BESLUT MEDDELAT AV FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE

den 2 juni 2005 *

I mål T-125/05 R,

Umwelt- und Ingenieurtechnik GmbH Dresden, Dresden (Tyskland), företrätt av advokaten H. Robl,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av M. Wilderspin och S. Fries, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

angående en ansökan om uppskov med verkställigheten av kommissionens beslut att inte tilldela sökanden del 2 i upphandlingen EuropeAid/119151/D/S/UA med rubriken "projekt för förbättring av kärnkraftverk i södra Ukraina" och att tilldela ett annat företag denna del samt, i andra hand, en ansökan om andra interimistiska åtgärder,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE

följande

Beslut

Bakgrund till tvisten

1 Rådets förordning (EG, Euratom) nr 99/2000 av den 29 december 1999 om bistånd till partnerstaterna i Östeuropa och Centralasien (EGT L 12, 2000, s. 1) innehåller bland annat föreskrifter om finansiering av program för kärnsäkerhet i nämnda stater.

2 Ett årligt åtgärdsprogram inom området för kärnsäkerhet antogs för år 2001 i enlighet med förordning nr 99/2000. I detta sammanhang inleddes ett anbudsförfarande i samband med en upphandling med rubriken "projekt för förbättring av kärnkraftverk i södra Ukraina". Del 2 i denna upphandling rörde tillhandahållande av ett expertsystem för insamling och bearbetning av uppgifter angående kontrollen av vattenkvaliteten i ett kärnkraftverk i södra Ukraina.

3 Tre anbud lämnades in inom föreskriven tid som svar på denna anbudsinfordran, vilken offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* (EGT S 119) den 19 juni 2004. Sökanden ingav ett av dessa anbud.

4 De inlämnade anbuden offentliggjordes den 4 oktober 2004 i närvaro av anbudsgivarna.

5 Den kommitté som hade till uppgift att utvärdera anbuden i tekniskt hänseende (nedan kallad utvärderingskommittén) granskade de olika ingivna anbuden och kontrollerade att de uppfyllde de administrativa och tekniska kraven.

6 Utvärderingskommittén anmodade i detta fall sökanden att precisera sitt anbud i flera avseenden. Detta skedde genom skrivelser daterade den 6, den 8 respektive den 12 oktober 2004, vilka sökanden besvarade genom skrivelser daterade den 7, den 12 respektive den 14 oktober 2004.

7 Eftersom sökandens förklaringar angående två tekniska detaljer (förklaring nr 9 och förklaring nr 13) ansågs vara otillräckliga förkastades sökandens anbud. De priser sökanden erbjöd jämfördes således inte med de övriga anbudsgivarnas priser.

8 Kontraktet tilldelades företaget All Trade, vars anbud var det mest fördelaktiga av de anbud som hade ingetts av anbudsgivarna.

9 Tilldelningen delgavs All Trade och nödvändiga åtgärder vidtogs för att teckna kontraktet. Kontraktet ingicks direkt mellan Energoatom, som var mottagare av stödet till projektet, och den utsedde entreprenören. Kontraktet tecknades den 20 december 2004.

10 Genom skrivelse av den 23 december 2004, som mottogs av sökanden den 10 januari 2005, informerade kommissionen sökanden om att denne inte hade tilldelats kontraktet på grund av att dess anbud inte uppfyllde de tekniska kraven (nedan kallat det första beslutet). Genom denna skrivelse informerades sökanden dessutom om att kontraktet hade tilldelats All Trade (nedan kallat det andra beslutet).

11 Genom skrivelse till kommissionen av den 14 januari 2005 ifrågasatte sökanden skälen till dessa två beslut.

12 Genom skrivelse av den 31 januari 2005 svarade kommissionen på de anmärkningar som hade framförts av sökanden.

Förfarandet och parternas yrkanden

13 Sökanden har, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 18 mars 2005, i enlighet med artikel 230 fjärde stycket EG väckt talan om ogiltigförklaring av det första och det andra beslutet (nedan tillsammans kallade de ifrågasatta besluten).

14 Genom särskild handling, som inkom till förstainstansrättens kansli den 21 mars 2005 framställde sökanden, med stöd av artikel 104 i förstainstansrättens rättegångsregler och artiklarna 242 EG och 243 EG, en ansökan om interimistiska åtgärder, vari sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall:

— i första hand, förordna om uppskov med verkställigheten av de ifrågasatta besluten till dess förstainstansrätten har avgjort målet i huvudsaken,

— i andra hand, förordna om nödvändiga interimistiska åtgärder för att förhindra att verkställigheten av de ifrågasatta besluten leder till irreparabel skada för sökanden och, i synnerhet, förbjuda svaranden:

— att tilldela All Trade det ifrågasatta kontraktet,

— att avfatta det kontrakt som avses i punkt 21 i anbudshandlingarna och lämna det till All Trade för underskrift, eller att vidta någon annan åtgärd som kan främja tilldelandet eller verkställandet av kontraktet.

15 Kommissionen har, i sitt skriftliga yttrande som inkom till förstainstansrättens kansli den 11 april 2005, yrkat att ansökan skall avslås.

Rättslig bedömning

16 Enligt artiklarna 242 EG och 243 EG jämförda med artikel 225.1 EG kan förstainstansrätten om den anser att omständigheterna så kräver förordna om uppskov med verkställighet av en påtalad rättsakt eller föreskriva nödvändiga interimistiska åtgärder.

17 I artikel 104.2 i rättegångsreglerna föreskrivs att en ansökan om interimistiska åtgärder skall ange föremålet för talan, de omständigheter som ställer krav på skyndsamhet och de faktiska och rättsliga grunder på vilka den begärda åtgärden omedelbart framstår som befogad (*fumus boni juris*). Dessa villkor är kumulativa, vilket innebär att det inte kan förordnas om interimistiska åtgärder när ett av villkoren inte är uppfyllt (beslut av domstolens ordförande av den 14 oktober 1996 i mål C-268/96 P(R), SCK och FNK mot kommissionen, REG 1996, s. I-4971, punkt 30).

18 Med beaktande av handlingarna i målet anser förstainstansrätten att den förfogar över samtliga uppgifter som är nödvändiga för att avgöra förevarande ansökan om interimistiska åtgärder, utan att det är nödvändigt att först ge parterna tillfälle att yttra sig muntligen.

Parternas argument

Fumus boni juris

19 Vad beträffar det första beslutet har sökanden gjort gällande att kommissionen har åsidosatt icke-diskrimineringsprincipen. Denna princip har, enligt sökanden, emellertid en grundläggande betydelse vid offentlig upphandling och kommer särskilt till uttryck i artikel 89.1 i budgetförordningen.

20 Tvärtemot vad som anges i kommissionens skrivelser av den 23 december 2004 och den 31 januari 2005 uppfyllde sökandens anbud de tekniska krav som ställdes i anbudsinfordran, nämligen de som angavs i avsnitt 2.2.6 i dessa krav och i avsnitten 2.3.1 och 2.3.4 i samma tekniska krav. Inte heller var de detaljerade förklaringar och upplysningar som senare lämnades till kommissionen, i motsats till vad kommissionen har gjort gällande, otillräckliga.

21 Sökanden har tillagt att de tekniska förbehåll som framfördes i skrivelserna av den 23 december 2004 och den 31 januari 2005 inte har något samband med kommissionens tidigare begäran om förtydliganden.

22 Vad beträffar det andra beslutet anser sökanden att kommissionens påstående angående den ekonomiska bedömningen är uppenbart felaktig.

23 I meddelandet om tilldelning av kontraktet anges All Trade som innehavare av ett kontrakt till ett värde av 3 423 658 euro, vilket motsvarar det pris som anges i anbudet inklusive alla tillägg och tjänster. Enligt sökanden är emellertid de uppgifter avseende priserna i anbuden som anges i kommissionens skrivelse av den 31 januari 2005 felaktiga.

24 Enligt sökanden är kommissionens hänvisning till punkt 1.3 i anvisningarna till anbudsgivarna felaktig. I punkt 1.3 föreskrivs i huvudsak att endast anbudets grundpris skall beaktas vid utvärderingen av anbuden, och inte priset per enhet eller det sammanlagda priset för reservdelar, förutom om dessa två sistnämnda priser skiljer sig märkbart åt mellan anbuden. Enligt sökanden var det just fallet i förevarande mål.

25 Sökanden anser att All Trade troligen har erbjudit ett större antal reservdelar, vilket medför att det totala priset bör höjas med mer än 300 000 euro. Enligt sökanden har kommissionen inte uppfyllt sin skyldighet enligt punkt 1.3 i anvisningarna till anbudsgivarna, att beakta denna omständighet.

26 Sökanden har dessutom gjort gällande att All Trade varken har tillgång till de kvalifikationer eller de referenser som krävs. Det är enligt sökanden uppenbart att All Trade har erbjudit en produkt som med stor sannolikhet är bristfällig. Tilldelningen av del 2 till All Trade ger således, ur en teknisk, affärsmässig, personalmässig och ekonomisk synvinkel, upphov till allvarliga tvivel när det gäller säkerställandet av att den planerade tjänst som är föremål för upphandlingen kan verkställas med erforderlig kompetens och inom föreskriven tid.

27 Sökanden har i detta sammanhang tillagt att All Trades bolagskapital inte står i proportion till värdet på kontraktet, att All Trade uppenbarligen vill genomföra kontraktet självt, med hjälp av tre medarbetare, och att All Trades enda referens rör

ett projekt i Armenien avseende ett kontrakt vars värde var lägre än en miljon euro och som genomfördes för nästan två år sedan.

28 Kommissionen har som svar angett att det uppenbarligen saknas stöd för sökandens talan om ogiltigförklaring i målet i huvudsaken.

29 Kommissionen har erinrat om att det av fast rättspraxis framgår att den har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vad som skall beaktas vid ett beslut att sluta avtal efter anbudsinfordran. Gemenskapsdomstolarnas prövning skall därför begränsas till att avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att uppgifterna om de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk (förstainstansrättens dom av den 27 september 2002 i mål T-211/02, Tideland Signal mot kommissionen, REG 2002, s. II-3781, punkt 33).

30 I förevarande fall har upphandlingsförfarandet genomförts i enlighet med tillämpliga bestämmelser. Beslutet att förkasta sökandens anbud är dessutom motiverat. De skäl som uppgetts i detta avseende är av teknisk art. Kommissionen förlitade sig vid denna bedömning på expertutlåtanden, i förevarande fall från utvärderingskommittén. Kommissionen fann att sökanden inte hade visat och att ingen omständighet heller tydde på att bedömningen var uppenbart oriktig eller att det hade förekommit maktmissbruk.

Kravet på skyndsamhet och intresseavvägningen

31 Sökanden har gjort gällande att om ansökan om interimistiska åtgärder inte bifalls blir de ifrågasatta besluten verkställbara. Detta fullbordade faktum påverkar slutligt sökandens rättsliga ställning och skadar på ett irreparabelt sätt dennes rättigheter.

32 Kommissionen anser däremot att sökanden inte har visat att den inte kan avvakta avgörandet i huvudsaken utan att lida allvarlig och irreparabel skada.

33 Kommissionen har dessutom gjort gällande att det av fast rättspraxis framgår att en skada av ekonomisk art inte kan anses vara irreparabel, eller ens svår att avhjälpa, förutom i undantagsfall, eftersom den kan avhjälpas genom ekonomisk ersättning vid ett senare tillfälle (beslut av förstainstansrättens ordförande av den 20 juli 2000 i mål T-169/00 R, Esedra mot kommissionen, REG 2000, s. II-2951, punkt 45, av den 3 december 2002 i mål T-181/02 R, Neue Erba Lautex mot kommissionen, REG 2002, s. II-5081, punkt 84, och av den 27 juli 2004 i mål T-148/04 R, TQ3 Travel Solutions Belgium mot kommissionen, REG 2004, s. II-3027, punkt 46).

34 Sökandens intressen kan i vart fall inte ges företräde framför den anbudsgivares intressen med vilken kontraktet ingåtts eller framför intresset av att säkerställa säkerheten på kärnkraftverk.

Förstainstansrättens bedömning

35 Sökanden har i sin ansökan i huvudsak yrkat att förstainstansrätten skall förbjuda svaranden dels att tilldela All Trade det ifrågasatta kontraktet, dels att avfatta det kontrakt som föreskrivs i punkt 21 i anbudshandlingarna och att lämna det till All Trade för underskrift. Sökanden har dessutom ansökt om uppskov med verkställigheten av beslutet att inte tilldela sökanden del 2 av upphandlingen och med verkställigheten av ett eventuellt tecknat kontrakt med All Trade.

36 Kommissionen har emellertid angett, utan att sökanden har invänt mot detta och utan att något annat kan utläsas av handlingarna i akten, att kontraktet mellan All Trade och Energoatom tecknades den 23 december 2004. På grund av detta saknade ansökan om interimistiska åtgärder, i den del den avser att förhindra att All Trade tilldelas upphandlingen och att kontraktet tecknas, föremål redan då den ingavs. Detta yrkande kan således inte tas upp till prövning.

37 Förstainstansrätten finner, vad beträffar yrkandet om uppskov med verkställigheten av beslutet att inte tilldela sökanden upphandlingen och av verkställigheten av det kontrakt som ingåtts med All Trade, utan att det finns anledning att pröva huruvida ansökan om interimistiska åtgärder uppfyller villkoren i artikel 104.2 i rättegångsreglerna, såsom de tolkats av gemenskapsdomstolen (beslut av förstainstansrättens ordförande av den 7 maj 2002 i mål T-306/01 R, Aden m.fl. mot rådet och kommissionen, REG 2002, s. II-2387, punkt 52, och av den 10 november 2004 i mål T-303/04 R, European Dynamics mot kommissionen, REG 2004, s. II-3889, punkterna 63–64), att det finns anledning att pröva huruvida kravet på skyndsamhet är uppfyllt.

38 I detta avseende framgår det av fast rättspraxis att kravet på skyndsamhet avseende en ansökan om interimistiska åtgärder skall bedömas med beaktande av om det är nödvändigt att fatta ett interimistiskt beslut för att undvika att den som ansöker om den interimistiska åtgärden åsamkas allvarlig och irreparabel skada (beslut av domstolens ordförande av den 6 februari 1986 i mål 310/85 R, Deufil mot kommissionen, REG 1986, s. 537, punkt 15, och beslut av förstainstansrättens ordförande av den 30 juni 1999 i mål T-13/99 R, Pfizer Animal Health mot rådet, REG 1999, s. II-1961, punkt 134).

39 Det ankommer på den part som ansökt om uppskov med verkställigheten att bevisa att den inte kan avvakta utgången av talan i huvudsaken utan att lida en sådan skada (beslut av domstolens ordförande av den 8 maj 1991 i mål C-356/90 R, Belgien mot kommissionen, REG 1991, s. I-2423, punkt 23, och beslut av förstainstansrättens ordförande av den 15 november 2001 i mål T-151/01 R, Duales System Deutschland mot kommissionen, REG 2001, s. II-3295, punkt 187).

40 I förevarande fall har sökanden endast, utan närmare precisering, angett att "talan inte hindrar verkställighet av beslutet och att det därför finns anledning att befara att den ifrågasatta tilldelningen av kontraktet till All Trade i den aktuella upphandlingen blir slutlig" och att "detta skapar ett fullbordat faktum och slutligt påverkar sökandens rättsliga ställning".

41 Sökanden har inte angett skälen till att den inte kan avvakta att dess talan om ogiltigförklaring avgörs, och den har inte förebringat något som helst bevis för en allvarlig och irreparabel skada.

42 För det fall sökandens argumentation kan tolkas på så sätt att den påstådda skadan utgörs av en ekonomisk skada som uppstått på grund av att sökandens anbud förkastats, räcker det att erinra om att en skada av sådan art inte kan anses vara irreparabel, eller ens svår att avhjälpa, förutom i undantagsfall, eftersom den kan avhjälpas genom ekonomisk ersättning vid ett senare tillfälle (beslut i det ovan nämnda målet Esedra mot kommissionen, punkt 45, i det ovan nämnda målet Neue Erba Lautex mot kommissionen, punkt 84, och i det ovan nämnda målet TQ3 Travel Solutions Belgium mot kommissionen, punkt 46).

43 Under dessa omständigheter finner förstainstansrätten att kravet på skyndsamhet inte är uppfyllt och att förevarande ansökan således skall avslås, utan att det är nödvändigt att pröva huruvida de övriga villkoren för att bevilja interimistiska åtgärder är uppfyllda.

På dessa grunder fattar

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE

följande beslut:

1) **Ansökan om interimistiska åtgärder avslås.**

2) **Beslut om rättegångskostnader kommer att meddelas senare.**

Luxemburg den 2 juni 2005

H. Jung

Justitiesekreterare

B. Vesterdorf

Ordförande