning av arbetslaget” innebar inte att den nyckelpersonal som i den valda anbudsgivarens anbud hade offererats för att forma det arbetslag som skulle ha ansvar för genomförandet av kontraktet skulle ändras, utan endast att denna personal skulle göra det möjligt att sätta ihop ett ”mer avvägt” arbetslag än det som denne anbudsgivare hade satt ihop för genomförandet av det tidigare kontraktet avseende it-applikationen i fråga. Det är således inte möjligt att utifrån tillämplig rättspraxis på området dra slutsatsen att de kontakter som förekom mellan EIB och anbudsgivaren, efter fasen för den jämförande utvärderingen av anbuden, påverkade giltigheten av det angripna beslutet, och sökanden saknar fog för sitt påstående att principen om likabehandling eller insyn åsidosattes.

— Tribunalens bedömning

156 Sökanden kan inte med fog hävda att EIB åsidosatte artiklarna 89 och 99 i budgetförordningen och artikel 148.1 och 148.2 i genomförandebestämmelserna, eftersom anbudsförfaranden och det angripna beslutet regleras vare sig i budgetförordningen eller, än mindre, av förordningens genomförandebestämmelser (se punkt 87 ovan). Talan kan således inte vinna bifall på den sjätte grunden, i den mån som den grundar sig på sådant åsidosättande.

157 Denna sjätte grund ska emellertid prövas i den mån som det däri gjorts gällande att EIB åsidosatte principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn, vilka är tillämpliga på anbudsförfarandet och det angripna beslutet av skäl som angetts i punkt 88 ovan. Med hänsyn till dessa principers syfte och ändamålsenliga verkan måste iakttagandet av dem säkerställas även när det gäller ett sådant särskilt anbudsförfarande som det nu aktuella, varvid det ska tas hänsyn till detta förfarandes särdrag.

158 Det ska i detta avseende understrykas att då det i förevarande fall rör sig om en upphandling av tjänster som EIB genomförde för egen räkning, till ett uppskattat totalt värde exklusive mervärdesskatt (moms) på mellan 3 500 000 euro och 7 000 000 euro, beslutade EIB att den i enlighet med bestämmelserna i riktlinjerna skulle tilldela kontraktet genom att tillämpa det öppna förfarandet, offentliggöra ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning*, utarbeta förfrågningsunderlaget, vari kontraktets bestämmelser och villkor definierades, däribland tilldelningskriterierna, samt inbjuda alla de ekonomiska aktörer som hade ansökt härom att lämna anbud på denna grund.

159 Under dessa omständigheter ska bestämmelserna i riktlinjerna och, i förekommande fall, bestämmelserna i direktiv 2004/18 till vilka dessa bestämmelser hänvisar, anses utgöra den rättsliga ramen för anbudsförfarandet och det ankom på EIB, i dess egenskap av upphandlande myndighet, att noggrant följa de kriterier som den själv hade fastställt. Detta var EIB skyldig att göra inte bara under själva anbudsförfarandet, som hade till syfte att göra en jämförande utvärdering av anbuden och att välja vilken anbudsgivare som skulle tilldelas kontraktet, utan mer allmänt ända fram till dess att genomförandet av det aktuella kontraktet avslutats (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, punkt 115).

160 Om en anbudsgivares anbud, som inte har uteslutits från anbudsförfarandet och som uppfyller de urvalskriterier som angetts i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, ur den upphandlande myndighetens synvinkel inte framstår som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till de i meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget angivna tilldelningskriterierna, ska det inte antas av den upphandlande myndigheten. Denna myndighet får likväl inte ändra kontraktets allmänna struktur, genom att ändra ett av de grundläggande villkoren för tilldelningen av detta. Om den upphandlande myndigheten fick ändra själva villkoren för tilldelning som den ville under anbudsförfarandet utan att ha uttrycklig befogenhet därtill enligt de relevanta tillämpliga bestämmelserna, skulle de ursprungliga villkoren för tilldelning förfelas (domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, punkt 120). Vidare skulle ett sådant tillvägagångssätt oundvikligen medföra ett åsidosättande av principerna om insyn och likabehandling av anbudsgivare, eftersom det inte längre skulle finnas en garanti för att villkoren för

tilldelning tillämpades enhetligt eller att förfarandet var objektivt (domen i det ovan i punkt 89 nämnda målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, punkt 121).

161 Dessa principer återspeglas för övrigt i punkt 2.5.2 i riktlinjerna där det bland annat anges att ”[u]nder ett upphandlingsförfarande får [EIB] inte företa några diskussioner med anbudssökandena eller anbudsgivarna som skulle kunna äventyra objektiviteten i förfarandet eller principen om likabehandling av ekonomiska aktörer” och att även om ”[EIB] däremot kan kontakta anbudssökandena eller anbudsgivarna skriftligen för att få förtydliganden på specifika punkter rörande deras ansökan eller anbud”, ”får sådana kontakter emellertid inte leda till ändringar av villkoren i anbudsansökan eller anbudet”.

162 I föreliggande fall angavs det i punkt 1.2 i förfrågningsunderlaget, avseende ”beskrivning av området” som omfattas av kontraktet, att it-applikationen i fråga användes av cirka sexhundra personer, att EIB hade en grupp om tio externa personer anställda för att ge underhåll eller support eller hantera projekt (fyra personer arbetade med underhåll och sex personer arbetade med projekt) och att det för närvarande fanns ett tiotal pågående projekt. Det angavs vidare att fyra medlemmar av EIB:s personal hade en övervaknings- eller projektledarroll men även var mer och mer delaktiga i den tekniska verksamheten, nämligen i frågor rörande utformningen. Det fanns planer på att inrätta kodgranskningsförfaranden inom den närmsta framtiden. Slutligen förväntades projektarbetena minska i omfattning de kommande åren, så potentiella anbudsgivare skulle betrakta de av EIB nämnda siffrorna som ett maximum, även om det inte kunde uteslutas att nya utlåningsmandat eller nya av EIB godkända specifika transaktioner skulle kunna leda till nya toppar när det gäller projektarbete.

163 Enligt punkt 6.5 i förfrågningsunderlaget, rörande ”[p]ersonalens profil”, skulle anbudsgivaren tillhandahålla en tydlig översikt avseende kompetensen hos all tillgänglig personal genom att fylla i förteckningen över personalens profiler. En och samma

person fick inte anges för mer än en profil i denna förteckning. Anbudsgivarna skulle dessutom tillhandahålla anonyma meritförteckningar för en kärngrupp av tillgängliga resurser som motsvarade de olika profiler som angetts i förteckningen över personalens profiler (nedan kallad det huvudsakliga arbetslaget). På var och en av meritförteckningarna som tillhörde personerna i det huvudsakliga arbetslaget skulle arbetsgivaren preciseras (den berörda medlemmen i anbudsorganisationen om det var fråga om gruppanbud eller underentreprenad). I överensstämmelse med de upplysningar som lämnats i punkt 1.2 i förfrågningsunderlaget preciserades det minsta antalet meritförteckningar som krävdes för var och en av de profiltyper som angetts i förteckningen över personalens profiler på följande sätt: två meritförteckningar avseende ”verksamhetsanalytiker”, två meritförteckningar avseende ”specialist inom teknisk utformning”, två meritförteckningar avseende ”junior programvaruutvecklare”, sex meritförteckningar avseende ”programvaruutvecklare på mellannivå” och två meritförteckningar avseende ”senior programvaruutvecklare”. Dessutom fick en och samma meritförteckning inte lämnas in för mer än en profil.

164 I punkt 6.8 i förfrågningsunderlaget, avseende ”[k]ostnadsprofil”, angavs bland annat att priset skulle anges i euro, exklusive moms. Det skulle inkludera alla typer av utgifter, vilka inte skulle ersättas separat av EIB. Anbudsgivaren skulle fylla i förteckningen över kostnadsprofiler som bifogats förfrågningsunderlaget. Kostnaderna skulle anges i form av taxa per dag för ”kontinuerliga tjänster” och för ”punktinsatser”. Om anbudsgivaren eller tjänsteleverantören hade för avsikt att tillämpa andra taxor för tjänster som tillhandahölls utanför arbetstid, det vill säga efter klockan 19.00 och före klockan 8.00, och för tjänster som tillhandahålls under helger och lov, skulle även dessa anges tydligt i förteckningen. Dessa senare taxor skulle likaledes tillämpas på tjänster som skulle kunna komma att tillhandahållas för att hantera eventuella nya toppar vad gällde projektarbetet (se punkt 162 ovan).

165 I punkt 7.1 i förfrågningsunderlaget, avseende ”[t]illdelningskriterier” angavs att kontraktet skulle tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, med hänsyn till tilldelningskriterierna och deras inbördes viktning (se punkt 3 ovan). Vad gäller de

tekniska kriterierna angavs det i punkt 7.7.1 i förfrågningsunderlaget att ”överensstämmelsenivån för den offererade personalens kompetens och kvalifikationer” och ”kapaciteten att tillhandahålla ett arbetslag från egna resurser”, det vill säga två kriterier som tillsammans motsvarade 60 procent av den totala poängen, skulle utvärderas och rangordnas på grundval av den ifyllda förteckningen över personalens profiler och det huvudsakliga arbetslag som anbudsgivarna erbjudit, i form av meritförteckningarna, i enlighet med punkt 6.5 i förfrågningsunderlaget. Detta hade anbudsgivarna fått bekräftat i listan med frågor och svar. Vad gäller det finansiella kriteriet angavs det i punkt 7.1.2 i förfrågningsunderlaget att varje anbudsgivares kostnadsprofil skulle utvärderas och rangordnas på grundval av en viktad genomsnittlig taxa, beräknad för varje anbudsgivare. Viktningen, som beaktade profilerna för de personer som mest sannolikt skulle komma att ställas till förfogande för genomförandet av kontraktet, preciserades i förteckningen över kostnadsprofilerna. Slutligen angavs det i punkt 7.1.1 och 7.1.2 i förfrågningsunderlaget att EIB kunde komma att bjuda in anbudsgivarna för samtal, men att dessa likväl saknade möjlighet att ändra villkoren i sina anbud efter det att de lämnats in.

166 Vad gäller den tekniska värderingen så skulle det i förteckningen över personalens profiler, för var och en av de fem profiltyperna, allmänt och för var och en av de kompetenser som knutits till varje profiltyp, anges hur många medlemmar ur personalen som kunde ställas till förfogande, med särskilt angivande av de ”medlemmar av personalen som hade en sammanlagd erfarenhet på mindre än tre år”, de ”medlemmar av personalen som hade en sammanlagd erfarenhet på över tre år” och de ”medlemmar av personalen som hade arbetat mer än två år för tjänsteleverantören”.

167 Vad gäller den finansiella värderingen, så skulle det i förteckningen över kostnadsprofilerna, för var och en av profiltyperna och för varje typ av tjänst, anges en genomsnittlig daglig taxa. Den inbördes viktningen av de genomsnittliga dagliga taxorna för varje typ av tjänst angavs på följande sätt: 45 procent av poängen för kostnaden för ”kontinuerliga tjänster”, 45 procent av poängen för kostnader för ”punktinsatser”, 5 procent av poängen för kostnader för tjänster som tillhandahålls ”utanför arbetstid” och 5 procent av poängen för kostnader för tjänster som tillhandahålls under ”helger

och lov". Den inbördes viktningen av de genomsnittliga dagliga taxorna för varje profiltyp var, i enlighet med punkt 7.1.2 i förfrågningsunderlaget och med hänsyn till de "profiler som mest sannolikt skulle komma att sättas i tjänst" på grundval av punkt 6.5 i förfrågningsunderlaget, följande: 15 procent av poängen för profilen "verksamhetsanalytiker", 15 procent av poängen för profilen "specialist inom teknisk utformning", 15 procent av poängen för profilen "junior programvaruutvecklare", 40 procent av poängen för profilen "programvaruutvecklare på mellannivå" och 15 procent av poängen för profilen "senior programvaruutvecklare".

168 Det framgår av anteckningen av den 31 januari 2008 och av de förklaringar som EIB lämnade i sin skrivelse av den 15 december 2009 att efter fasen för den jämförande utvärderingen av anbuden var EIB bekymrad över det faktum att den utvalda anbudsgivarens anbud, rankat på första plats, var det högsta anbudet, och att EIB därför beslutade att organisera ett möte med den utvalda anbudsgivaren för att med denne gå igenom de utestående punkterna, särskilt de finansiella aspekterna av dennes anbud, innan banken gick vidare med anbudsförfarandet. Det framgår vidare av anteckningen av den 31 januari 2008 att detta möte hölls den 29 januari 2008 och att den utvalda anbudsgivaren vid detta möte angav att denne kunde tänka sig en "mer avvägd sammansättning av arbetslaget (för närvarande nästan uteslutande bestående av 'seniora' konsulter)" samt att sätta ned den dagliga taxan för personal motsvarande profilen "senior programvaruutvecklare" från 750 euro till 720 euro och den dagliga taxan för personal motsvarande profilen "programvaruutvecklare på mellannivå" från 665 euro till 650 euro. Det var först efter detta möte och med beaktande av de förslag som den utvalda anbudsgivaren sålunda hade framfört som direktören för EIB:s avdelning för informationsteknik, med stöd av utvärderingskommitténs tillstyrkande, beslutade att tilldela den valda anbudsgivaren kontraktet, ett beslut som därefter bekräftades av EIB:s ordförande (se punkterna 20 och 43 ovan). Kontraktet undertecknades av EIB och den utvalda anbudsgivaren den 12 respektive 17 juni 2008 (se punkt 8 ovan). I överensstämmelse med bestämmelserna i punkt 2.4.1 i riktlinjerna, avseende "[o]ffentliggörande av meddelanden", enligt vilka datumet för avslutande av anbudsförfarandet är detsamma som datumet för kontraktets undertecknande, avslutades anbudsförfarandet den 17 juni 2008, det vill säga det datum då ramavtalet

undertecknades. EIB kan således inte med framgång hävda att kontraktet redan hade tilldelats den valda anbudsgivaren och att anbudsförfarandet redan hade avslutats när mötet hölls den 29 januari 2008.

169 Det framgår dessutom av de handlingar som EIB har gett in att banken efter den jämförande utvärderingen av anbuden inte var helt nöjd med det resultat som uppnåtts genom tillämpningen av den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna, det vill säga 75 procent av poängen för de tekniska kriterierna och 25 procent av poängen för det finansiella kriteriet. Denna viktning hade gjort det möjligt att välja ut ett anbud på en tjänst med högt tekniskt värde men till ett totalt pris som var högre än det i övriga anbud, vilket särskilt var anledningen till att EIB organiserade mötet den 29 januari 2008. Det framgår likaså av dessa handlingar att detta möte gjorde det möjligt för den utvalda anbudsgivaren att bemöta de betänkligheter som den upphandlande myndigheten hade uttryckt angående det totalpris som angetts i dennes anbud, och att detta möte sålunda varit avgörande för tilldelningen av kontraktet. Vid mötet accepterade nämligen den utvalda anbudsgivaren att sänka det totalpris som denne angett i sitt anbud genom att sätta ned de dagliga taxorna för personal motsvarande profilerna ”senior programvaruutvecklare” och ”programvaruutvecklare på mellannivå”, såsom de beskrivits i förteckningen över personalens profiler, och genom att godta ”en mer avvägd sammansättning av arbetslaget (för närvarande nästan uteslutande bestående av ’seniora’ konsulter)”. Ur denna synvinkel ska formuleringen i anteckningen från den 31 januari 2008, enligt vilken medlemmarna i kommittén efter mötet den 29 januari 2008 vidhöll sin rekommendation att tilldela den utvalda anbudsgivaren kontraktet, inte betraktas som bevis för att det hade gjorts en ny jämförande utvärdering av anbuden, utan som en ren upprepning från utvärderingskommitténs sida av kommitténs tidigare ståndpunkt mot bakgrund av den omständigheten att den valda anbudsgivaren hade bemött de finansiella betänkligheter som den upphandlande myndigheten hade gett uttryck för.

170 Vad gäller nedsättningen av de dagliga taxorna som angavs i förteckningen över kostnadsprofilerna som den utvalda anbudsgivaren hade fyllt i och bifogat sitt anbud, innebar den en retroaktiv ändring av de villkor som hade legat till grund för den finansiella värdering som utvärderingskommittén hade gjort av den valda anbudsgivarens anbud.

171 Vad beträffar formuleringen att den utvalda anbudsgivaren skulle se till att det kom till stånd ”en mer avvägd sammansättning av arbetslaget (för närvarande nästan uteslutande bestående av ’seniora’ konsulter)”, har EIB själv, i sin inlaga av den 26 februari 2010, förklarat att denna formulering syftade på den omständigheten att ”under mötet [den 29 januari 2008] [hade] [den utvalda anbudsgivaren] föreslagit att vissa av dessa konsulter [de ’seniora programvaruutvecklare’ som erbjudits], skulle bytas ut mot mer junior personal”. Med hänsyn till sammanhanget, där EIB i praktiken ville få den valda anbudsgivaren att sänka det totalpris som denne angett i sitt anbud, så att det skulle närma sig de totalpriser som de andra anbudsgivarna angett i sina anbud, är den ena trovärdiga förklaringen till en sådan formulering att den utvalda anbudsgivaren i praktiken skulle ersätta vissa av de ”seniora programvaruutvecklarna” i det huvudsakliga arbetslag som erbjudits, med ”mer juniora” medlemmar av personalen. Eftersom det totala priset för tjänsten var direkt avhängigt viktningen av den genomsnittliga dagliga taxan för det huvudsakliga arbetslaget, definierat som den grupp som mest sannolikt skulle komma att sättas i tjänst för det fall att anbudsgivaren vann kontraktet, kunde detta pris de facto sänkas genom att ändra sammansättningen av det huvudsakliga arbetslag som erbjudits i anbudet. Detta kunde ske genom att ersätta de personer som var mest kostsamma på grund av att de var mest kvalificerade, nämligen ”seniora konsulter” motsvarande profilen ”senior programvaruutvecklare”, med personer som var mindre kostsamma på grund av att de var mindre kvalificerade, nämligen ”mer juniora konsulter” motsvarande profilerna ”programvaruutvecklare på mellannivå” eller ”junior programvaruutvecklare”, vilket framgår av EIB:s inlaga av den 26 februari 2010.

172 EIB har inte lagt fram några bevis för att de personer som faktiskt ställdes till förfogande av den utvalda anbudsgivaren för genomförandet av kontraktet, trots det som bestämdes under mötet den 29 januari 2008, är samma personer som utgjorde det huvudsakliga arbetslag som denne anbudsgivare erbjöd i sitt anbud, i form av meritförteckningarna, och på grundval av vilket detta anbud blev värderat i tekniskt och finansiellt hänseende av utvärderingskommittén. För övrigt har EIB i sin inlaga av den 26 februari 2010 inte hävdat att sammansättningen av det huvudsakliga arbetslag som erbjöds i anbudsgivarens anbud, i form av meritförteckningarna, inte ändrades till följd av mötet den 29 januari 2008. EIB har endast gjort gällande att denna ändring

inte kunde likställas med en konkret ändring av anbudet, eftersom den ”mer juniora personalen”, som satts in i stället för ”seniora konsulter” från det huvudsakliga arbetslaget, redan ingick i den förteckning över personalens profiler som den valda anbudsgivaren hade fyllt i och bifogat anbudet. Eftersom den jämförande utvärderingen av anbuden avseende de tekniska aspekterna särskilt baserades på kvalifikationerna hos de personer som utgjorde det av anbudsgivaren erbjudna huvudsakliga arbetslaget, såsom dessa kvalifikationer framgick av de till anbuden bifogade meritförteckningarna för dessa personer, kunde sammansättandet av ett mer avvägt huvudsakligt arbetslag, genom ersättande av vissa av de ”seniora programvaruutvecklarna” med ”mer juniora” medlemmar av personalen – låt vara genom att inkludera personer som redan fanns med i den förteckning över personalens profiler som den valda anbudsgivaren bifogat sitt anbud – emellertid inte leda till något annat än en retroaktiv ändring av de villkor som legat till grund för utvärderingen av detta anbud, i såväl tekniskt som finansiellt hänseende.

173 Dessutom har EIB till synes försökt rättfärdiga det förslag som den utvalda anbudsgivaren lade fram vid mötet den 29 januari 2008 med den omständigheten, som framgick av förfrågningsunderlaget, att det kanske inte var nödvändigt att det arbetslag som faktiskt skulle komma att sättas i tjänst för genomförandet av kontraktet var lika kvalificerad som den som dittills varit ansvarig för underhåll, support och utveckling av it-applikationen i fråga (se punkt 162 ovan), och som i förfrågningsunderlaget användes som referens för att fastställa sammansättningen av det huvudsakliga arbetslaget, på grundval av vilket anbudsgivarnas anbud skulle utvärderas, i såväl tekniskt som finansiellt hänseende (se punkt 163 ovan). Även om det antogs att det för den utvalda anbudsgivarens genomförande av kontraktet faktiskt skulle räcka med en mindre kvalificerad personal än den som dittills hade haft ansvaret för denna applikation, utgör detta likväl inte skäl nog för att rättfärdiga att den valda anbudsgivaren ändrade sammansättningen av det huvudsakliga arbetslag som denne hade angett i sitt anbud som den grupp som kunde sättas i tjänst om anbudsgivaren vann kontraktet, i syfte att sänka det totalpris som angetts i anbudet och således uppfylla ett nytt av den upphandlande myndigheten fastställt krav för tilldelning av kontraktet. Detta innebar

nämligen att det gjordes en retroaktiv ändring av de villkor som legat till grund för utvärderingskommitténs värdering av den utvalda anbudsgivarens anbud i såväl tekniskt som finansiellt hänseende, utan att de anbudsgivare vars anbud inte antogs hade fått samma möjlighet att ändra sina anbud.

174 Av resonemanget ovan framgår att EIB inte med framgång kan hävda att mötet den 29 januari 2008 hölls med enda syfte att diskutera formerna för genomförandet av kontraktet med den valda anbudsgivaren, och inte för att ändra innehållet i dennes anbud i avsikt att tilldela detta bolag kontraktet.

175 Av resonemanget ovan framgår vidare att dessa ändringar inte bara snedvred resultatet av den finansiella värderingen av den valda anbudsgivarens anbud, utan även resultatet av den tekniska värderingen av anbudet. Dessutom ledde kontakterna mellan EIB och den utvalda anbudsgivaren i praktiken till att den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna ändrades. Dessa förhandlingar och resultatet av dessa, det vill säga ändringen av den utvalda anbudsgivarens anbud, var nämligen en följd av att EIB i praktiken tillskrev det finansiella kriteriet en betydelse som var relativt sett större än betydelsen av de tekniska kriterierna, som hade fastställts i upphandlingsdokumenten och på grundval av vilka anbuden inte endast hade utarbetats av anbudsgivarna utan även jämförts av utvärderingskommittén. Det kan knappast råda något tvivel om att den ökade relativa betydelse som EIB slutligen tillskrev det finansiella kriteriet, i avsikt att tilldela den utvalda anbudsgivaren kontraktet, hade varit mer fördelaktig för sökanden om den även hade gällt för sökandebolaget vid den jämförande utvärderingen av anbuden, eftersom sökandens anbud var det med lägst offererat pris och således det som hade erhållit den högsta poängen för det finansiella kriteriet.

176 EIB anser emellertid att dessa ändringar inte snedvred resultatet av den jämförande utvärderingen på ett sådant sätt att rättigheterna för de anbudsgivare som valdes bort efter denna utvärdering påverkades.

177 Även om det antas att det förhåller sig så som EIB underförstått har hävdat genom att bland annat hänvisa till domstolens dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043, punkt 59), att ogiltigförklaring av ett beslut om tilldelning av ett offentligt kontrakt, som har antagits efter ett förfarande vars resultat snedvridits av den omständigheten att den utvalda anbudsgivaren tillåtits ändra innehållet i sitt anbud, är avhängigt att domstolen konstaterar att den omständigheten att ändringen beaktades innebar en ändring av villkoren för jämförelsen av anbuden till nackdel för de övriga anbudsgivarna på ett sådant sätt att rangordningen av anbudsgivarna kan ha påverkats, ska det påpekas att ett sådant resultat faktiskt kan konstateras under omständigheterna i förevarande fall.

178 Det är förvisso riktigt att ur en finansiell synvinkel så kunde de omtvistade ändringarna inte ha resulterat i något annat än att värderingen av den utvalda anbudsgivarens anbud förbättrades ytterligare i förhållande till de övriga anbudsgivarnas anbud, särskilt sökandens. Det är emellertid felaktigt att hävda att ersättandet av vissa av de ”seniora programvaruutvecklarna” i det av den valda anbudsgivaren erbjudna huvudsakliga arbetslaget med ”mer junior” personal, inte skulle ha inneburit en ändrad värdering av den valda anbudsgivarens anbud i tekniskt hänseende. Det framgår av handlingarna i målet, och särskilt av listan med frågor och svar, att ”[EIB ville] försäkra sig om att den anbudsgivare som [tilldelades] kontraktet inte endast [hade] en personalstyrka bestående av tillräckligt många kompetenta och erfarna personer för att utgöra ett huvudsakligt arbetslag, utan även [förfogade] över en reserv av kvalificerade resurser, i termer av kompetens och erfarenhet, som [kunde] sättas i tjänst vid ytterligare behov”. I detta sammanhang ”[skulle] [meritförteckningarna] överensstämma med det av anbudsgivaren erbjudna huvudsakliga arbetslaget medan förteckningen över personalens profiler [skulle] ge en indikation på djupet och bredden av de kompetenser och erfarenheter som anbudsgivaren [förfogade] över och som [EIB] skulle kunna kalla in”. Medan syftet med meritförteckningarna sålunda var att göra det möjligt för EIB att bedöma kvalifikationerna hos det huvudsakliga arbetslag som erbjudits av anbudsgivaren, nämligen de personer som motsvarade de profiler som, enligt punkt 7.1.2 i förfrågningsunderlaget, mest sannolikt skulle komma att tjänstgöra under genomförandet av kontraktet (se punkt 165 ovan), skulle förteckningen över personalens profiler göra det möjligt för EIB att bedöma de allmänna kvalifikationerna hos den personal som anbudsgivaren förfogade över och som EIB skulle kunna räkna med för att tillgodose sina ytterligare behov. Under sådana omständigheter kan

ersättandet av vissa av de ”seniora programvaruutvecklarna” i det huvudsakliga arbetslag som den utvalda anbudsgivaren hade erbjudit i sitt anbud, vars meritförteckningar hade beaktats för att säkerställa detta arbetslags tekniska kvalifikationer, med ”mer juniora” medlemmar av personalen, vars kvalifikationer med nödvändighet var sämre, bara ha resulterat i att det totala tekniska värdet av detta anbud försämrades i förhållande till de övriga anbudsgivarnas anbud, särskilt sökandens.

179 Med hänsyn till den relativa viktningen av tilldelningskriterierna, det vill säga 25 procent av poängen för det finansiella kriteriet och 75 procent av poängen för de tekniska kriterierna, och den omständigheten att den jämförande utvärderingen i sig till 60 procent vilade på analysen av meritförteckningarna och förteckningen över profilerna för den personal som anbudsgivarna offererat (se punkt 165 ovan), kan det anses att den förbättrade finansiella värderingen av den valda anbudsgivarens anbud som skulle kunna bli effekten av nedsättningen av totalpriset i detta anbud, inte kan kompensera för försämringen av den tekniska värderingen av detta anbud, som skulle kunna bli effekten av ersättandet av vissa av de ”seniora programutvecklarna” i det huvudsakliga arbetslag som hade erbjudits i anbudet med ”mer juniora” medlemmar av personalen. Härav följer att de ändringar som gjordes i efterhand av den valda anbudsgivarens anbud endast skulle kunnat ha haft en ofördelaktig inverkan totalt sett på värderingen av anbudet, för det fall det hade gjorts en ny jämförande utvärdering av anbuden.

180 Vid tilldelningen av kontraktet till den utvalda anbudsgivaren ändrade EIB under alla förhållanden, i praktiken, den relativa betydelsen av de tekniska kriterierna och av det finansiella kriteriet, såsom den angavs i de officiella upphandlingsdokumenten, för att tillskriva det finansiella kriteriet en ökad betydelse (se punkt 175 ovan).

181 I förevarande fall har tribunalen inte tillgång till något underlag som gör det möjligt för den att med säkerhet sluta sig till eller utesluta att ändringarna av den valda anbudsgivarens anbud och av den relativa betydelsen av de tekniska kriterierna och det

finansiella kriteriet, som gjordes efter mötet den 29 januari 2008 och före antagandet av det angripna beslutet, snedvred resultatet av den jämförande utvärderingen av anbuden till skada för de bortvalda anbudsgivarna, i synnerhet sökanden, på ett sådant sätt att utgången av anbudsförfarandet påverkades. Då EIB hade bäst förutsättningar att lägga fram bevis i detta hänseende ska en sådan osäkerhet läggas på bankens ansvar (se, för ett liknande resonemang och analogt, domstolens dom av den 8 oktober 1986 i de förenade målen 169/83 och 136/84, Leussink mot kommissionen, REG 1986, s. 2801, punkt 17). Tribunalen godtar således sökandens uppfattning att de ovannämnda ändringarna kan ha snedvridit resultatet av anbudsförfarandet, på ett sådant sätt att dessa ändringar rättsstridigt berövade sökanden en reell möjlighet att tilldelas kontraktet.

182 Av det ovanstående följer att EIB:s krav vid mötet den 29 januari 2008 på att den utvalda anbudsgivaren ändrade sitt anbud, innebar att EIB genom det angripna beslutet, som den mot bakgrund av denna ändring antog den 31 januari 2008, åsidosatte principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn, vilket kan ha snedvridit resultatet av anbudsförfarandet på ett sådant sätt att sökanden rättsstridigt berövades en reell möjlighet att tilldelas kontraktet.

183 Mot bakgrund av det ovan anförda ska talan vinna bifall såvitt avser den sjätte grunden.

Den femte grunden

— Parternas argument

184 Sökanden har gjort gällande att EIB åsidosatte den rätt som är tillämplig på anbudsförfaranden och principen om likabehandling, genom att anta det angripna beslutet

på grundval av den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna, det vill säga 75 procent av poängen för de tekniska kriterierna och 25 procent av poängen för det finansiella kriteriet. Enligt principerna om en sund ekonomisk förvaltning, såsom de återspeglas i artikel 36 i direktiv 92/50, i artikel 34 i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), i artikel 138.3 i genomförandebestämmelserna och i rättspraxis, ska den upphandlande myndigheten, när tilldelning av ett kontrakt ska ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vid fastställandet av den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna se till att priseffekten inte neutraliseras eller minimeras på ett sådant sätt att anbudsförfarandet skulle kunna leda till tilldelning av ett offentligt kontrakt som är orimligt dyrt i förhållande till administrationens faktiska behov.

185 Sökanden har gjort gällande att i nästan alla upphandlingsförfaranden som gemenskapsadministrationen genomfört för egen räkning under de senaste femton åren så har man vid den jämförande utvärderingen, vad gäller den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna, viktat kriterierna på så sätt att 50 procent, eller nära 50 procent av poängen, tilldelats för det finansiella kriteriet, när det inte rört sig om ett förfarande där kontraktstilldelning ska ske på grundval av lägsta pris. Denna praxis är i överensstämmelse med principerna om en sund ekonomisk förvaltning, enligt vilken utvärderingskommittén inledningsvis tilldelar varje anbud ett visst antal poäng i förhållande till anbudets tekniska värde och därefter delar detta poängtal med anbudets pris, varvid den anbudsgivare som erhåller det högsta poängtalet tilldelas kontraktet. Med detta tillvägagångssätt garanteras kvaliteten genom kriterierna för urval av anbudsgivare och användningen av minimikrav knutna till de tekniska kriterierna vid tilldelningsfasen. Den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna som fastställdes i förevarande fall, nämligen 75 procent av poängen för de tekniska kriterierna och endast 25 procent av poängen för det finansiella kriteriet, var däremot ett uttryck för en osund ekonomisk förvaltning, resulterande i en neutralisering eller minimering av priseffekten, i ett anbudsförfarande där avsikten emellertid var att skilja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En sådan osund förvaltning kan leda till att administrationen köper in orimligt dyra tjänster genom att anbudsgivarna uppmuntras att till överdrift förbättra sina anbuds tekniska värden i enda syfte att tilldelas en

så hög poäng som möjligt och i slutänden tilldelas kontraktet. Denna ovanliga viktning, i förhållande till gemenskapsadministrationens praxis, utgör dessutom en indirekt diskriminering såtillvida att den klart missgynnar små och medelstora företag i förhållande till anbudsgivare som har kapacitet att inge anbud med ett mycket högre tekniskt värde än vad som faktiskt behövs för det offentliga kontraktet i fråga. Denna viktning strider således mot principen om likabehandling av anbudsgivarna.

186 Sökanden anser slutligen att EIB saknar stöd för sitt påstående att sökandens anbud var ”det sämsta”, eftersom EIB grundar detta påstående på resultaten av en utvärdering som själv var rättsstridig och saknade objektivitet. Sökanden har härvid gjort gällande att denna invändning ska beaktas tillsammans med invändningen som rör förväxling av kriterier.

187 I repliken har sökanden gjort gällande att neutraliseringen av anbudens priseffekt, som berodde på den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna, stred mot artikel 138.3 i genomförandebestämmelserna där det anges att ”[d]en relativa betydelsen av priskriteriet i förhållande till övriga kriterier får inte medföra att priskriterie[t] neutraliseras i valet av vem som skall tilldelas kontraktet”.

188 EIB anser att talan inte kan bifallas på den femte grunden. Svaranden har gjort gällande att de upphandlande myndigheterna är fria, inte bara att välja kriterierna för tilldelning av kontraktet, utan även att bestämma den inbördes viktningen av dessa. Det framgår dessutom tydligt av punkt 2.5.1.2 i riktlinjerna att när det rör sig om ett anbudsförfarande som är underkastat kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket bygger på förhållandet mellan kvalitet och pris, kan de tekniska kriterierna tillskrivas en större betydelse än det finansiella kriteriet vid den inbördes viktningen. Som en jämförelse har EIB påpekat att även artikel 97 i budgetförordningen och artikel 138 i genomförandebestämmelserna tillförsäkrar de upphandlande myndigheterna den flexibilitet som är nödvändig för att de ska kunna anpassa den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna till kontraktets föremål, och det anges i artikel 241 i genomförandebestämmelserna att när det rör sig om tjänstekontrakt som ingås inom ramen för externa åtgärder kan gemenskapsadministrationen vikta

tilldelningskriterierna inbördes så att 80 procent av poängen tilldelas för de tekniska kriterierna och 20 procent av poängen för det finansiella kriteriet. I föreliggande fall var anbudens tekniska värde och anbudsgivarnas kompetens grundläggande faktorer för EIB, eftersom it-applikationen i fråga skulle utgöra stöd för bankens låneverksamhet, som är dess huvudsakliga uppdrag.

189 EIB har hävdat att den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna inte var ovanliga i förhållande till kontrakt av samma typ som EIB, eller till och med institutionerna ingått, eller med hänsyn till de kvalitetsnormer som EIB:s it-avdelning tillämpar för kontrakt som gäller ”intellektuella stödtjänster avseende datasystem”.

190 Vad gäller sökandens påstående att den inbördes viktningen av de tekniska kriterier som fastställts i förevarande fall missgynnade sökanden genom att neutralisera priseffekten i anbudsförfarandet, har EIB gjort gällande att sökanden inte rimligtvis kunde vänta sig att få sig kontraktet tilldelat endast av det skälet att denne hade offererat lägst pris. Även om kriterierna hade viktats på det sätt som sökanden angett, det vill säga 50 procent av poängen för de tekniska kriterierna och 50 procent av poängen för det finansiella kriteriet, så hade sökandens anbud inte antagits, eftersom den poäng som sökandebolagets anbud erhöll för de tekniska kriterierna var klart lägre än den som den utvalda anbudsgivarens anbud erhöll för samma kriterier. När det gäller erfarenhet inom bankväsendet så var den valda anbudsgivarens anbud mycket komplett, vilket meritförteckningarna för merparten av dennes offererade personal vittnar om. Däremot besatt endast en av de analytiker som offererats av sökanden nödvändig kompetens inom bankväsendet. Sökanden saknar likaså stöd för sitt påstående att denna inbördes viktning neutraliserade priseffekten i anbudsförfarandet. Sökandens anbud bedömdes nämligen ha det sämsta tekniska värdet av de fem anbud som inte hade valts bort av utvärderingskommittén vid den tekniska utvärderingen och vara bara knappt bättre än de två anbud som valdes bort efter den tekniska utvärderingen.

Trots detta erhöll detta anbud den näst högsta totalpoängen på grund av den poäng som anbudet tilldelats för det finansiella kriteriet, eftersom sökanden hade offererat lägst pris.

— Tribunalens bedömning

191 Det ska påpekas att det angripna beslutet inte grundades på den inbördes viktning av tilldelningskriterierna som ursprungligen fastställdes (se punkt 3 ovan), eftersom EIB frångick denna viktning genom att kräva av anbudsgivaren att denne sänkte totalpriset i sitt anbud innan bolaget tilldelades kontraktet (se punkt 175 ovan). Det förhåller sig likväl så, att det angripna beslutet grundar sig på en tillämpning av denna inbördes viktning av tilldelningskriterierna i den mån som det utgör ett beslut om att inte anta de anbud som lämnats av de övriga anbudsgivarna som kvalificerade sig för att delta i den jämförande utvärderingen av anbuden, däribland sökandens anbud. Sökanden har därför fortfarande ett indirekt intresse av att begära prövning av rättsenligheten av viktningen, och detta oberoende av det åsidosättande av principen om likabehandling och icke-diskriminering som tribunalen inom ramen för den sjätte grunden har konstaterat skedde i och med ändringen under anbudsförfarandet av den inbördes viktningen av de tillämpliga tilldelningskriterierna (se punkt 182 ovan).

192 Vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är de upphandlande myndigheterna enligt fast rättspraxis inte endast fria att välja kriterier för tilldelningen av kontraktet, utan även att bestämma den inbördes viktningen av dessa, såvida en samlad utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 27 oktober 2005 i mål C-234/03, Contse m.fl., REG 2005, s. I-9315, punkt 68 och där angiven rättspraxis, och domen i det ovan i punkt 109 nämnda målet Strabag Benelux mot rådet, punkt 77). I överensstämmelse med principen om likabehandling och icke-diskriminering får inte heller den inbördes

viktningen av de olika kriterierna eller underkriterierna ha fastställts med hänsyn till omständigheter som kan ha en diskriminerande effekt gentemot en av anbudsgivarna (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 24 november 2005 i mål C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl., REG 2005, s. I-10109, punkt 32, samt i det ovan i punkt 142 nämnda målet Lianakis m.fl., punkterna 42 och 43).

193 Det framgår av inledningen till riktlinjerna att ”[EIB] anser att det bästa sättet att tillämpa [EU:s grundläggande principer inom ramen för anbudsförfaranden] normalt sett är att bjuda in kvalificerade anbudsgivare till anbudsgivning och att göra ett urval grundat på hänsyn till kostnad lika väl som kvalitet”. Vidare hänvisas det i punkt 2.1 i riktlinjerna till ”[EIB:s] övergripande strävan att garantera mest värde för pengarna vid tilldelning av kontrakt som EIB ingår för egen räkning”. I detta avseende anges det närmare i punkt 2.5.1.2 i riktlinjerna, avseende ”[k]riterier för tilldelning av kontrakt”, att ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet … ur [EIB:s] synvinkel”, i princip motsvarar det anbud som är ”mest kostnadseffektivt” med hänsyn till ”olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet i fråga …”.

194 Med mindre än att det föreligger exceptionella omständigheter, som det ankommer på EIB att motivera, förutsätter kravet på att EIB ska garantera att mest värde för pengarna eller bäst kostnadseffektivitet uppnås efter det att den samlade utvärderingen av de valda kriterierna har gjorts i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, att den relativa betydelsen av det finansiella kriteriet inte leder till att detta kriterium neutraliseras vid valet av vem som ska tilldelas kontraktet.

195 Vid ett första påseende skulle det kunna anses att den inbördes viktningen av de aktuella tilldelningskriterierna, det vill säga 75 procent av poängen för de tekniska kriterierna och 25 procent av poängen för det finansiella kriteriet, fastställdes av EIB på ett rättsenligt sätt. Dels speglar de nämligen EIB:s egen bedömning att priset, med hänsyn till beskaffenheten av och föremålet för kontraktet, som avsåg en it-applikation

som tjänade som stöd för den låneverksamhet som är EIB:s huvudsakliga uppdrag, även om det inte var försumbart var av underordnad betydelse i förhållande till det tekniska värdet, och dels eftersom denna viktning tillämpades enhetligt och på ett öppet sätt för samtliga anbudsgivare.

196 Som framgår av de aktuella omständigheterna så konstaterade emellertid EIB till sist, mot bakgrund av utgången av den jämförande utvärderingen av anbuden, att den relativa betydelse av det finansiella kriteriet som ursprungligen valts ledde till en för kraftig neutralisering av detta kriterium vid valet av vem som skulle tilldelas kontraktet. EIB fick därför omvärdera betydelsen av priskriteriet i syfte att tilldela den utvalda anbudsgivaren kontraktet, vilket skedde inom ramen för de förhandlingar som hölls med denne anbudsgivare vid mötet den 29 januari 2008 (se punkt 175 ovan).

197 Härav följer att det angripna beslutet, i den mån som det utgör ett beslut om att inte anta de anbud som lämnats av de övriga anbudsgivarna som kvalificerade sig för att delta i den jämförande utvärderingen av anbuden, däribland sökandens anbud, grundades på tillämpningen av en inbördes viktning av tilldelningskriterier som, enligt EIB:s bedömning vid tidpunkten för antagandet av beslutet, ledde till en för kraftig neutralisering av det finansiella kriteriet. Dessa kriterier gjorde det således inte möjligt att garantera att mest värde för pengarna eller bäst kostnadseffektivitet kunde uppnås efter den samlade utvärderingen av kriterierna som syftade till att fastställa vilket anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga.

198 Det framgår dessutom av vad som anförts ovan, och av prövningen av den sjätte grunden, att EIB åsidosatte principen om likabehandling och icke-diskriminering genom att ändra den inbördes viktningen av tilldelningskriterierna under anbudsförfarandet.

199 Med hänsyn till det ovan anförda ska talan vinna bifall såvitt avser den femte grunden.

200 Mot bakgrund av ovanstående överväganden ska yrkandet om ogiltigförklaring bifallas på samtliga sex grunder som sökanden anfört till stöd för sitt yrkande och det angripna beslutet ska således ogiltigförklaras.

Yrkandet om skadestånd

Parternas argument

201 Sökanden har yrkat att tribunalen, för det fall att den slår fast att det angripna beslutet antogs i strid med den rätt som är tillämplig på anbudsförfaranden och/eller principerna om insyn och likabehandling, och med hänsyn till att tribunalen sannolikt kommer att avgöra målet efter det att den valda anbudsgivaren, i enlighet med det angripna beslutet, har genomfört kontraktet i sin helhet, ska förplikta EIB att betala skadestånd till sökanden med ett belopp om 1 940 000 euro, i enlighet med artiklarna 235 EG och 288 EG.

202 Sökanden anser att yrkandet om skadestånd ska bifallas av följande skäl.

203 Sökanden har först och främst gjort gällande att det kan konstateras att det, enligt fast rättspraxis, skett en tillräckligt klar överträdelse av en överordnad rättsregel till skydd för enskilda eller av en rättsregel som syftar till att ge rättigheter till enskilda, för att medföra skadeståndsansvar för gemenskapen eller, i detta fall, för EIB. EIB gjorde sig skyldig till denna överträdelse i egenskap av upphandlande myndighet. Överträdelsen är hänförlig till det angripna beslutets rättsstridighet och den utvärdering som

beslutet grundade sig på, såsom sökanden anfört i ansökan, nämligen åsidosättandet av den rätt som är tillämplig på anbudsförfaranden, åsidosättandet av principerna om insyn och likabehandling, åsidosättandet av bestämmelserna i riktlinjerna, den sena underrättelsen, den otillräckliga motiveringen av det angripna beslutet, användningen av diskriminerande kriterier, förväxlingen mellan kriterierna för tilldelning av kontraktet och kriterierna för urval av anbudsgivarna och, slutligen, den rättsstridiga relativa betydelsen som de tekniska kriterierna och det finansiella kriteriet tillskrevs vid tilldelningen av kontraktet.

204 Vidare har sökanden hävdat att detta bolag har påvisat en skada till följd av det angripna beslutet som motsvarar den bruttointäkt som bolaget oskäligen berövades på grund av den rättsstridiga tilldelningen av kontraktet till den valda anbudsgivaren i stället för till sökanden. Om tribunalen skulle konstatera att sökandens anbud borde ha rankats högst efter den jämförande utvärderingen av anbuden så ska en sådan skada läggas EIB till last, så att svaranden åläggs ansvar för de rättsstridiga handlingar som den gjorde sig skyldig till vid anbudsförfarandet eller, såsom sökanden har angett vid förhandlingen som svar på en fråga från tribunalen, för att låta EIB bidra till de fasta kostnader och de ekonomiska risker som sökanden ådrar sig i samband med sin verksamhet på upphandlingsområdet. Sökanden har däremot klart angett att den inte begär skadestånd för utgifter som uppkom i samband med dennes deltagande i anbudsförfarandet.

205 Slutligen har sökanden gjort gällande att den har kvantifierat sin skada. Bolaget har uppgett att skadan uppgår till ett belopp om 1 940 000 euro. Vad gäller detta belopp ska hänsyn tas till att bolagets bruttointäkt för denna typ av tjänst skulle uppgå till ungefär 50 procent av det erhållna priset, vilket framgår av bolagets redovisning som har godkänts av kommissionen inom ramen för projekt för forskning och utveckling, finansierade av kommissionen. Eftersom EIB i förfrågningsunderlaget efterfrågade totalt tio experter (fyra för underhåll och sex för projekt), och eftersom den genomsnittliga dagliga kostnaden för anbudet skulle ha uppgått till 441 euro, kan priset på detta anbud kalkyleras på följande sätt: 441 euro multiplicerat med 220 personer/dagar per år multiplicerat med 10 personer per år multiplicerat med 4 år, det vill säga

ungefär 3,88 miljoner euro. Detta pris överensstämmer med den budget som meddelades för avtalet, som var på mellan 3,5 och 7 miljoner euro. Den bruttointäkt som sökanden gick miste om motsvarar således 50 procent av 3,88 miljoner euro, det vill säga ett belopp om 1,94 miljoner euro.

206 EIB har i andra hand gjort gällande att yrkandet om skadestånd saknar grund. Det följer av rättspraxis att när ett av villkoren för gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar inte är uppfyllt ska skadeståndsyrkandet ogillas i sin helhet utan att det är nödvändigt att pröva de andra villkoren för detta skadeståndsansvar. Det räcker således att konstatera att EIB inte gjorde sig skyldig till någon försummelse eller rättsstridighet i samband med anbudsförfarandet som skulle kunna medföra utomobligatoriskt skadeståndsansvar för gemenskapen. Dessutom har inte sökanden rätt att kräva ersättning för en skada som motsvarar den bruttointäkt som bolaget skulle ha fått om det hade tilldelats kontraktet. Den uteblivna vinst som har åberopats är framtida och hypotetisk, eftersom sökanden – även om kontraktet inte hade tilldelats den utvalda anbudsgivaren med stöd av det angripna beslutet och den omtvistade utvärderingen – inte kunde vara säker på att kontraktet skulle ha tilldelats bolaget. Även om tribunalen kan ogiltigförklara ett beslut om tilldelning av ett kontrakt, kan den aldrig ålägga administrationen att tilldela ett kontrakt till en specifik anbudsgivare. I enlighet med rättspraxis kan en sådan skada därför inte beaktas.

Tribunalens bedömning

207 Det följer av fast rättspraxis att gemenskapens utomobligatoriska skadeståndsansvar enligt artikel 288 andra stycket EG förutsätter att flera villkor är uppfyllda, nämligen att det handlande som läggs institutionen till last är rättsstridigt, att det verkligen föreligger en skada och att det finns ett orsakssamband mellan handlandet och den åberopade skadan. Av detta följer att gemenskapen inte kan bli skadeståndsansvarig

med mindre än att alla dessa villkor är uppfyllda (domstolens dom av den 29 september 1982 i mål 26/81, Oleifici Mediterranei mot EEG, REG 1982, s. 3057, punkt 16, och förstainstansrättens dom av den 16 oktober 1996 i mål T-336/94, Efisol mot kommissionen, REG 1996, s. II-1343, punkt 30).

208 I förevarande fall ska tribunalen börja med att pröva huruvida villkoret att det ska finnas ett orsakssamband mellan EIB:s rättsstridiga handlande och den skada som har åberopats av sökanden är uppfyllt.

209 Vad avser villkoret om förekomsten av ett orsakssamband mellan det påstådda agerandet och den åberopade skadan följer det av fast rättspraxis att den åberopade skadan ska vara en tillräckligt direkt följd av det kritiserade agerandet, som måste vara den avgörande orsaken till skadan (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 4 oktober 1979 i de förenade målen 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 och 45/79, Dumortier m.fl. mot rådet, REG 1979, s. 3091, punkt 21, och förstainstansrättens dom av den 11 juli 1996 i mål T-175/94, International Procurement Services mot kommissionen, REG 1996, s. II-729, punkt 55). Det ankommer på sökandena att bevisa att ett sådant orsakssamband finns (se domstolens dom av den 30 januari 1992 i de förenade målen C-363/88 och C-364/88, Finsider m.fl. mot kommissionen, REG 1992, s. I-359, punkt 25, och förstainstansrättens dom av den 24 april 2002 i mål T-220/96, EVO mot rådet och kommissionen, REG 2002, s. II-2265, punkt 41 och där angiven rättspraxis).

210 Såsom framgår av ansökan (se punkt 81 ovan), har sökanden åberopat en skada motsvarande dennes ”uppskattade bruttointäkt av det offentliga upphandlingsförfarandet om bolaget hade tilldelats kontraktet”. I sina inlagor har sökanden medgett att EIB inte kan förpliktas att utge skadestånd till bolaget motsvarande den förlorade bruttointäkten, såsom den kalkylerats i ansökan, om inte tribunalen kan fastställa att sökandens anbud borde ha rankats högst, efter den jämförande utvärderingen av anbuden (se punkt 204 ovan). Sökandens yrkande om skadestånd är sålunda grundat på övertygelsen om att det angripna beslutet hindrade bolaget från att tilldelas kontraktet och underteckna ramavtalet med EIB om genomförande av detta kontrakt. Ett sådant yrkande måste tolkas på så sätt att det inte avser ersättning för förlusten av möjligheten att ingå kontraktet, utan förlusten av kontraktet som sådant. Detta påverkas inte av den omständigheten att sökanden vid förhandlingen, som svar på en fråga från

tribunalen, angav att yrkandet om skadestånd på sätt och vis inkluderade en förlust av möjlighet, eftersom det faktum att sökanden inte tecknat kontraktet hade äventyrat bolagets chanser att i framtiden få teckna andra offentliga kontrakt och, mer allmänt, minska de fasta kostnader som sökanden ådrar sig i samband med bolagets verksamhet på upphandlingsområdet. Utöver det faktum att dessa nya skadepunkter har åberopats för sent och därför ska avvisas, grundar de sig nämligen i vilket fall som helst inte på sökandens förlust av möjligheten att ingå kontraktet, utan på de konsekvenser som, enligt sökanden, är en direkt följd av förlusten av kontraktet som sådant.

211 Sökanden har inte bevisat, och inte heller lämnat några uppgifter som gör det möjligt för tribunalen att med säkerhet fastställa att sökandens anbud borde ha rankats högst vid den jämförande utvärderingen av anbuden. Det förhåller sig under alla omständigheter så, att även om det godtas att sökandens anbud borde ha rankats högst och att denne således borde ha tilldelats kontraktet, skulle EIB inte ha haft någon skyldighet att underteckna ramavtalet med sökanden. Det finns nämligen inte någon princip eller regel som är tillämplig på EIB:s anbudsförfaranden som ålägger banken att underteckna avtalet avseende kontraktet med den person som utsetts som vinnande part efter anbudsförfarandet (se, för ett liknande resonemang och analogt, domen i det ovan i punkt 147 nämnda målet Fracasso och Leitschutz, punkterna 24 och 25, och i det ovan i punkt 125 nämnda målet Embassy Limousines & Services mot parlamentet, punkt 54).

212 Det är således inte möjligt att fastställa att det finns ett orsakssamband mellan EIB:s antagande av det angripna beslutet, vilket – såsom framgår av prövningen av yrkandet om ogiltigförklaring – var rättsstridigt, och den skada som åberopats av sökanden, som är en följd av förlusten av kontraktet i sig. Härav följer att sökanden inte har rätt att kräva ersättning för skada som orsakats av att bolaget inte ingick ramavtalet med EIB eller, än mindre, genomförde kontraktet.

213 Av det ovanstående följer att skadeståndsyrkandet ska ogillas i sin helhet.

214 Detta utgör inte hinder för att sökanden till följd av ogiltigförklaringen av det angripna beslutet kan ha rätt till kompensation enligt artikel 266 FEUF, genom att bolagets situation återställs på ett lämpligt sätt (se punkt 67 ovan).

Rättegångskostnader

215 Sökanden har angett att bolaget tvingades väcka förevarande talan och begära skadestånd för den skada som bolaget har åsamkats till följd av EIB:s bristfälliga utvärdering av sökandens anbud och till följd av att bolaget inte informerades om det antagna anbudets utformning och relativa fördelar, i förhållande till utformningen av och de relativa fördelarna med sökandens eget anbud. Avsaknaden av motivering och den omständigheten att utvärderingsrapporten aldrig delgavs sökanden, trots bolagets begäran härom, utgör tillräckliga skäl för att EIB ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, även om talan ogillas.

216 EIB anser att villkoren i artikel 87.3 andra stycket i rättegångsreglerna inte är uppfyllda i förevarande fall och att artikel 87.2 i rättegångsreglerna följaktligen är tillämplig. Sökanden har inte visat att EIB vållat bolaget några kostnader i onödan eller mot bättre vetande och så var inte heller fallet. Det ska även beaktas att EIB svarade på sökandens begäran om ytterligare upplysningar genom sin skrivelse av den 1 augusti 2008 (se förstainstansrättens dom av den 26 februari 2002 i mål T-169/00, Esedra mot kommissionen, REG 2002, s. II-609, punkt 192). Vid den tidpunkt då sökanden väckte talan hade bolaget sålunda all information som var nödvändig för att det skulle kunna tillvarata sina rättigheter.

217 Enligt artikel 87.3 andra stycket i rättegångsreglerna kan tribunalen förplikta en part att ersätta kostnader som parten i onödan eller mot bättre vetande har vållat motparten. Med hänsyn till att det angripna beslutet i förevarande fall var otillräckligt motiverat och mot bakgrund av att EIB gjorde sig skyldig till åtskilliga rättsstridigheter i samband med det upphandlingsförfarande som ledde fram till antagandet av detta

beslut, innebärande att sökanden nödsakades att väcka förevarande talan, ska EIB förpliktas att ersätta samtliga rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen)

följande:

1) **Beslutet av Europeiska investeringsbanken (EIB) att inte anta det anbud som lämnats av Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE inom ramen för anbudsinfordran 2007/S 176-215155 rörande tillhandahållande av tjänster avseende ”[s]töd för underhåll, support och utveckling av front office-systemet för lån (Serapis)” och tilldela Sybase BVBA kontraktet, ogiltigförklaras.**

2) **Talan ogillas i övrigt.**

3) **EIB ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Pelikánová Jürimäe Van der Woude

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 20 september 2011.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten ..... II - 6379

Förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 6384

Rättslig bedömning ..... II - 6386

1. Upptagande till sakprövning ..... II - 6386

Tribunalens behörighet ..... II - 6387

Parternas argument ..... II - 6387

Tribunalens bedömning ..... II - 6389

Huruvida sökanden har ett berättigat intresse av att få det angripna beslutet ogiltigförklarat ..... II - 6400

Parternas argument ..... II - 6400

Tribunalens bedömning ..... II - 6401

Avsaknad av bestridande av den beräkningsmetod som tillämpades under den jämförande utvärderingen av anbuden under anbudsförfarandet ..... II - 6404

Parternas argument ..... II - 6404

Tribunalens bedömning ..... II - 6404

Huruvida yrkandet om skadestånd är oklart ..... II - 6406

Parternas argument ..... II - 6406

Tribunalens bedömning ..... II - 6406

2. Prövning i sak ..... II - 6408

Tillämplig rätt ..... II - 6408

Parternas argument ..... II - 6408

Tribunalens bedömning ..... II - 6409

Yrkandet om ogiltigförklaring ..... II - 6413

Den första och den andra grunden ..... II - 6414

— Parternas argument ..... II - 6414

— Tribunalens bedömning ..... II - 6416

Den tredje och den fjärde grunden ..... II - 6427

— Parternas argument ..... II - 6427

— Tribunalens bedömning ..... II - 6430

Den sjätte grunden ..... II - 6437

— Parternas argument ..... II - 6437

— Tribunalens bedömning ..... II - 6440

Den femte grunden ..... II - 6452

— Parternas argument ..... II - 6452

— Tribunalens bedömning ..... II - 6456

Yrkandet om skadestånd ..... II - 6459

Parternas argument ..... II - 6459

Tribunalens bedömning ..... II - 6461

Rättegångskostnader ..... II - 6464