KENDELSE AFSAGT AF RETTENS PRÆSIDENT

2. juni 2005 *

I sag T-125/05 R,

Umwelt- und Ingenieurtechnik GmbH Dresden, Dresden (Tyskland), ved avocat H. Robl,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Wilderspin og S. Fries, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

angående en påstand om principalt udsættelse af gennemførelsen af Kommissionens beslutninger om ikke at tildele sagsøgeren parti 2 af kontrakten EuropeAid/119151/D/S/UA, »Projekt vedrørende forbedring af kernekraftværket i det sydlige Ukraine«, og om at tildele kontrakten til en anden virksomhed, subsidiært, at der træffes andre foreløbige forholdsregler,

har

PRÆSIDENTEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS

afsagt følgende

Kendelse

Sagens faktiske omstændigheder

1 Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 99/2000 af 29. december 1999 om bistand til partnerstater i Østeuropa og Centralasien (EFT 2000 L 12, s. 1) indeholder navnlig bestemmelser om finansiering af programmer vedrørende nuklear sikkerhed i de nævnte lande.

2 Et årligt handlingsprogram på området for nuklear sikkerhed blev opstillet for 2001 inden for rammerne af forordning nr. 99/2000. Der blev i denne forbindelse afholdt en udbudsprocedure for indgåelse af en offentlig kontrakt med overskriften »Forbedring af kernekraftværket i det sydlige Ukraine«. Parti 2 af denne kontrakt vedrørte levering af et ekspertsystem til indsamling og behandling af data vedrørende vandkvaliteten på et kernekraftværk i det sydlige Ukraine.

3 Udbuddet blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* (EFT S 119) den 19. juni 2004. Der indkom tre bud, herunder et fra sagsøgeren, inden for den fastsatte frist.

4 Den 4. oktober 2004 blev de indgivne bud åbnet under tilbudsgivernes tilstedeværelse.

5 Det udvalg, der skulle foretage den tekniske bedømmelse af buddene (herefter »Bedømmelsesudvalget«), foretog en gennemgang af de forskellige modtagne tilbud og kontrollerede, at de overholdt de administrative og tekniske specifikationer.

6 I den foreliggende sag anmodede Bedømmelsesudvalget ved skrivelser af 6., 8. og 12. oktober 2004 sagsøgeren om at præcisere flere forhold i det afgivne bud, hvilket sagsøgeren gjorde ved skrivelser af henholdsvis 7., 12. og 14. oktober 2004.

7 Da Bedømmelsesudvalget fandt, at de forklaringer, som blev afgivet af sagsøgeren vedrørende to tekniske forhold (»Redegørelse nr. 9«) og »Redegørelse nr. 13«), var utilstrækkelige, blev buddet ikke antaget. De af sagsøgeren tilbudte priser blev derfor ikke sammenlignet med de øvrige tilbudsgiveres priser.

8 Kontrakten blev tildelt selskabet All Trade, hvis bud var det mest fordelagtige af de afgivne.

9 Tildelingen blev meddelt All Trade, og de fornødne foranstaltninger til underskrivelse af kontrakten blev truffet. Kontrakten blev indgået direkte mellem Energoatom, som var modtageren af ydelserne i henhold til projektet, og den tilbudsgiver, hvis bud var blevet antaget. Kontrakten blev underskrevet den 20. december 2004.

10 Ved skrivelse af 23. december 2004, som sagsøgeren modtog den 10. januar 2005, oplyste Kommissionen denne om, at kontrakten ikke var blevet tildelt virksomheden, fordi dets bud ikke overholdt de tekniske forskrifter (herefter »den første beslutning«). Derudover blev det i skrivelsen oplyst sagsøgeren, at kontrakten var blevet tildelt All Trade (herefter »den anden beslutning«).

11 Ved skrivelse af 14. januar 2005 til Kommissionen anfægtede sagsøgeren begrundelsen for de to beslutninger.

12 Ved skrivelse af 31. januar 2005 besvarede Kommissionen de af sagsøgeren fremsatte klagepunkter.

Retsforhandlinger og parternes påstande

13 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 18. marts 2005 har sagsøgeren i henhold til artikel 230, stk. 4, EF anlagt sag med påstand om annullation af den første og den anden beslutning (herefter samlet »de anfægtede beslutninger«)

14 Ved særskilt processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 21. marts 2005 har sagsøgeren i henhold til artikel 104 i Rettens procesreglement samt artikel 242 EF og 243 EF indgivet nærværende begæring om foreløbige forholdsregler, hvori virksomheden har nedlagt følgende påstande:

— Principalt, at gennemførelsen af de anfægtede beslutninger udsættes, indtil Retten har truffet afgørelse i hovedsagen.

— Subsidiært, at der træffes beslutning om fastsættelse af de fornødne foreløbige forholdsregler, som kan hindre, at gennemførelsen af de anfægtede beslutninger skaber et fait accompli, som er til skade for sagsøgeren, herunder navnlig at forbyde sagsøgte:

— dels at tildele All Trade den omtvistede aftale

— dels at udfærdige den i punkt 21 i udbudsmaterialet beskrevne kontrakt og lade All Trade skrive den under, eller træffe enhver anden foranstaltning, der tilgodeser tildelingen eller gennemførelsen af aftalen.

15 Kommissionen har i det skriftlige indlæg, den har indleveret til Rettens Justitskontor den 11. april 2005, nedlagt påstand om, at begæringen ikke tages til følge.

Retlige bemærkninger

16 I henhold til artikel 242 EF og 243 EF, sammenholdt med artikel 225, stk. 1, EF, kan Retten, hvis den finder det formålstjenligt, udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt eller foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler.

17 Artikel 104, stk. 1, i Rettens procesreglement bestemmer, at begæringer om foreløbige forholdsregler skal angive søgsmålets genstand, de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, og de faktiske og retlige grunde til, at den begærede foreløbige forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget (fumus boni juris). Disse betingelser er kumulative, således at en begæring om foreløbige forholdsregler skal afvises, såfremt en af betingelserne ikke er opfyldt (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 14.10.1996, sag C-268/96 P(R), SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. I, s. 4971, præmis 30).

18 Retten har på grundlag af sagsakterne fundet, at den råder over alle de oplysninger, som er nødvendige for at træffe afgørelse om begæringen om foreløbige forholdsregler uden først at høre parternes mundtlige forklaringer.

Parternes argumenter

Fumus boni juris

19 For så vidt angår den første beslutning har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat forbuddet mod forskelsbehandling. Dette princip er imidlertid ifølge sagsøgeren af grundlæggende betydning på området for offentlige kontrakter, og finansforordningens artikel 89, stk. 1, er et særligt udtryk herfor.

20 For det første er sagsøgerens bud ifølge virksomheden selv — og i modsætning til det i Kommissionens skrivelser af 23. december 2004 og 31. januar 2005 anførte — i overensstemmelse med de tekniske specifikationer, der er anført i udbuddet, nemlig dem, som dels er nævnt i afsnit 2.2.6 i specifikationerne, og dels i afsnit 2.3.1 og 2.3.4 i de samme tekniske specifikationer. Derudover var de detaljerede forklaringer og de oplysninger, som senere blev tilsendt Kommissionen — i modsætning til det af Kommissionen påståede — ikke utilstrækkelige.

21 Sagsøgeren har tilføjet, at de tekniske forbehold, som er taget i skrivelserne af 23. december 2004 og 31. januar 2005, ikke har nogen forbindelse med Kommissionens forudgående anmodninger om præciseringer.

22 For så vidt angår den anden beslutning har sagsøgeren anført, at Kommissionens konstatering vedrørende den finansielle vurdering er åbenbart forkert.

23 All Trade er ifølge sagsøgeren i meddelelsen om tildeling af leveringsaftalen nævnt som indehaver af en kontrakt til en værdi af 3 423 658 EUR, hvilket svarer til den

tilbudte pris inklusive alle tillæg og ydelser. Dog er erklæringerne vedrørende de tilbudte priser i Kommissionens skrivelse af 31. januar 2005 ifølge sagsøgeren ikke korrekte.

24 Ifølge sagsøgeren er Kommissionens henvisning til punkt 1.3 i vejledningen til tilbudsgiverne ukorrekt. Det er i punkt 1.3 i det væsentlige fastsat, at der i forbindelse med vurderingen af tilbuddene alene skulle tages hensyn til den tilbudte basispris, men ikke til enhedsprisen eller den samlede pris for reservedele, medmindre der var en kendelig forskel mellem de to sidstnævnte priser fra det ene tilbud til det andet. Ifølge sagsøgeren var det netop tilfældet i denne sag.

25 Sagsøgeren har anført, at All Trade sandsynligvis har tilbudt et større antal reservedele, med den konsekvens, at den samlede tilbudspris burde have været forhøjet med mere end 300 000 EUR. Ifølge sagsøgeren har Kommissionen tilsidesat den forpligtelse, der påhviler den ifølge punkt 1.3 i vejledningen til tilbudsgiverne, til at tage hensyn til dette forhold.

26 Sagsøgeren har desuden anført, at All Trade hverken besidder de fornødne kvalifikationer eller referencer. Det er ifølge sagsøgeren åbenbart, at All Trade har tilbudt et produkt med en forhøjet sandsynlighed for svigt. Tildelingen af parti 2 til All Trade rejser derfor ud fra et teknisk, kommercielt, personalemæssigt og finansielt synspunkt alvorlig tvivl med hensyn til, om en gennemførelse af den udbudte ydelse med den fornødne kompetence og inden for de foreskrevne frister er sikret.

27 Sagsøgeren har i denne henseende for det første tilføjet, at All Trades aktiekapital ikke står i rimeligt forhold til værdien af kontrakten. For det andet vil All Trade åbenbart selv udføre kontrakten med hjælp fra tre samarbejdspartnere. For det

tredje vedrører All Trades referencer udelukkende et projekt i Armenien på grundlag af en kontrakt, hvis værdi ligger under 1 mio. EUR, hvilket projekt blev udført for næsten to år siden.

28 Kommissionen har som svar herpå anført, at det annullationssøgsmål, sagsøgeren har anlagt i hovedsagen, åbenbart savner grundlag.

29 Kommissionen har gjort opmærksom på, at den ifølge fast retspraksis råder over et vidt skøn i relation til de faktorer, der skal tages i betragtning med henblik på vedtagelsen af en beslutning om at indgå en kontrakt på grundlag af et udbud. Fællesskabets retsinstansers kontrol skal derfor begrænse sig til en efterprøvelse af, at procedure- og begrundelsesreglerne er overholdt, at de faktiske omstændigheder er fastlagt korrekt, og at der ikke er tale om et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning (Rettens dom af 27.9.2002, sag T-211/02, Tideland Signal mod Kommissionen, Sml. II, s. 3781, præmis 33).

30 I denne sag forløb udbudsproceduren ifølge Kommissionen under overholdelse af de gældende bestemmelser. Beslutningen om ikke at antage sagsøgerens bud var desuden begrundet. De grunde, der blev fremsat i denne forbindelse, er af teknisk art. Kommissionen har ved vurderingen heraf støttet sig til råd fra eksperter, i dette tilfælde Bedømmelsesudvalget. Den sluttede på denne baggrund, at sagsøgeren ikke havde påvist, at der var begået en åbenbar vurderingsfejl eller forelå magtfordrejning, samt at der ikke er noget, der tyder på, at dette skulle være tilfældet.

Uopsættelighed og afvejningen af interesser

31 Sagsøgeren har gjort gældende, at de anfægtede beslutninger vil være gældende, såfremt begæringen om foreløbige forholdsregler ikke tages til følge. Dette »fait accompli« vil afgjort påvirke sagsøgerens retsstilling i hovedsagen og forårsage uoprettelig skade på virksomhedens rettigheder.

32 Kommissionen har anført, at sagsøgeren ikke har ført bevis for, at virksomheden ikke kan afvente udfaldet af hovedsagen uden at lide et alvorligt og uopretteligt tab.

33 Kommissionen har desuden gjort gældende, at det er fast retspraksis, at et økonomisk tab i princippet ikke kan betragtes som uopretteligt eller blot vanskeligt opretteligt, hvis der senere kan betales økonomisk erstatning herfor (jf. kendelse afsagt af Rettens præsident den 20.7.2000, sag T-169/00 R, Esedra mod Kommissionen, Sml. II, s. 2951, præmis 45, af 3.12.2002, sag T-181/02 R, Neue Erba Lautex mod Kommissionen, Sml. II, s. 5081, præmis 84, og af 27.7.2004, sag T-148/04 R, TQ3 Travel Solutions Belgium mod Kommissionen, Sml. II, s. 3027, præmis 46).

34 Sagsøgerens interesser kan under alle omstændigheder ikke gå forud for dels den tilbudsgivers interesser, med hvem kontrakten blev indgået, dels interessen i at sikre kernekraftanlæggenes sikkerhed.

Rettens bemærkninger

35 Sagsøgeren har i begæringen i det væsentlige nedlagt påstand om, at Retten forbyder sagsøgte dels at tildele All Trade den anfægtede kontrakt, dels at udfærdige den i punkt 21 i udbudsmaterialet beskrevne kontrakt og fremlægge den til All Trades underskrift. Sagsøgeren har desuden nedlagt påstand om udsættelse af gennemførelsen af beslutningen om, at sagsøgeren ikke blev tildelt parti 2 af den omtvistede kontrakt, og om udsættelse af gennemførelsen af den kontrakt, som eventuelt er blevet indgået med All Trade.

36 Kommissionen har dog — uden at blive modsagt heri af sagsøgeren, og uden at noget andet fremgår af sagsakterne — anført, at kontrakten mellem All Trade og Energoatom blev underskrevet den 23. december 2004. Af denne grund var begæringen om foreløbige forholdsregler uden genstand allerede på indgivelsestidspunktet, for så vidt som formålet hermed er at undgå tildelingen af kontrakten til All Trade og underskriften heraf. Denne del af påstanden bør derfor afvises.

37 For så vidt angår den del af påstanden, som vedrører udsættelse af gennemførelsen af beslutningen om ikke at tildele kontrakten til sagsøgeren og gennemførelsen af kontrakten med All Trade, finder Retten, uden at det er nødvendigt at udtale sig om, hvorvidt begæringen om foreløbige forholdsregler opfylder betingelserne i procesreglementets artikel 104, stk. 2, som fortolket af Fællesskabets retsinstanser (kendelser afsagt af Rettens præsident den 7.5.2002, sag T-306/01 R, Aden m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 2387, præmis 52, og den 10.11.2004, sag T-303/04 R, European Dynamics mod Kommissionen, Sml. II, s. 3889, præmis 63 og 64), at det skal undersøges, om uopsættelighedsbetingelsen er opfyldt.

38 I den forbindelse bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at spørgsmålet, om en begæring om foreløbige forholdsregler er uopsættelig, skal ses i forhold til nødvendigheden af, at der træffes en afgørelse herom for at undgå, at den part, som har fremsat begæring om foreløbige forholdsregler, lider et alvorligt og uoprettelig tab (jf. kendelse afsagt af Domstolens præsident den 6.2.1986, sag 310/85 R, Deufil mod Kommissionen, Sml. s. 537, præmis 15, og kendelse afsagt af Rettens præsident den 30.6.1999, sag T-13/99 R, Pfizer Animal Health mod Rådet, Sml. II, s. 1961, præmis 134).

39 Det påhviler den, der begærer udsættelse af den anfægtede beslutning, at godtgøre, at det vil påføre vedkommende et sådant tab, såfremt man afventer afgørelsen i hovedsagen (jf. kendelse afsagt af Domstolens præsident den 8.5.1991, sag C-356/90 R, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2423, præmis 23, og kendelse afsagt af Rettens præsident den 15.11.2001, sag T-151/01 R, Duales System Deutschland mod Kommissionen, Sml. II, s. 3295, præmis 187).

40 I denne sag har sagsøgeren uden yderligere præciseringer blot anført, at »søgsmålet ikke har opsættende virkning, og at der derfor består en risiko for, at den anfægtede tildeling af kontrakten til All Trade under den omhandlede udbudsprocedure [...] vil blive gennemført«, og at »dette vil skabe et fait accompli og uigenkaldeligt påvirke sagsøgerens retsstilling«.

41 Sagsøgeren har ikke anført grundene til, at virksomheden ikke kan afvente, at der træffes afgørelse i annullationssøgsmålet, og har ikke fremført noget bevis for et alvorligt og uopretteligt tab.

42 For så vidt som sagsøgerens argumenter kan fortolkes således, at det påståede tab hænger sammen med, at udelukkelsen af sagsøgeren fra udbuddet har forårsaget et økonomisk tab, skal det kun bemærkes, at et sådant tab ikke — medmindre der foreligger særlige omstændigheder — kan betragtes som uopretteligt eller blot vanskeligt opretteligt, hvis der senere kan betales økonomisk erstatning herfor (jf. kendelserne i sagen Esedra mod Kommissionen, præmis 45, i sagen Neue Erba Lautex mod Kommissionen, præmis 84, samt i sagen TQ3 Travel Solutions Belgium mod Kommissionen, præmis 46).

43 Under disse omstændigheder må det fastslås, uden at det er nødvendigt at undersøge, om de øvrige betingelser for at foreskrive foreløbige forholdsregler er opfyldt, at betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt, og at begæringen derfor ikke kan tages til følge.

På grundlag af disse præmisser

bestemmer

RETTENS PRÆSIDENT

1) Begæringen om foreløbige forholdsregler tages ikke til følge

2) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

Således bestemt i Luxembourg den 2. juni 2005.

H. Jung

Justitssekretær

B. Vesterdorf

Præsident