Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Første Afdeling)

20. marts 2013 *

»Offentlige indkøb — Euratom — udbudsprocedure for Det Europæiske Fællesforetagende for Fusionsenergiudvikling — levering af eludstyr — afvisning af en tilbudsgivers bud — offentligt udbud — bud, der indeholder forbehold — retssikkerhed — berettiget forventning — proportionalitet — interessekonflikt — beslutning om tildeling — annullationssøgsmål — ikke umiddelbart berørt — afvisning — ansvar uden for kontraktforhold«

I sag T-415/10,

Nexans France, Paris (Frankrig), ved advokaterne J.-P. Tran Thiet, J.-F. Le Corre og M. Pigeat,

sagsøger,

mod

Det Europæiske Fællesforetagende for ITER og Fusionsenergiudvikling, Barcelona (Spanien), ved A. Verpont, som befuldmægtiget, bistået af solicitors C. Kennedy-Loest og C. Thomas, advokaterne J. Derenne og N. Pourbaix samt solicitor M. Farley,

sagsøgt,

angående dels en påstand om annullation af beslutningen om afvisning af det af sagsøgeren afgivne bud og af beslutningen om at tildele en anden tilbudsgiver kontrakten, dels en påstand om erstatning,

har

RETTEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Azizi, og dommerne S. Frimodt Nielsen (refererende dommer) og M. Kancheva,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 27. november 2012,

afsagt følgende

* Processprog: fransk.

Dom

Sagens baggrund

1. *Præsentation af fællesforetagendet*

1 Den 21. november 2006 indgik Det Europæiske Atomenergifællesskab (herefter »Euratom«), Folkerepublikken Kina, Republikken Indien, Japan, Republikken Korea, Den Russiske Føderation og De Forenede Stater en aftale om oprettelse af Den Internationale Fusionsenergiorganisation for ITER, der skal forestå den fælles gennemførelse af ITER-projektet (EUT 2006 L 358, s. 62).

2 Ved beslutning 2007/198/Euratom af 27. marts 2007 om oprettelse af et europæisk fællesforetagende for ITER og fusionsenergiudvikling og om tilståelse af fordele til det (EUT L 90, s. 58) indførte Rådet for Den Europæiske Union et fællesforetagende som omhandlet i artikel 45 EA, »Det Europæiske Fællesforetagende for ITER og Fusionsenergiudvikling (Fusion for Energy)« (herefter »fællesforetagendet«).

3 Ifølge artikel 1 i beslutning 2007/198 har fællesforetagendet til opgave at levere Euratoms bidrag til Den Internationale Fusionsenergiorganisation for ITER (herefter »ITER-organisationen«) [artikel 1, stk. 2, litra a)], at levere Euratoms bidrag til aktiviteterne under »den bredere strategi«, der udføres i samarbejde med Japan med henblik på hurtig realisering af fusionsenergi [artikel 1, stk. 2, litra b)], og at forberede og koordinere et program til forberedelse af opførelsen af en demonstrationsreaktor for fusionsenergi og dertil knyttede anlæg [artikel 1, stk. 2, litra c)]. Fællesforetagendet skal bl.a. efter anmodning fra ITER-organisationen tilrettelægge udbudsprocedurer for levering af det udstyr og de ydelser, der er nødvendige for det europæiske bidrag til ITER-projektet, og som led i en særlig aftale mellem Euratom og Japan levering af visse komponenter til den japanske forsøgsreaktor for fusionsenergi JT-60SA (herefter »JT-60SA-projektet«).

4 Det fremgår af artikel 5 i beslutning 2007/198, at fællesforetagendet får sin egen finansforordning, der bygger på principperne i Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 af 25. juni 2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget (EFT L 248, s. 1), men kan afvige fra denne, hvor det er nødvendigt af hensyn til de særlige krav, fællesforetagendets drift stiller, og forudsat at afvigelserne er aftalt på forhånd med Europa-Kommissionen.

5 Ved to beslutninger af 22. oktober 2007, der blev ændret den 18. december 2007, vedtog fællesforetagendets bestyrelse dets finansforordning (herefter »fællesforetagendets finansforordning«) og gennemførelsesbestemmelserne hertil (herefter »gennemførelsesforordningen«).

2. *Indgåelse af kontrakten*

6 I 2007, 2008 og 2009 indgik fællesforetagendet en række forsyningsaftaler med ITER-organisationen. I disse aftaler forpligtede fællesforetagendet sig bl.a. til at levere visse superledere, der var nødvendige for udviklingen af ITER-projektet og JT-60SA-projektet.

7 Sideløbende med disse aftaler indgik fællesforetagendet en indkøbsaftale med det nationale russiske agentur, der deltager i ITER-projektet. Ifølge denne aftale skulle det russiske agentur levere de nødvendige kabler til fremstilling af de superledere til poloidale feltspoler (herefter »PF-ledere«), der var fællesforetagendets bidrag til ITER-projektet, og fællesforetagendet skulle til gengæld sørge for kappen til PF-lederne, som var det russiske bidrag til ITER-projektet.

8 Den 6. august 2009 offentliggjorde fællesforetagendet udbudsbekendtgørelse F4E-2009-OPE-018 vedrørende et offentligt udbud om tildeling af en indkøbskontrakt (herefter »kontrakten«) med henblik på køb af dels PF-ledere, dels superledere til toroidale feltspoler (herefter »TF-ledere«) i Supplement til *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2009/S 149-218279).

9 Kontrakten omhandlede 1) kablerne og kappen til de TF-ledere, som Euratom skulle levere til ITER-projektet, 2) kappen til de PF-ledere, som Euratom og Den Russiske Føderation skulle levere til ITER-projektet, og 3) kablerne og kappen til de TF-ledere, som Den Franske Republik og Den Italienske Republik skulle levere til JT-60SA-projektet på vegne af Euratom.

10 Der var ifølge udbudsbekendtgørelsen tale om et offentligt udbud, som var underlagt bestemmelserne i fællesforetagendets finansforordning og i gennemførelsesforordningen.

11 Udbudsmaterialet bestod af udbudsbetingelserne og 18 bilag, herunder »Administrative specifikationer« (bilag A, herefter »de administrative specifikationer«), »Tekniske specifikationer for levering af TF- og PF-ledere« (bilag B, herefter »de tekniske specifikationer«) og en standardkontrakt (bilag 1, herefter »standardkontrakten«). De tekniske specifikationer indeholdt bl.a. en leveringskalender.

12 Det fremgik af punkt 3.1 i udbudsbetingelserne, at de forskellige ledere, der var omhandlet i kontrakten, skulle leveres i overensstemmelse med den kalender, der var angivet i afsnit 3 i de tekniske specifikationer. Ifølge punkt 3.2 i udbudsbetingelserne skulle leverancerne stemme overens med vilkårene i standardkontrakten, de administrative specifikationer og de tekniske specifikationer.

13 Punkt 4.1 i udbudsbetingelserne, der havde overskriften »Generelle betingelser«, var affattet således:

»Tilbudsgiveren accepterer ved afgivelse af bud alle vilkår i standardkontrakten og de tilhørende bilag, herunder de [tekniske specifikationer] og de [administrative specifikationer], og afstår fra at stille egne generelle eller særlige betingelser.

[Fællesforetagendet] kan i den forbindelse undlade at tage hensyn til ethvert forbehold og enhver klausul om ansvarsfraskrivelse, der optræder i buddet, og forbeholder sig ret til at afvise sådanne bud uden at gøre nærmere rede for, hvorfor de ikke opfylder udbudsbetingelserne.

Dette afsnit fastsætter betingelserne for afgivelse af bud, dvs. de betingelser, som tilbudsgiverne skal opfylde, når de udarbejder og indgiver deres bud, for at disse bud kan antages og for at gøre det lettere for bedømmerne at forstå og bedømme de fremlagte oplysninger korrekt.

Buddene skal formuleres klart og præcist. De skal være fuldt læselige, så der ikke kan opstå nogen som helst tvivl om formuleringer og tal. Da tilbudsgiverne udelukkende vil blive bedømt ud fra indholdet af deres skriftlige bud, skal de gøre det klart, at de vil kunne overholde kravene i de [tekniske specifikationer] og de [administrative specifikationer], og at de er stand til at udføre de krævede opgaver.

[…]

Buddene skal affattes i overensstemmelse med disse udbudsbetingelser og ved hjælp af de vedlagte skemaer.

Buddene skal underskrives af tilbudsgiverens bemyndigede repræsentant eller repræsentanter. Udgifter, der er afholdt i forbindelse med udarbejdelse og afgivelse af bud, vil ikke blive refunderet af [fællesforetagendet].

Det vil ikke være muligt at få oplyst status for vurdering af buddene.

[Fællesforetagendet] er ikke forpligtet til at tildele en kontrakt, selv om betingelserne i udbuddet er opfyldt, og/eller der er iværksat en udbudsprocedure. [Fællesforetagendet] er ikke forpligtet til at yde erstatning til tilbudsgivere, hvis bud ikke er blevet antaget, heller ikke hvis det beslutter ikke at tildele en kontrakt.«

14 Udbudsbetingelserne præciserede videre, bl.a. i afsnit 6 med overskriften »Kontraktvilkår«, at standardkontrakten i bilag 1 fandt anvendelse på udbudsproceduren, og at vilkårene i denne kontrakt var en integrerende del af udbudsbetingelserne.

15 Ifølge punkt 13.1.1 i udbudsbetingelserne skulle de tekniske oplysninger, der var indeholdt i udbuddene, være i overensstemmelse med de administrative specifikationer og de tekniske specifikationer. Der var desuden angivet følgende i dette punkt:

»For så vidt angår ovennævnte dokumentation vil buddet blive afvist, hvis alle eller visse væsentlige oplysninger mangler, eller hvis det ikke overholder minimumskravene i de [administrative specifikationer] og de [tekniske specifikationer]. Tilbudsgiveren bør som følge heraf sætte sig godt ind i de pågældende specifikationer og angive alle de krævede oplysninger i sit bud samt eventuelle supplerende oplysninger, der kan gøre det lettere for [fællesforetagendet] at vurdere buddet.«

16 Afsnit 3 i de tekniske specifikationer indeholdt en leveringskalender, der viste, hvornår kontrahenten skulle levere de forskellige typer ledere til fællesforetagendet, i antal måneder regnet fra standardkontraktens ikrafttræden.

17 Sagsøgeren, Nexans France, afgav et bud (herefter »buddet«) den 23. oktober 2009. Til dette bud var knyttet et bilag C 1 med overskriften »Liste over vigtige ændringer af standardkontrakten med henblik på omformulering af visse klausuler«, hvori der blev foreslået en række ændringer af standardkontrakten (herefter »forbeholdene«). Forbeholdene omhandlede bl.a. følgende betingelser: 1) Sagsøgeren ønskede at betinge kontraktens ikrafttræden af, at fællesforetagendet udbetalte et forskud, og at sagsøgeren fik en byggetilladelse til sin fabrik i Cortaillod (Schweiz), 2) sagsøgeren ønskede at fraskrive sig ethvert ansvar for problemer, der var forbundet med fællesforetagendets kabeldesign eller forårsaget af mellemprodukter leveret af fællesforetagendet eller af produkter, der var fremstillet af sagsøgeren selv, men tilpasset af fællesforetagendet, 3) sagsøgeren ønskede at tage afstand fra leveringskalenderen og opstillede en anden kalender, hvor den første levering var udsat med 12 måneder og den sidste levering med én måned, således at den sidste levering i henhold til kontrakten ville ske efter 55 måneder i stedet for 54, 4) sagsøgeren anmodede om, at konventionalboden blev beregnet ud fra værdien af ikke rettidigt leverede produkter og ikke ud fra kontraktsummen, og at boden skulle udgøre 1% pr. uge, dog højst 15% af værdien af ikke rettidigt leverede produkter og højst 10% af kontraktsummen, 5) sagsøgeren ønskede at tage afstand fra klausulerne om udsættelse af levering, ordningen med delvis afregning, garantiperioden for dennes produkter, sagsøgerens maksimale erstatningsansvar og fastprisprincippet, 6) sagsøgeren påberåbte sig i tilfælde af tekniske vanskeligheder ret til at få gratis adgang til en ny teknologi, som fællesforetagendet skulle stille til rådighed, eller ret til ensidig ophævelse af kontrakten i mangel heraf, 7) sagsøgeren ønskede at opnå mere omfattende intellektuelle ejendomsrettigheder end fastlagt i standardkontrakten, 8) sagsøgeren ønskede at opnå ret til ensidig ophævelse uden erstatning, hvis fællesforetagendet ikke sørgede for betaling inden for de aftalte frister eller anfægtede sagsøgerens betalingsanmodninger, eller hvis sagsøgeren ikke var i stand til at fremstille de krævede ledere i overensstemmelse med de tekniske specifikationer, som fællesforetagendet havde fastsat, og 9) sagsøgeren tog forbehold over for standardkontraktens § II.26, der var mangelfuldt formuleret.

18 Ved skrivelse af 19. november 2009 anmodede R., der er ansat på fællesforetagendets kontor for kontrakter og offentlige indkøb, sagsøgeren om at præcisere buddet nærmere. R. mindede sagsøgeren om indholdet af punkt 4.1 i udbudsbetingelserne (jf. præmis 13 ovenfor) og bad desuden sagsøgeren om at fremsende et underskrevet eksemplar af standardkontrakten og bekræfte, at denne accepterede alle vilkår heri. Skrivelsen indeholdt følgende to afsnit sidst i punkt A:

»Kan De bekræfte, at De accepterer vilkårene i standardkontrakten og de tilhørende bilag? Kan De i givet fald bekræfte, at [forbeholdene] udelukkende er af vejledende karakter og ikke skal anses for kontraktvilkår? Kan De fremsende et eksemplar af standardkontrakten, der er paraferet på hver side og underskrevet af en af Deres medarbejdere, der har bemyndigelse hertil?

Såfremt De ikke bekræfter, at De accepterer kontraktvilkårene, vil [buddet] blive afvist uden yderligere vurdering.«

19 I originaleksemplaret af den skrivelse, der var rettet til sagsøgeren, var udtrykket »afvist uden yderligere vurdering« fremhævet.

20 Skrivelsen fra R. indeholdt også et punkt B med overskriften »Udelukkelseskriterier« og et punkt C med overskriften »Teknisk og faglig kapacitet«. Spørgsmålene i de to afsnit i skrivelsen fulgte efter denne indledning, der var skrevet med fed skrift:

»Med forbehold af Deres bekræftelse af, at De accepterer de ovenfor nævnte kontraktvilkår, bedes De besvare følgende spørgsmål […]«

21 B., der er underdirektør i det sagsøgende selskab, svarede på denne skrivelse ved skrivelse af 26. november 2009. Han anførte i dette svar, at forbeholdene burde tages i betragtning og danne grundlag for forhandlinger mellem sagsøgeren og fællesforetagendet, eftersom de økonomiske betingelser i buddet var knyttet til disse forbehold. Han tilføjede, at han under en telefonsamtale, der fandt sted den 23. november 2009, havde forstået, at fællesforetagendet mente, at standardkontrakten skulle accepteres, før buddet kunne blive bedømt. Han gjorde dog gældende, at punkt 4.1 i udbudsbetingelserne (jf. præmis 13 ovenfor) ikke indeholdt nogen ufravigelig bestemmelse, men tillagde fællesforetagendet en skønsbeføjelse. Han opfordrede derfor fællesforetagendet til på ny at overveje sin fortolkning af punkt 4.1 i udbudsbetingelserne og til at antage buddet med de anførte forbehold. Han forklarede desuden, hvorfor selskabet havde taget disse forbehold. Svarskrivelsen indeholdt også sagsøgerens svar på de spørgsmål, der blev stillet i punkt B og C i skrivelsen af 19. november 2009 (jf. præmis 20 ovenfor).

22 Sagsøgeren var i telefonisk kontakt med fællesforetagendet både under og efter denne skriftveksling.

23 Ved skrivelse af 26. februar 2010 fastholdt V., der er administrerende direktør for det sagsøgende selskab, de pågældende forbehold og opfordrede fællesforetagendet til at tage stilling til dem. I denne skrivelse gjorde det sagsøgte selskabs administrerende direktør også fællesforetagendet opmærksom på, at en af dets konkurrenter muligvis befandt sig i en interessekonflikt.

24 Sagsøgeren redegjorde på ny for sin holdning på et møde med fællesforetagendet den 25. marts 2010.

25 Ved skrivelse af 13. april 2010 svarede lederen af kontoret for kontrakter og offentlige indkøb på skrivelserne af 26. november 2009 (jf. præmis 21 ovenfor) og 26. februar 2010 (jf. præmis 23 ovenfor). Lederen af fællesforetagendets indkøbsafdeling oplyste ved denne lejlighed, at fællesforetagendet ville undersøge sagsøgerens påstande om en interessekonflikt. Denne skrivelse indeholdt også følgende passage:

»Hvad angår det udbud, som De henviser til […], bedes De bemærke, at vurderingsprocessen er i gang, og at [fællesforetagendet] derfor ikke kan komme med yderligere oplysninger herom. Vi er dog overbevist om, at dialogen mellem [fællesforetagendets] kontor for kontrakter og offentlige indkøb og Nexans har bidraget til at klarlægge de generelle betingelser og de begrænsninger, der gælder for udbudsprocedurer. I den forbindelse skal vi som svar på Deres skrivelse af 26. november 2009 understrege, at denne skrivelse blev sendt af Nexans som svar på [fællesforetagendets] anmodning om uddybende oplysninger. Da Nexans angav de nødvendige præciseringer i denne skrivelse, behøvede fællesforetagendet ikke at svare på den i forbindelse med vurderingen.«

26 I en skrivelse af 16. april 2010 til lederen af fællesforetagendets kontor for kontrakter og offentlige indkøb bekræftede det sagsøgende selskabs underdirektør, at der efter hans opfattelse forelå en interessekonflikt, eftersom en person, der var ansat hos Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (Italiens nationale agentur for ny teknologi, energi og bæredygtig økonomisk udvikling, herefter »ENEA«), var medlem af fællesforetagendets bestyrelse. I denne skrivelse blev det også oplyst, at der kunne forekomme misbrug af fortrolige oplysninger om sagsøgeren og krænkelse af dennes intellektuelle ejendomsrettigheder.

27 I to rapporter, som den 25. marts og 6. april 2010 blev sendt til henholdsvis fællesforetagendets direktør og dets forretningsudvalg, der er nedsat i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 122, foreslog det udvalg, der skulle bedømme buddene, at buddet blev afvist, og at kontrakten blev tildelt et konsortium ved navn Italian Consortium for Applied Superconductivity (ICAS) (herefter »ICAS-konsortiet«), som var den eneste anden tilbudsgiver, og som bestod af ENEA, Tratos Cavi SpA og Criotec Impianti Srl.

28 Bedømmelsesudvalget fremsatte følgende bemærkninger om buddet. For det første var tro og love-erklæringen om udelukkelseskriterierne ikke komplet. For det andet havde sagsøgeren ikke fremsendt et underskrevet eksemplar af standardkontrakten og i stedet taget en række forbehold om kontraktklausulerne vedrørende leveringskalenderen, de tekniske og økonomiske betingelser samt rækkevidden af den garanti, kontrahenten skulle give. For det tredje fastholdt sagsøgeren sine forbehold i svaret på en anmodning om uddybende oplysninger og fremlagde supplerende information vedrørende udelukkelseskriterierne, hvoraf det fremgår, at sagsøgeren i 2007 blev kendt skyldig i en overtrædelse af konkurrencereglerne, der fandt sted i 2001. Bedømmelsesudvalget foreslog på dette grundlag, at buddet blev afvist, uden at det var nødvendigt at tage stilling til udelukkelseskriterierne, eftersom sagsøgeren fastholdt sine forbehold, og disse var uforenelige med en række væsentlige krav i udbudsbetingelserne, standardkontrakten og de tekniske specifikationer.

29 Det var som følge heraf kun ICAS-konsortiets bud, der blev bedømt. Da konsortiet var den eneste ansøger, der kunne komme i betragtning, blev der efter anmodning fra fællesforetagendet indledt forhandlinger på grundlag af gennemførelsesforordningens artikel 139, stk. 6.

30 På det 21. møde den 19. og 20. maj 2010 i fællesforetagendets forretningsudvalg, der var blevet hørt i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 124, fordi kontrakten havde en værdi på over 1 mio. EUR, bekræftede dette udvalg, at tildelingsproceduren var forløbet forskriftsmæssigt.

31 Den 8. juli 2010 traf fællesforetagendets direktør beslutning om at afvise buddet (herefter »beslutningen om afslag«) og tildele kontrakten til ICAS-konsortiet (herefter »beslutningen om tildeling«).

32 Ved skrivelse af 16. juli 2010 underrettede R. sagsøgeren om, at buddet var blevet afvist i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4, fordi sagsøgeren havde nægtet at underskrive et eksemplar af standardkontrakten og taget en række forbehold, og at buddet derfor ikke opfyldte »væsentlige betingelser« i udbudsbetingelserne. I denne skrivelse blev sagsøgeren også gjort opmærksom på beslutningen om tildeling. ICAS-konsortiet blev i øvrigt underrettet om beslutningen om tildeling den samme dag.

33 Den 23. juli 2010 skrev det sagsøgende selskabs underdirektør til fællesforetagendet for at bede det om at tilbagekalde beslutningen om tildeling og beslutningen om afslag (herefter »de anfægtede beslutninger«) og genåbne udbudsproceduren. Fællesforetagendet blev desuden advaret om, at det kunne blive sigtet for ulovlig videregivelse af fortrolige oplysninger.

34 Lederen af fællesforetagendets kontor for kontrakter og offentlige indkøb svarede på denne skrivelse den 3. august 2010.

Retsforhandlingerne og parternes påstande

35 Sagsøgeren anlagde denne sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 18. september 2010.

36 Sagsøgeren indgav ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor samme dag en begæring om udsættelse af gennemførelsen af de anfægtede beslutninger.

37 Ved skrivelse registreret på Rettens Justitskontor den 5. oktober 2010 underrettede fællesforetagendet Retten om, at det havde indledt en intern undersøgelse af den interessekonflikt, der blev påberåbt i stævningen, og begærede sagen udsat i afventning af resultatet af denne undersøgelse.

38 Sagsøgerens begæring om foreløbige forholdsregler blev afslået ved kendelse afsagt af Rettens præsident den 15. oktober 2010, og afgørelsen om sagens omkostninger blev udsat.

39 Sagsøgeren indvilgede ved skrivelse af 27. oktober 2010 i den påtænkte udsættelse af sagen.

40 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 19. november 2010 blev proceduren i den forelæggende sag udsat indtil den 15. december 2010 i medfør af artikel 77, litra d), i Rettens procesreglement.

41 I forbindelse med den interne undersøgelse, der er nævnt i præmis 37 ovenfor, blev sagsøgeren og ICAS-konsortiet opfordret til at fremsætte bemærkninger. Fællesforetagendet udarbejdede herefter en rapport, der blev forelagt for fællesforetagendets direktør den 29. november 2010. Fællesforetagendets direktør besluttede på grundlag af denne rapport at fastholde de anfægtede beslutninger. Den 9. december 2010 blev der som følge heraf indgået en kontrakt med ICAS-konsortiet, hvilket sagsøgeren blev underrettet om samme dag. Undersøgelsesrapporten blev fremsendt til sagsøgeren den 18. januar 2011.

42 Ved skrivelse registreret på Rettens Justitskontor den 12. april 2011 anmodede sagsøgeren med henblik på sagens tilrettelæggelse Retten om at pålægge fællesforetagendet at fremlægge ICAS-konsortiets tekniske og økonomiske bud og den kontrakt, der blev indgået med dette konsortium den 9. december 2010 (eventuelt i en ikke-fortrolig udgave).

43 Ved skrivelse registreret på Rettens Justitskontor den 17. maj 2011 anmodede fællesforetagendet Retten om ikke at tage denne begæring til følge. Det fremlagde imidlertid en ikke-fortrolig udgave af den kontrakt, der var indgået med ICAS-konsortiet, samt bilag B til denne kontrakt, der indeholdt leveringskalenderen.

44 På grundlag af den refererende dommers rapport besluttede Retten (Første Afdeling) at indlede den mundtlige forhandling og stillede som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 64 parterne visse skriftlige spørgsmål, som de besvarede inden for den fastsatte frist.

45 Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede spørgsmål fra Retten i retsmødet den 27. november 2012.

46 Sagsøgeren har i det væsentlige nedlagt følgende påstande:

— De anfægtede beslutninger annulleres.

— Samtlige kontrakter, der er indgået efterfølgende, annulleres.

— Fællesforetagendet tilpligtes at betale sagsøgeren en erstatning på 175 453 EUR (med forbehold for ændringer) med tillæg af renter til dækning af det tab, som sagsøgeren mener at have lidt.

— Subsidiært tilpligtes fællesforetagendet for det tilfælde, at der ikke vil kunne afholdes en ny udbudsrunde, at betale sagsøgeren en erstatning på 50 175 453 EUR (med forbehold for ændringer) med tillæg af renter til dækning af det tab, som sagsøgeren mener at have lidt.

— Fællesforetagendet tilpligtes at betale sagens omkostninger.

47 Fællesforetagendet har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

1. *Annullationspåstandene*

Formaliteten med hensyn til annullationspåstandene

Formaliteten med hensyn til sagsøgerens anden påstand

48 Med den anden påstand har sagsøgeren ud over de anfægtede beslutninger begæret »[s]amtlige kontrakter, som sagsøgte har indgået [efterfølgende]«, annulleret.

49 Efter artikel 21, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, der i medfør af artikel 53, stk. 1, i samme statut og artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement finder anvendelse på Retten, skal en stævning angive søgsmålets genstand. Disse angivelser skal være tilstrækkeligt præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og Retten kan udøve sin domstolskontrol (jf. Rettens dom af 17.10.2012, sag T-447/10, Evropaïki Dynamiki mod Domstolen, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).

50 I den foreliggende sag har sagsøgeren dog ikke angivet, hvilke beslutninger – ud over de anfægtede beslutninger – der er omfattet af dennes påstand om annullation. En sådan påstand er ikke tilstrækkeligt præcis til, at det er muligt at vurdere dens rækkevidde, og den bør derfor afvises (jf. i

denne retning dommen i sagen Evropaïki Dynamiki mod Domstolen, nævnt ovenfor i præmis 49, præmis 25-28, og Rettens kendelse af 24.10.2012, sag T-442/11, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, præmis 92 og den deri nævnte retspraksis).

Sagsøgerens kompetence til at anlægge sag til prøvelse af beslutningen om tildeling

51 Fællesforetagendet har gjort gældende, at det var nødt til at afvise buddet, fordi det ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Det mener ikke, at sagsøgeren under disse omstændigheder har nogen interesse i at anfægte beslutningen om tildeling. Sagen bør derfor afvises for så vidt angår den sidstnævnte beslutning.

52 Sagsøgeren har med henvisning til kendelse afsagt af Rettens præsident den 20. juli 2006, Globe mod Kommissionen (sag T-114/06 R, Sml. II, s. 2627, præmis 30 ff.), gjort gældende, at en ansøger, der er blevet forbigået under en udbudsprocedure, stadig vil være umiddelbart og individuelt berørt af den beslutning, hvorved kontrakten tildeles en anden ansøger. Sagsøgeren mener derfor at være berettiget til at begære beslutningen om tildeling annulleret.

53 I henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF, der ifølge artikel 106a EA finder anvendelse på den foreliggende tvist, kan enhver fysisk eller juridisk person indbringe klage med henblik på prøvelse af retsakter, der er rettet til vedkommende, eller som berører denne umiddelbart og individuelt. Eftersom det er ubestridt, at beslutningen om tildeling er rettet til ICAS-konsortiet og ikke til sagsøgeren, skal det efterprøves, om sagsøgeren er umiddelbart og individuelt berørt af denne beslutning.

54 Det fremgår herved af fast retspraksis, at en fysisk eller juridisk person ikke kan anses for at være umiddelbart berørt af en retsakt som omhandlet i artikel 263, stk. 4, TEUF, medmindre den umiddelbart har indvirkning på den pågældendes retsstilling (jf. i denne retning Domstolens dom af 5.5.1998, sag C-386/96 P, Dreyfus mod Kommissionen, Sml. I, s. 2309, præmis 43 og 45, og Rettens dom af 26.9.2000, sag T-80/97, Starway mod Rådet, Sml. II, s. 3099, præmis 61).

55 Det er dog flere gange blevet fastslået, at når en bydendes bud afvises inden det trin, som går forud for beslutningen om tildeling af kontrakten, således at det ikke sammenlignes med de andre bud, er det en betingelse for at antage den omhandlede bydendes søgsmål til prøvelse af beslutningen om tildeling af kontrakten til realitetsbehandling, at beslutningen om afvisning af hans bud annulleres (Rettens dom af 13.9.2011, sag T-8/09, Dredging International og Ondernemingen Jan de Nul mod EMSA, Sml. II, s. 6123, præmis 134 og 135, og af 22.5.2012, sag T-17/09, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen (EU:T:2012:243, præmis 118 og 119)).

56 Det er således kun, hvis sidstnævnte beslutning annulleres, at beslutningen om tildeling af kontrakten umiddelbart kan påvirke retsstillingen for den bydende, hvis bud er blevet afvist inden det trin, som går forud for beslutningen om tildeling af kontrakten. Når påstanden om annullation af beslutningen om at afvise buddet afvises, kan beslutningen om at tildele kontrakten derimod ikke have retsvirkninger for den bydende, hvis bud er blevet afvist inden det trin, som går forud for beslutningen om tildeling. I dette tilfælde er beslutningen om at afvise buddet til hinder for, at den pågældende bydende berøres umiddelbart af den beslutning, hvorved kontrakten tildeles en anden bydende.

57 Når en ansøgers bud, som det er sket i det foreliggende tilfælde, afvises, fordi det ikke opfylder de væsentlige krav i udbudsbetingelserne, er ansøgeren således nødt til at godtgøre, at det var en fejl, at buddet blev afvist af denne grund, for at kunne vise, at det burde have været sammenlignet med de øvrige tilbudsgiveres bud, og at beslutningen om at tildele kontrakten til en anden ansøger derfor har umiddelbar indvirkning på ansøgerens retsstilling.

58 Spørgsmålet om, hvorvidt påstanden om annullation af beslutningen om tildeling kan antages til realitetsbehandling, afhænger derfor i det foreliggende tilfælde af, om det lykkes for sagsøgeren at få beslutningen om afslag annulleret. De argumenter, der vedrører lovligheden af beslutningen om afslag, skal som følge heraf undersøges først.

Realiteten med hensyn til påstanden om annullation af beslutningen om afslag

Indledende betragtninger

59 Sagsøgeren har fremført fire anbringender til støtte for sine annullationspåstande, der er rettet mod såvel beslutningen om afslag som beslutningen om tildeling. Det første anbringende, der er delt i tre led, vedrører tilsidesættelse af henholdsvis retssikkerhedsprincippet om beskyttelse af den berettigede forventning og gennemsigtighedsprincippet. Det andet anbringende, der består af fire led, omhandler tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og princippet om ligebehandling af ansøgere under udbudsproceduren. Det tredje anbringende vedrører tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik og af artikel 84 og 94 i fællesforetagendets finansforordning. Med det fjerde anbringende har sagsøgeren endelig gjort gældende, at der er begået en retlig fejl ved anvendelsen af gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4.

60 Det bemærkes, at fællesforetagendet afviste buddet forud for den sammenlignende fase, fordi det ikke opfyldte de betingelser i udbudsmaterialet, der gjaldt for tilbudsgiverne. Det andet anbringendes tredje led, hvorefter ICAS-konsortiet har nydt gavn af oplysninger til egen fordel, har således ingen betydning for lovligheden af beslutningen om afslag.

61 Formålet med sagsøgerens argumentation er i det væsentlige at rejse tvivl om lovligheden af de betingelser, som tilbudsgiverne blev pålagt i udbudsmaterialet, og som fællesforetagendet bedømte buddet ud fra.

62 Retten finder det derfor for det første relevant at undersøge alle de argumenter, der er fremført vedrørende mangler i udbudsmaterialet i forbindelse med det første anbringendes første og tredje led, det andet anbringendes første og andet led samt det tredje og fjerde anbringende.

63 Selv om det antages, at de betingelser, der blev stillet i forbindelse med udbuddet, var lovlige, mener sagsøgeren endvidere ikke, at fællesforetagendet havde ret til at afvise buddet inden den fase, hvor buddene skulle sammenlignes efter deres fortjeneste.

64 Retten finder det for det andet hensigtsmæssigt at undersøge de argumenter om anvendelsen af betingelserne i udbudsmaterialet, som sagsøgeren har fremført i forbindelse med det første anbringende, det andet anbringendes andet og fjerde led samt det tredje og fjerde anbringende.

65 Retten vil for det tredje efterprøve de påstande om tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, som sagsøgeren har fremført i forbindelse med det første anbringendes andet led.

Udbudsmaterialets lovlighed

66 Den kritik, som sagsøgeren har rettet mod udbudsmaterialet, tager udgangspunkt i tre sæt argumenter. I forbindelse med det første anbringendes første og tredje led samt det fjerde anbringende har sagsøgeren for det første kritiseret fællesforetagendet for ikke at have formuleret udbudsmaterialet tilstrækkeligt præcist og for dermed at have forhindret sagsøgeren i at få et nøjagtigt kendskab til omfanget af de forpligtelser, der påhvilede selskabet, hvilket var i strid med retssikkerhedsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. For det andet har sagsøgeren i forbindelse med det andet anbringendes

første led påberåbt sig, at udbudsbetingelserne og de tekniske specifikationer var retsstridige, eftersom leveringsfristerne var fastsat på en sådan måde, at det kun var muligt for ICAS-konsortiet at overholde dem. I forbindelse med det tredje anbringende har sagsøgeren desuden anført, at det stred mod princippet om god forvaltningsskik at fastsætte denne leveringskalender. For det tredje har sagsøgeren i forbindelse med det andet anbringendes andet led kritiseret fællesforetagendet for at have givet ENEA mulighed for at påvirke udbudsbetingelserne til egen fordel, hvilket betød, at der forelå en interessekonflikt.

– Klarheden i de regler, der gjaldt for udbudsproceduren

67 I forbindelse med det første anbringendes første og tredje led har sagsøgeren kritiseret fællesforetagendet for ikke at have formuleret udbudsmaterialet tilstrækkeligt præcist og for dermed at have forhindret sagsøgeren i at få et nøjagtigt kendskab til omfanget af de forpligtelser, der påhvilede denne, hvilket var i strid med retssikkerhedsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Sagsøgeren har gentaget denne kritik i sin argumentation vedrørende det fjerde anbringende.

68 Sagsøgeren hævder i den forbindelse, at det ikke var præciseret i udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne var forpligtet til at acceptere standardkontrakten og ikke havde mulighed for at foreslå ændringer af denne kontrakt. Det fremgik heller ikke af den skrivelse, som fællesforetagendet sendte til sagsøgeren den 19. november 2009 (jf. præmis 18 ovenfor), at forbeholdene uvægerligt ville resultere i, at buddet blev afvist. Fællesforetagendet oplyste kun, at det kunne blive afvist. Fællesforetagendet henviste ikke til gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4, på noget tidspunkt, inden beslutningen om afslag blev truffet. Sagsøgeren mener derfor ikke, at det med rimelighed kunne forventes, at fællesforetagendet ville anvende denne bestemmelse i det foreliggende tilfælde, eller at de »generelle betingelser«, der var nævnt i udbudsbetingelserne, var »væsentlige betingelser« som omhandlet i denne bestemmelse. Der var heller ingen grund til at tro, at det var en »væsentlig betingelse« som omhandlet i gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4, at leveringskalenderen blev overholdt. Sagsøgeren mener under disse omstændigheder, at fællesforetagendet har tilsidesat retssikkerhedsprincippet.

69 Sagsøgeren mener videre, at fællesforetagendet i henhold til punkt 4.1 i udbudsbetingelserne kunne tage stilling til, om ændringer af standardkontrakten, der blev foreslået af en tilbudsgiver, kunne godtages. Fællesforetagendet havde således ikke en bunden kompetence, men en skønsbeføjelse. Fællesforetagendet lod dog på intet tidspunkt sagsøgeren forstå, at det fortolkede rækkevidden af punkt 4.1 i udbudsbetingelserne anderledes. Fællesforetagendet undlod tværtimod at fortælle, hvilket retsgrundlag beslutningen om afslag var baseret på. Det har således tilsidesat gennemsigtighedsprincippet.

70 Fællesforetagendet har anfægtet disse påstande.

71 Retssikkerhedsprincippet kræver, at de berørte gives mulighed for at få et nøjagtigt kendskab til omfanget af de forpligtelser, der pålægges dem (Domstolens dom af 10.3.2009, sag C-345/06, Heinrich, Sml. I, s. 1659, præmis 44, og af 8.7.2010, sag C-343/09, Afton Chemical, Sml. I, s. 7027, præmis 79). Gennemsigtighedsprincippet er et generelt princip, som fællesforetagendet ifølge artikel 79 i dets finansforordning skal respektere ved indgåelse af offentlige kontrakter, og som indebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at det på den ene side gøres muligt for alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige bydende at forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde, og at der på den anden side gives den ordregivende myndighed mulighed for effektivt at efterprøve, om de afgivne bud opfylder de kriterier, der regulerer den pågældende kontrakt (Domstolens dom af 18.6.2002, sag C-92/00, HI, Sml. I, s. 5553, præmis 45, og af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 109-111, samt Rettens dom af 12.3.2008, sag T-332/03, European Service Network mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 126 og 127).

72 Det skal således først undersøges, om udbudsmaterialet opfylder de ovenfor nævnte krav. Sagsøgerens kritik kan i den forbindelse sammenfattes til to klagepunkter. Sagsøgeren mener for det første ikke, at det var indlysende, at tilbudsgiverne var forpligtet til at acceptere standardkontrakten og leveringskalenderen. Det var for det andet heller ikke indlysende, at tilbudsgiverens bud uden videre ville blive afvist, hvis denne nægtede at efterkomme denne forpligtelse.

73 Hvad angår det første klagepunkt er det tilstrækkeligt at henvise til punkt 4.1, første afsnit, i udbudsbetingelserne (jf. præmis 13 ovenfor), der har følgende ordlyd:

»Tilbudsgiveren accepterer ved afgivelse af bud alle vilkår i standardkontrakten og de tilhørende bilag, herunder de [tekniske specifikationer] og de [administrative specifikationer], og afstår fra at stille egne generelle eller særlige betingelser.«

74 Det fremgår klart og tydeligt af dette vilkår i udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne var forpligtet til at acceptere standardkontrakten og leveringskalenderen (der indgår i de tekniske specifikationer), og at de under ingen omstændigheder havde ret til at fastsætte deres egne klausuler.

75 Det fremgår i øvrigt af punkt 3.1 og 13.1.1 i udbudsbetingelserne (jf. præmis 12 og 15 ovenfor), at leveringskalenderen skal overholdes. Med hensyn til accepten af standardkontrakten præciseres det i afsnit 6 i udbudsbetingelserne, at denne kontrakt, der udgør bilag 1 til udbudsbetingelserne, finder anvendelse på udbudsproceduren, og at vilkårene heri er en integrerende del af udbudsbetingelserne (jf. præmis 14 ovenfor).

76 Det præciseres desuden i punkt 4.1, tredje afsnit, i udbudsbetingelserne, at de betingelser, der er indeholdt i hele dette punkt, herunder betingelsen om, at standardkontrakten og leveringskalenderen skal accepteres, er »betingelserne for afgivelse af bud«, og at der med andre ord er tale om de »betingelser, som tilbudsgiverne skal opfylde, når de udarbejder og indgiver deres bud, for at disse bud kan antages«. Det præciseres ligeledes i punkt 4.1, fjerde afsnit, at »tilbudsgiverne udelukkende vil blive bedømt ud fra indholdet af deres skriftlige bud«, og at de derfor »skal […] gøre det klart [i deres bud], at de vil kunne overholde kravene i de [tekniske specifikationer] og de [administrative specifikationer]«.

77 Under retsmødet udtalte sagsøgeren, at det isoleret set kunne virke klart, hvad der mentes med disse vilkår, men at rækkevidden af de forpligtelser, der påhvilede tilbudsgiverne, var tvetydig, henset til den generelle opbygning af hele udbudsmaterialet. Sagsøgeren var dog ikke i stand til at pege på konkrete vilkår i udbudsbetingelserne eller i de øvrige udbudsdokumenter, som kunne give anledning til en sådan tvetydighed, og fremførte intet argument, der gav grundlag for at fastslå, at det ikke ville være klart for en sædvanligt påpasselig erhvervsdrivende, som læste vilkårene i udbudsmaterialet og navnlig dem, der er nævnt i præmis 73-76 ovenfor, at tilbudsgiverne var forpligtet til at acceptere standardkontrakten og leveringskalenderen, og at dette var en betingelse for, at deres bud overholdt kravene i udbudsbetingelserne.

78 Det følger heraf, at sagsøgerens første klagepunkt må forkastes som ugrundet.

79 Det bringer os videre til det andet klagepunkt vedrørende tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, hvor sagsøgeren hævder, at det ikke fremgik klart af udbudsbetingelserne, at bud, der ikke overholdt de krav, der er nævnt i præmis 77 ovenfor, ville blive afvist.

80 Det skal indledningsvis bemærkes, at den ordregivende myndighed, når denne i forbindelse med en udbudsprocedure fastsætter de betingelser, som tilbudsgiverne skal overholde, pålægger sig selv visse begrænsninger for udøvelsen af sit skøn og desuden ikke kan fravige de betingelser, den har fastsat i forhold til en tilbudsgiver, uden at tilsidesætte princippet om ligebehandling af ansøgere.

Udbudsbetingelserne skal derfor fortolkes efter princippet om selvpålagte begrænsninger og ligebehandling af ansøgere, når det afgøres, om sagsøgeren har ret i, at disse betingelser gav fællesforetagendet ret til at acceptere forbeholdene.

81 Det er også her tilstrækkeligt at henvise til punkt 4.1, andet afsnit, i udbudsbetingelserne, der lyder således:

»[Fællesforetagendet] kan i den forbindelse undlade at tage hensyn til ethvert forbehold og enhver klausul om ansvarsfraskrivelse, der optræder i buddet, og forbeholder sig ret til at afvise sådanne bud uden at gøre nærmere rede for, hvorfor de ikke opfylder udbudsbetingelserne.«

82 Det må konstateres, at dette vilkårs ordlyd er i åbenbar modstrid med den måde, sagsøgeren fortolker det på, nemlig at fællesforetagendet havde en skønsbeføjelse og mulighed for at tillade fravigelser fra kravene i punkt 4.1, første afsnit, i udbudsbetingelserne (jf. præmis 13 og 73 ovenfor). Punkt 4.1, andet afsnit, gav faktisk ikke fællesforetagendet mulighed for at tage hensyn til eventuelle ændringer af standardkontrakten og leveringskalenderen, men ret til at undlade at tage hensyn til eventuelle forslag om fravigelser og til at afvise alle bud, der ikke var forskriftsmæssige.

83 Det følger heraf, at fællesforetagendet i modsætning til det af sagsøgeren anførte ikke havde nogen skønsbeføjelse, som gav det mulighed for ikke at afvise et bud, der indeholdt fravigelser fra standardkontrakten og leveringskalenderen. Fællesforetagendets eneste skønsmargen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt det kunne se bort fra fravigelser, der skyldtes, at buddet ikke overholdt disse krav, eftersom det ellers var nødt til at afvise buddet.

84 Bestemmelsen i punkt 13.1.1 i udbudsbetingelserne (jf. præmis 15 ovenfor) om, at »buddet [vil] blive afvist, […] hvis det ikke overholder minimumskravene i de [administrative specifikationer] og de [tekniske specifikationer]«, var desuden endnu en advarsel om de konsekvenser, det ville have for tilbudsgiverne, hvis de ikke overholdt fristerne i leveringskalenderen.

85 Det er i øvrigt nævnt både i punkt 1 og i punkt 14 i udbudsbetingelserne, der er indeholdt i bilag A 2 til stævningen, at udbudsproceduren er omfattet af fællesforetagendets finansforordning og af gennemførelsesforordning. Det præciseres endvidere i punkt 4.2 i udbudsbetingelserne, at det pågældende udbud er et offentligt udbud som omhandlet i artikel 81, stk. 4, i fællesforetagendets finansforordning og gennemførelsesforordningens artikel 84. Sådanne udbud kendetegnes imidlertid ved, at den ordregivende myndighed ikke har mulighed for at forhandle med de forskellige tilbudsgivere, og at disse som nævnt i punkt 4.1, fjerde afsnit, i udbudsbetingelserne udelukkende bedømmes ud fra indholdet af deres skriftlige bud.

86 Det fremgik desuden udtrykkeligt af fællesforetagendets skrivelse af 19. november 2009 til sagsøgeren (jf. præmis 18 ovenfor), hvilken rækkevidde reglerne for udbuddet havde. Med hensyn til de forbehold, der var formuleret i buddet, anførte fællesforetagendet således følgende:

»Kan De bekræfte, at De accepterer vilkårene i standardkontrakten og de tilhørende bilag? Kan De i givet fald bekræfte, at [forbeholdene] udelukkende er af vejledende karakter og ikke skal anses for kontraktvilkår? Kan De fremsende et eksemplar af standardkontrakten, der er paraferet på hver side og underskrevet af en af Deres medarbejdere, der har bemyndigelse hertil?

Såfremt De ikke bekræfter, at De accepterer kontraktvilkårene, vil Deres bud blive afvist uden yderligere vurdering.«

87 De konsekvenser, som det ville have for sagsøgeren, hvis denne oplyste, at forbeholdene var af bindende karakter og ville blive fastholdt over for fællesforetagendet, blev også understreget af den omstændighed, at de spørgsmål, der blev stillet efterfølgende i den samme skrivelse, var betingede. Disse spørgsmål, der vedrørte udelukkelses- og udvælgelseskriterierne, blev indledt med følgende advarsel:

»Med forbehold af Deres bekræftelse af, at De accepterer de ovenfor nævnte kontraktvilkår, bedes De besvare følgende spørgsmål […]«

88 Sagsøgeren kan derfor ikke med rette gøre gældende, at fællesforetagendet med sin udformning af udbudsmaterialet eller sin adfærd under proceduren for indgåelse af den pågældende kontrakt har »undladt at fortælle«, hvilket retsgrundlag (gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4) beslutningen om afslag var baseret på.

89 Som det også bemærkes i præmis 85 ovenfor, kunne sagsøgeren ikke efter at have læst udbudsmaterialet være uvidende om, at det udbud, som denne deltog i, var omfattet af gennemførelsesforordningens, hvis artikel 120, stk. 4, har følgende ordlyd:

»Bud, der ikke overholder alle de væsentlige krav, der er beskrevet i udbudsmaterialet, eller de særlige krav, der er angivet i dette materiale, vil blive afvist.

Bedømmelsesudvalget eller [fællesforetagendet] kan anmode tilbudsgiverne om at fremlægge supplerende oplysninger eller præcisere dokumenter, som de har fremsendt sammen med buddet, inden for de frister, som de fastsætter.«

90 Sagsøgerens andet klagepunkt om, at tilbudsgiverne ikke kunne forudse med tilstrækkelig sikkerhed, at deres bud ville blive afvist, hvis de ikke opfyldte forpligtelsen om at overholde vilkårene i standardkontrakten og fristerne i leveringskalenderen, må derfor ligeledes forkastes som ugrundet.

91 Det følger således af det ovenfor anførte, at sagsøgeren ikke med rette kan gøre gældende, at det ikke fremgik klart af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne havde pligt til at acceptere den standardkontrakt og den leveringskalender, der var indeholdt i de tekniske specifikationer, og at bud, der ikke overholdt disse krav, ville blive afvist, og heller ikke med rette kan hævde, at disse betingelser ikke blev gjort tilstrækkeligt klart for denne. Sagsøgerens påstande om tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet og gennemsigtighedsprincippet kan som følge heraf ikke tages til følge.

– Spørgsmålet om, hvorvidt fristerne i leveringskalenderen var begrundet

92 Sagsøgeren har i forbindelse med det andet anbringendes første led og til støtte for det tredje anbringende gjort gældende, at udbudsbetingelserne og de tekniske specifikationer var retsstridige, fordi leveringsfristerne var fastsat på en sådan måde, at det kun var ICAS-konsortiet, der kunne overholde dem. Sagsøgeren mener således, at kravet om, at denne leveringskalender skulle overholdes, udgør en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, som udspringer af en interessekonflikt, og en tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik.

93 Sagsøgeren har i forbindelse med det andet anbringendes første led anført, at tidsfristerne i den leveringskalender, der var pålagt i de tekniske specifikationer, var urimeligt byrdefulde, eftersom virksomhederne var nødt til at have en passende produktionslinje på det tidspunkt, hvor kontrakten blev tildelt, for at have en chance for at vinde udbuddet. Det eneste formål med de uforholdsmæssigt korte frister var således at favorisere ansøgningen fra ICAS-konsortiet, som ENEA var medlem af, hvilket bekræftes af det forhold, at der ikke blev afgivet andre bud. De ni måneders forsinkelse, hvormed fællesforetagendets kontrakt med ICAS-konsortiet blev indgået, viser, at de foreskrevne frister ikke var sagligt begrundet.

94 I forbindelse med det tredje anbringende har sagsøgeren desuden gjort gældende, at fællesforetagendet ved at fastsætte leveringsfristerne således, at det kun var ICAS-konsortiet, der kunne vinde udbuddet, forspildte muligheden for at opnå mere fordelagtige bud end det, konsortiet havde afgivet. Leveringsfristerne blev derfor fastsat på en måde, der ikke bare var i strid med princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, men også med princippet om god forvaltningsskik.

95 Fællesforetagendet har anfægtet disse påstande.

96 Det må indledningsvis konstateres, som fællesforetagendet med rette har gjort gældende, at de argumenter, hvormed sagsøgeren har anfægtet lovligheden af udbudsbetingelserne om leveringsfrister, er uden betydning, eftersom beslutningen om afslag blev vedtaget, fordi det ikke var muligt at antage et bud, der indeholdt forbehold, og de forbehold, der var formuleret i buddet, ikke kun vedrørte leveringsfristerne.

97 Som det forklares i præmis 17 ovenfor, var anmodningen om fravigelse af de frister, der var fastsat i leveringskalenderen, kun et af de mange forbehold, der var formuleret i buddet. Sagsøgeren bad bl.a. også fællesforetagendet om at acceptere, at kontraktens ikrafttræden blev betinget af, at sagsøgeren havde opnået byggetilladelse, og udskudt, indtil denne tilladelse var opnået, nægtede at acceptere fastprisklausulen og krævede en lempelse af konventionalboden og en lempelse af sit erstatningsansvar. Sagsøgeren nægtede med andre ord at acceptere udbudsbetingelserne i den form, hvori fællesforetagendet havde fastsat dem, af årsager, som ikke havde noget at gøre med spørgsmålet om overholdelse af fristerne i leveringskalenderen, og som hver især udgjorde en fravigelse af vilkårene i standardkontrakten.

98 Selv om det antages, at sagsøgerens kritik af leveringskalenderen er berettiget, ændrer det under disse omstændigheder intet ved det forhold, at sagsøgeren nægtede at acceptere standardkontrakten, hvilket betød, at fællesforetagendet som beskrevet i præmis 71-91 ovenfor var nødt til at afvise buddet. Sagsøgerens ulovlighedsindsigelse, som er baseret på, at leveringskalenderen er diskriminerende og uforholdsmæssig, kan således ikke føre til, at påstanden om annullation af beslutningen om afslag tages til følge. Det følger heraf, at dette klagepunkt må forkastes som irrelevant.

99 Under alle omstændigheder er klagepunktet i øvrigt grundløst.

100 Ifølge retspraksis råder de ordregivende myndigheder over et vidt skøn med hensyn til de faktorer, der skal tages i betragtning, når der træffes beslutning om at indgå en offentlig kontrakt efter udbud. De har i den forbindelse også en vid skønsmargen ved vurderingen af såvel indholdet som gennemførelsen af de regler, som finder anvendelse ved indgåelse af en offentlig kontrakt efter udbud (jf. Rettens dom af 25.10.2012, sag T-216/09, Astrim og Elyo Italia mod Kommissionen, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

101 Det bemærkes ligeledes, at Rettens prøvelse i betragtning af det vide skøn, som den ordregivende myndighed råder over, skal begrænses til en kontrol af, om formforskrifterne og reglerne om begrundelse er blevet overholdt, om de faktiske omstændigheder, der er lagt til grund, er materielt rigtige, om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn, og om der er begået magtfordrejning (jf. i denne retning dommen i sagen Astrim og Elyo Italia mod Kommissionen, nævnt i præmis 100 ovenfor, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

102 Som sagsøgeren med rette har gjort gældende, har fællesforetagendet dog pligt til at overholde ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling. Som ordregivende myndighed er det i henhold til finansforordningens artikel 79 forpligtet til på alle stadier af en udbudsprocedure at sikre, at ligebehandlingsprincippet overholdes, og som følge heraf, at alle tilbudsgivere får lige muligheder. Princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, der har til formål at begunstige udviklingen af en sund og effektiv konkurrence mellem de virksomheder, der deltager i en procedure vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt, kræver desuden, at samtlige tilbudsgivere

gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle tilbudsgivere (Domstolens dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction, Sml. I, s. 7725, præmis 34, og dens dom i sagen Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, nævnt i præmis 71 ovenfor, præmis 108, samt Rettens dom af 19.3.2010, sag T-50/05, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, Sml. II, s. 1071, præmis 55 og 56).

103 I den foreliggende sag påstår sagsøgeren, at de betingelser, som alle ansøgere blev pålagt, var udformet med henblik på at favorisere ICAS-konsortiet, men ikke, at alle ansøgere ikke var omfattet af de samme betingelser. Sagsøgeren har til støtte for denne påstand gjort gældende, at virksomhederne var nødt til at råde over en passende produktionslinje for at have en chance for at vinde udbuddet, og at ICAS-konsortiet var den eneste ansøger, som afgav et bud, der overholdt fristerne i de tekniske specifikationer for udbuddet.

104 Det er for det første korrekt, at ICAS-konsortiets bud var det eneste, der kunne antages, men der er ikke belæg for påstanden om, at de foreskrevne frister betød, at virksomhederne var nødt til at råde over en passende produktionslinje for at kunne ansøge.

105 Fællesforetagendet har for det andet anført, at leveringsfristerne blev fastsat for at give det mulighed for at opfylde de forpligtelser, som det har påtaget sig over for ITER-organisationen, Rusland og Japan, og som er genstand for den foreliggende kontrakt (jf. præmis 6 og 7 ovenfor). Disse påstande understøttes af de tre berørte kontrakter og af den af ITER-organisationen foreskrevne tidsplan, der alle er vedlagt svarskriftet (bilag B 7, B 8, B 10 og B 31 – B 35). Fællesforetagendet må under disse omstændigheder anses for at have godtgjort, at fristerne i de tekniske specifikationer var sagligt begrundet og ikke havde til formål at favorisere en bestemt ansøgning.

106 Sagsøgerens modsatte argument om, at fællesforetagendet ved sin adfærd har vist, at det ikke var bundet af disse frister, eftersom det udskød underskrivelsen af kontrakten med ICAS-konsortiet med ni måneder, afvises dog på det kraftigste af fællesforetagendet. Fællesforetagendet gjorde under retsmødet gældende, at det ikke havde været muligt at indgå kontrakten i løbet af sommeren 2010, fordi medlemmerne af ICAS-konsortiet ikke var i stand til at fremsende de administrative og finansielle dokumenter, der var nødvendige for at indgå kontrakten. Det er desuden ubestridt, at fællesforetagendet som følge af de påstande om interessekonflikt, som sagsøgeren havde fremført direkte over for dette, inden den foreliggende sag blev anlagt, og som også indgår i denne sag, besluttede at udsætte beslutningen om tildeling og indlede en undersøgelse af disse påstande. Kontrakten blev dog underskrevet umiddelbart efter afslutningen af denne undersøgelse (jf. præmis 37 og 39-41 ovenfor).

107 For det tredje består den påståede tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik ifølge sagsøgeren i, at fællesforetagendet selv har forspildt muligheden for at opnå mere fordelagtige bud ved at vælge at fastsætte leveringskalenderen således, at det kun var ICAS-konsortiets ansøgning, der kunne komme i betragtning. Det fremgår imidlertid af det anførte, at fristerne i leveringskalenderen var sagligt begrundet i de internationale forpligtelser, som fællesforetagendet havde påtaget sig. Fællesforetagendet anlagde ikke et åbenbart urigtigt skøn, da det ved udøvelsen af den vide beføjelse, som det ifølge retspraksis har på området (jf. præmis 100 ovenfor), vurderede, at dets internationale forpligtelser vejede tungere end udsigten til at tiltrække flere ansøgninger, hvis leveringsfristerne havde været mere fleksible.

108 Det følger således heraf, at sagsøgeren ikke har formået at godtgøre, at fristerne i leveringskalenderen var fastsat med henblik på at favorisere ICAS-konsortiets ansøgning, eller at disse frister var uforholdsmæssige. Sagsøgerens klagepunkter om leveringskalenderens retsstridighed er således ikke relevante, og de er under alle omstændigheder grundløse og må forkastes.

– Spørgsmålet om, hvorvidt der bestod en interessekonflikt ved fastlæggelsen af betingelserne for tilbudsgiverne

109 Sagsøgeren har i forbindelse med det andet anbringendes andet led kritiseret fællesforetagendet for at have tilladt ENEA, der er repræsenteret i flere af fællesforetagendets organer og også er medlem af ICAS-konsortiet, at påvirke betingelserne for udbuddet til egen fordel, hvilket resulterede i en interessekonflikt.

110 M. og P., der var ansat hos ENEA og medlem af henholdsvis fællesforetagendets forretningsudvalg og bestyrelse, deltog ifølge sagsøgeren i tilrettelæggelsen af udbudsproceduren. De havde således mulighed for at påvirke fastlæggelsen af de betingelser, der gjaldt for ansøgerne, i en retning, der var gunstig for ENEA's ansøgning.

111 ENEA var desuden med til at designe TF-lederne til JT-60SA-projektet, og ENEA fik tilsendt de tekniske specifikationer til godkendelse, inden udbuddet blev iværksat.

112 Endelig fik en medarbejder hos ENEA adgang til oplysninger af fortrolig art om sagsøgeren under et besøg på Nexans' fabriksanlæg i Korea.

113 Fællesforetagendet har anfægtet disse påstande.

114 Det fremgår af retspraksis, at der foreligger en interessekonflikt, når en tilbudsgiver, selv uden at have dette til hensigt, har mulighed for at påvirke betingelserne for et udbud i en retning, der er gunstig for ham. Interessekonflikten står i den forbindelse i vejen for målet om at sikre ligebehandling af ansøgere og lige muligheder for tilbudsgivere (Domstolens dom af 3.3.2005, forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom, Sml. I, s. 1559, præmis 29 og 30, og Rettens dom af 17.3.2005, sag T-160/03, AFCon Management Consultants m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 981, præmis 74).

115 Det fremgår for det første af retspraksis, at begrebet interessekonflikt er af objektiv karakter og ikke kendetegnes ved de pågældendes hensigter eller gode tro (Domstolens dom af 10.7.2001, sag C-315/99 P, Ismeri Europa mod Revisionsretten, Sml. I, s. 5281, præmis 44-48).

116 Det skal for det andet bemærkes, at der ikke foreligger en ubetinget forpligtelse for de ordregivende myndigheder til systematisk at udelukke tilbudsgivere i tilfælde af en interessekonflikt, eftersom det ikke er begrundet at udelukke disse, når det er muligt at godtgøre, at denne konflikt ikke har haft indflydelse på deres handlemåde under udbudsproceduren og ikke har indebåret en reel risiko for, at der blev fulgt en praksis, som kunne fordreje konkurrencen mellem tilbudsgiverne (jf. i denne retning Fabricom-dommen, nævnt i præmis 114 ovenfor, præmis 33-36, samt Domstolens dom af 19.5.2009, sag C-538/07, Assitur, Sml. I, s. 4219, præmis 26-30, og af 23.12.2009, sag C-376/08, Serrantoni og Consorzio stabile edili, Sml. I, s. 12169, præmis 39 og 40).

117 For det tredje er det dog nødvendigt at udelukke en tilbudsgiver, når der forekommer en interessekonflikt, og der ikke findes et bedre middel til at undgå tilsidesættelser af princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og gennemsigtighedsprincippet (Rettens dom af 12.3.2008, sag T-345/03, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, Sml. II, s. 341, præmis 71 ff.; jf. i denne retning også Assitur-dommen, nævnt i præmis 116 ovenfor, præmis 21, og dommen i sagen Serrantoni og Consorzio stabile edili, nævnt i præmis 116 ovenfor, præmis 39 og 40).

118 Retten skal således på baggrund af ovenstående betragtninger efterprøve påstandene om, at der opstod en interessekonflikt, fordi ENEA, der via ICAS-konsortiet var en af tilbudsgiverne, var med til at udarbejde udbudsmaterialet og ifølge sagsøgeren bl.a. var med til at fastlægge de tekniske specifikationer, og at denne interessekonflikt var årsag til, at betingelserne i udbudsmaterialet var retsstridige, fordi de blev udformet med henblik på at favorisere dette konsortiums ansøgning.

119 Det bemærkes i denne henseende for det første, at fællesforetagendets påstande om, at de repræsentanter for ENEA, der har sæde i bestyrelsen og forretningsudvalget, ikke er medlemmer af disse organer i deres egenskab af repræsentanter for ENEA, ikke gør det muligt at udelukke, at der foreligger en interessekonflikt, som kan være i strid med princippet om ligebehandling af tilbudsgivere. Fællesforetagendet har således gjort gældende, at P., der er medlem af bestyrelsen, ikke repræsenterer ENEA, men Den Italienske Republik, og at M. ikke sidder i forretningsudvalget som repræsentant for ENEA, men som anerkendt ekspert i nuklear fusion. At disse sagkyndige personer ikke deltager i fællesforetagendets styrende organer, fordi de er ansat hos ENEA, er dog ikke i sig selv til hinder for, at de udnytter deres position i fællesforetagendet til at tjene det nationale italienske agenturs interesser og dermed giver anledning til en interessekonflikt.

120 Fællesforetagendets begrundelse kan derfor ikke godtages. Det skal i stedet undersøges, hvilken rolle disse ansatte hos ENEA og ENEA selv rent faktisk spillede i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsmaterialet og navnlig i forbindelse med fastlæggelsen af de tekniske specifikationer.

121 Fællesforetagendet har således for det andet præciseret, at hverken bestyrelsen eller forretningsudvalget medvirkede i udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Som svar på de skriftlige spørgsmål, der blev stillet til fællesforetagendet forud for retsmødet, kom det med en meget grundig beskrivelse af de forskellige faser i udarbejdelsen af det pågældende materiale. Sagsøgeren afholdt sig både før og under retsmødet fra at kritisere disse udtalelser fra fællesforetagendets side. Udtalelserne understøtter fællesforetagendets påstande om, at bestyrelsen og forretningsudvalget ikke havde noget som helst med udarbejdelsen af udbudsmaterialet at gøre. Sagsøgerens klagepunkt om, at ansatte hos ENEA optrådte i disse organer i fællesforetagendet, må derfor forkastes som ugrundet.

122 Hvad for det tredje angår sagsøgerens påstand, som fællesforetagendet har bekræftet, nemlig at ENEA fik tilsendt de tekniske specifikationer vedrørende TF-lederne til JT-60SA-projektet til godkendelse, inden udbuddet blev iværksat, skal det bemærkes, at Euratoms bidrag til JT-60SA-projektet skulle leveres af Den Italienske Republik og Den Franske Republik på Euratoms vegne, og at disse medlemsstaters nationale agenturer, dvs. henholdsvis ENEA og CEA, derfor blev hørt, da fællesforetagendet trådte i stedet for disse agenturer i forbindelse med indgåelsen af den omhandlede kontrakt.

123 Det fremgår dog af den forklaring, som fællesforetagendet afgav under retsmødet, og som sagsøgeren ikke har bestridt, at det ikke er bevist, at ENEA kunne have fordel af, at de tekniske specifikationer blev tilsendt forud for udbuddets iværksættelse, eller at ENEA kunne have påvirket fastlæggelsen af de tekniske specifikationer i en retning, der senere viste sig at være til gavn for dets interesser. Fællesforetagendet har således forklaret – uden at sagsøgeren har taget til genmæle heroverfor – at de tekniske specifikationer, som ENEA havde foreslået, alligevel ikke blev vedtaget. Det har desuden gjort gældende, hvilket sagsøgeren heller ikke har bestridt, at den viden, som ENEA måtte have fået forinden ved at have deltaget dels i udviklingen af prototyper i forbindelse med JT-60SA-projektet, dels i fastlæggelsen af de tekniske specifikationer, der endte med at blive vedtaget for dette projekt, ikke kunne have givet det en relativ fordel, eftersom de pågældende specifikationer kun havde betydning for kalibreringen og parametreringen af de anlæg, der skulle benyttes i forbindelse med montering af kabler og kapper, og ikke for arten af disse anlæg, og buddene kun blev bedømt ud fra, om ansøgerne var i besiddelse af de pågældende anlæg og i stand til at anvende dem.

124 Da sagsøgeren for det fjerde ikke har præciseret, hvordan de fortrolige oplysninger, som en ekspert fra ENEA fik adgang til under et besøg på Nexans' fabriksanlæg i Korea, kunne have påvirket udarbejdelsen af udbudsmaterialet, godtgør disse påstande ikke med tilstrækkelig sikkerhed, at dette materiale var retsstridigt.

125 Sagsøgeren har således ikke formået at bevise, at kravene i udbudsmaterialet blev fastsat under påvirkning af og til fordel for ENEA og ikke med rette kunne pålægges samtlige tilbudsgivere.

126 Påstandene om, at betingelserne i udbudsmaterialet var retsstridige, fordi der bestod en interessekonflikt, må som følge heraf forkastes som ugrundede.

127 Sagsøgeren har derfor ikke grund til at klage over, at buddet skulle overholde disse krav, for at fællesforetagendet kunne tage det i betragtning. Det skal herefter efterprøves, om fællesforetagendet havde ret i, at buddet ikke overholdt disse krav.

Lovligheden af beslutningen om afslag med hensyn til betingelserne i udbudsmaterialet

128 Sagsøgeren har fremført fem yderligere klagepunkter mod beslutningen om afslag med hensyn til betingelserne i udbudsmaterialet. For det første har sagsøgeren med det fjerde anbringende gjort gældende, at forpligtelsen til at acceptere standardkontrakten og overholde leveringskalenderen ikke kan anses for »væsentlige betingelser« som omhandlet i gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4. For det andet har sagsøgeren med det første anbringende kritiseret fællesforetagendet for, at det ikke forud for vedtagelsen af beslutningen om afslag underrettede sagsøgeren om sin fortolkning, hvorefter det så sig nødsaget til at afvise sagsøgerens bud, fordi det ikke var forskriftsmæssigt. For det tredje har sagsøgeren i forbindelse med det andet anbringendes fjerde led anført, at de alt for strenge krav til tilbudsgiverne har haft en negativ indvirkning på prisen i sagsøgerens bud. For det fjerde har sagsøgeren i forbindelse med det andet anbringendes andet led klaget over, at en medarbejder hos ENEA deltog i proceduren for bedømmelse af buddene. Endelig påstår sagsøgeren for det femte, at ENEA var i besiddelse af interne oplysninger om sagsøgeren.

– Anvendelsen af gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4

129 Sagsøgeren har i forbindelse med det fjerde anbringende anført, at de forbehold, som denne tog, vedrørte »generelle betingelser« i udbudsbetingelserne og ikke »væsentlige betingelser« som omhandlet i gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4. Sagsøgeren mener derfor, at fællesforetagendet har begået en retlig fejl ved at afvise sagsøgerens bud på grundlag af denne bestemmelse. Det var efter sagsøgerens opfattelse kun de betingelser, der blev betegnet som »væsentlige« i udbudsmaterialet, der kunne føre til anvendelse af gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4. Sagsøgeren mener videre, at fællesforetagendet ifølge punkt 4.1 i udbudsbetingelserne kunne have undladt at tage hensyn til forbeholdene i stedet for at afvise dennes bud.

130 Fællesforetagendet har anfægtet disse påstande.

131 Gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4, foreskriver som nævnt i præmis 89 ovenfor følgende:

»Bud, der ikke overholder alle de væsentlige krav, der er beskrevet i udbudsmaterialet, eller de særlige krav, der er angivet i dette materiale, vil blive afvist.

Bedømmelsesudvalget eller [fællesforetagendet] kan anmode tilbudsgiverne om at fremlægge supplerende oplysninger eller præcisere dokumenter, som de har fremsendt sammen med buddet, inden for de frister, som de fastsætter.«

132 Punkt 4.1, første og andet afsnit, i udbudsbetingelserne er i øvrigt som nævnt i præmis 73 og 81 ovenfor affattet således:

»Tilbudsgiveren accepterer ved afgivelse af bud alle vilkår i standardkontrakten og de tilhørende bilag, herunder de [tekniske specifikationer] og de [administrative specifikationer], og afstår fra at stille egne generelle eller særlige betingelser.

[Fællesforetagendet] kan i den forbindelse undlade at tage hensyn til ethvert forbehold og enhver klausul om ansvarsfraskrivelse, der optræder i buddet, og forbeholder sig ret til at afvise sådanne bud uden at gøre nærmere rede for, hvorfor de ikke opfylder udbudsbetingelserne.«

133 Den meget formalistiske fortolkning, som sagsøgeren har foreslået, og hvorefter det kun er de betingelser, der udtrykkeligt betegnes som »væsentlige« i udbudsmaterialet, der kan føre til anvendelse af gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4, kan ikke tiltrædes. Betingelser skal tværtimod anses for »væsentlige« i denne bestemmelses forstand, når det ved læsningen af et udbudsmateriale fremgår klart for en normalt opmærksom og påpasselig erhvervsdrivende, at disse betingelser er ufravigelige og ikke er af mindre betydning, henset til formålet med den omhandlede kontrakt eller de mål, der forfølges med bestemmelserne om offentlige kontrakter.

134 Som beskrevet i præmis 72-91 ovenfor, fremgår det klart af udbudsmaterialet, at betingelserne om, at standardkontrakten og leveringskalenderen skulle accepteres, var ufravigelige og skulle være opfyldt, for at tilbudsgivernes bud kunne gøres til genstand for vurdering.

135 Det er endvidere ubestridt, at hensigten med sagsøgerens forbehold var at anfægte disse betingelser, eftersom forbeholdene både var rettet mod et stort antal klausuler i standardkontrakten og mod leveringskalenderen (jf. præmis 17 ovenfor) og påvirkede kontraktens bestemmelser i væsentlig grad, herunder ikrafttrædelsesdatoen, leveringskalenderen, principperne for prisfastsættelsen og medkontrahentens ansvar.

136 Det er indlysende, at de forbehold, som sagsøgeren har taget, i kraft af deres betydning og de konsekvenser, som en tilsidesættelse af disse betingelser vil kunne få, må anses for »væsentlige betingelser« som omhandlet i gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4. I den forbindelse er den omstændighed, at de pågældende krav blev betegnet som »generelle betingelser« i udbudsbetingelserne, af de årsager, der er angivet i præmis 133 ovenfor, ikke til hinder for en sådan retlig kvalifikation.

137 Sagsøgeren kan derfor ikke med rette påstå, at fællesforetagendet ikke havde ret til at afvise buddet, eftersom gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4, hvorefter buddene kun ville blive afvist, hvis de ikke overholdt alle de væsentlige krav, der var beskrevet i udbudsmaterialet, ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde.

138 Sagsøgeren har imidlertid også gjort gældende, at selv om det antages, at forbeholdene vedrører væsentlige betingelser som omhandlet i gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4, var fællesforetagendet ikke forpligtet til at afvise dennes bud. Det kunne ifølge punkt 4.1 i udbudsbetingelserne have valgt ikke at tage hensyn til disse forbehold.

139 Dette argument er ikke relevant, eftersom buddet som fastslået i præmis 131-137 ovenfor med rette kunne afvises. En tilbudsgiver, som havde afgivet et bud, der ikke overholdt kravene i udbudsbetingelserne, kunne således ikke kræve, at buddet blev taget under behandling, under påberåbelse af punkt 4.1 i udbudsbetingelserne, uanset om fællesforetagendet også havde ret til at se bort fra de foreslåede fravigelser. Ifølge ordlyden af punkt 4.1, andet afsnit, i udbudsbetingelserne kan fællesforetagendet »undlade at tage hensyn til ethvert forbehold og enhver klausul om ansvarsfraskrivelse, der optræder i buddet«, og det forbeholder sig desuden »ret til at afvise sådanne bud uden at gøre nærmere rede for, hvorfor de ikke opfylder udbudsbetingelserne«. Som det blev fastslået i præmis 82 ovenfor, fremgår det af disse vilkår, at punkt 4.1, andet afsnit, ikke gav fællesforetagendet mulighed for at tage hensyn til eventuelle ændringer af standardkontrakten og leveringskalenderen, men ret til at undlade at tage hensyn til eventuelle forslag om fravigelser og til at afvise alle bud, der ikke var forskriftsmæssige.

140 Med hensyn til rigtigheden af dette argument skal det under alle omstændigheder bemærkes, at det fremgik af sagsøgerens bud, at forbeholdene både afveg fra klausulerne i standardkontrakten og fra leveringskalenderen, og at sagsøgeren selv mindst to gange skriftligt bekræftede (jf. præmis 21 og 23

ovenfor) som svar på fællesforetagendets anmodning om uddybende oplysninger (jf. præmis 18 ovenfor), at dennes forbehold var af bindende karakter. I betragtning af disse præciseringer kunne fællesforetagendet ikke længere vælge at se bort fra forbeholdene uden at gengive buddet forkert og uden i øvrigt at krænke princippet om ligebehandling af ansøgerne, som i en offentlig udbudsprocedure forudsætter, at de afgivne bud bedømmes objektivt og ikke omfortolkes efter den ordregivende myndigheds forgodtbefindende.

141 Fællesforetagendet kunne derfor ikke se bort fra de forbehold, som sagsøgeren havde taget, og var nødt til at afvise buddet uden at tage stilling til dets fortjeneste i henhold til bestemmelserne i punkt 4.1 i udbudsbetingelserne, sammenholdt med gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4.

142 Det følger heraf, at sagsøgerens klagepunkt om, at fællesforetagendet ikke kunne vedtage beslutningen om afslag uden at tilsidesætte gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4, må forkastes som irrelevant og i øvrigt under alle omstændigheder må forkastes som ugrundet.

– Klagepunktet om, at fællesforetagendet hverken underrettede sagsøgeren om sin fortolkning af rækkevidden af artikel 4.1 i udbudsbetingelserne eller sin hensigt om at afvise buddet på grundlag af gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4

143 I forbindelse med det første anbringende har sagsøgeren kritiseret fællesforetagendet for, at det ikke forud for vedtagelsen af beslutningen om afslag underrettede sagsøgeren om sin fortolkning, hvorefter det så sig nødsaget til at afvise sagsøgerens bud, fordi det ikke var forskriftsmæssigt. Sagsøgeren mener, at fællesforetagendet ved ikke at orientere sagsøgeren forhindrede denne i at tilpasse sit bud, anfægte indholdet af udbudsbetingelserne eller indbringe sagen for de administrative eller retslige myndigheder, før beslutningen om tildeling blev meddelt.

144 Fællesforetagendet har anfægtet denne argumentation.

145 For det første savner dette argument grundlag i de faktiske omstændigheder, eftersom fællesforetagendet i sin anmodning til denne om uddybende oplysninger (jf. præmis 18 ovenfor) oplyste, at »[s]åfremt [sagsøgeren] ikke [bekræftede], at [denne accepterede] kontraktvilkårene, [ville buddet] blive afvist uden yderligere vurdering«.

146 For det andet skal det for fuldstændighedens skyld bemærkes, at argumentet er irrelevant, eftersom der ikke foreligger nogen regel eller noget almindeligt princip om, at den ordregivende myndighed i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure skal underrette tilbudsgiveren om, at hans bud ikke overholder kravene i udbudsbetingelserne. Selv om fællesforetagendet ikke underrettede sagsøgeren om, at det mente, at forbeholdene gjorde buddet ikke-forskriftsmæssigt, havde den manglende underretning således ingen betydning for lovligheden af beslutningen om afslag.

147 Sagsøgerens klagepunkt om, at fællesforetagendet undlod at underrette denne om, at buddet kunne blive afvist på grund af forbeholdene, bør derfor forkastes, da det savner grundlag i de faktiske omstændigheder og i øvrigt er irrelevant.

– Klagepunktet om, at de uforholdsmæssige udbudsbetingelser forringede buddets kvalitet

148 Med det andet anbringendes fjerde led har sagsøgeren gjort gældende, at de alt for strenge krav til tilbudsgiverne havde en negativ indvirkning på prisen i sagsøgerens bud, eftersom produktionsomkostningerne blev øget uden grund.

149 Fællesforetagendet har anfægtet denne argumentation.

150 Eftersom buddet blev afvist uden vurdering, må dette argument anses for irrelevant og forkastes. Prisen og de øvrige elementer i buddet havde således ingen indvirkning på beslutningen om at afvise det.

151 Med hensyn til rigtigheden af dette argument har sagsøgeren under alle omstændigheder ikke godtgjort, at de krav, som fællesforetagendet stillede til tilbudsgiverne, var uforholdsmæssige.

152 For det første har sagsøgeren af de årsager, der er nævnt i præmis 96-108 ovenfor, ikke formået at bevise, at leveringskalenderen ikke hvilede på et sagligt grundlag.

153 For det andet har sagsøgeren slet ikke forklaret, hvorfor de krav – ud over leveringskalenderen – som denne tog forbehold over for, skulle være uforholdsmæssige.

154 Det er herefter ikke godtgjort, at der er sket nogen tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet. Sagsøgeren har derfor ikke grund til at klage over, at disse krav påvirkede buddets kvalitet.

155 Det følger heraf, at sagsøgerens klagepunkt om, at de uforholdsmæssige udbudsbetingelser forringede buddets kvalitet, må forkastes som irrelevant, og at det under alle omstændigheder, og i øvrigt, er ugrundet.

– Konsekvenserne af, at ansatte hos ENEA deltog i proceduren for bedømmelse af buddene

156 I forbindelse med det andet anbringendes andet led har sagsøgeren klaget over, at en ansat hos ENEA deltog i proceduren for bedømmelse af buddene. Som medlem af forretningsudvalget kunne M. således have haft afgørende indflydelse på beslutningen om at afvise buddet.

157 Fællesforetagendet har anfægtet denne argumentation.

158 Af de årsager, der også er nævnt i præmis 120 og 121 ovenfor, afhænger spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerens argument om, at de ansatte hos ENEA kunne udnytte deres position i fællesforetagendets bestyrelse og forretningsudvalg til at påvirke vedtagelsen af beslutningen om afslag, er korrekt, af den rolle, som disse organer rent faktisk spillede i forbindelse med vedtagelsen af denne beslutning.

159 Det fremgår imidlertid af fællesforetagendets udtalelser, som sagsøgeren ikke har bestridt, at de bud, der blev afgivet af sagsøgeren og af ICAS-konsortiet, blev bedømt af et bedømmelsesudvalg, som foreslog, at buddet blev afvist, fordi det ikke overholdt de væsentlige krav, der var fastsat i udbudsmaterialet. Det er desuden ubestridt, at ingen ansat hos ENEA var medlem af dette udvalg.

160 Det bemærkes indledningsvis, at tilstedeværelsen af en ansat hos ENEA i bestyrelsen ikke indvirkede på vedtagelsen af beslutningen om afslag, at bestyrelsen, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt, på intet tidspunkt blev inddraget i proceduren for udvælgelsen af buddene.

161 Det samme gælder for M.'s tilstedeværelse i forretningsudvalget, selv om dette udvalg blev hørt forud for vedtagelsen af de anfægtede beslutninger.

162 Det fremgår således af gennemførelsesforordningens artikel 124, stk. 2, at forretningsudvalget kun har kompetence til at tiltræde resultatet af den bedømmelse, som udvælgelsesudvalget har foretaget, og nærmere bestemt at bekræfte, at proceduren er forløbet korrekt. Det er i øvrigt ubestridt mellem parterne, at forretningsudvalget med hensyn til buddet nøjedes med at tiltræde bedømmelsesudvalgets bemærkninger om, at buddet ikke overholdt kravene i udbudsmaterialet. Som det fastslås i præmis 131-141 ovenfor, var fællesforetagendet dog nødt til at afvise buddet, fordi det ikke var forskriftsmæssigt. Henset til de særlige omstændigheder i den foreliggende sag havde forretningsudvalgets handling således ingen indvirkning på den beslutning, som fællesforetagendet havde pligt til at vedtage vedrørende buddet. Der forelå under disse omstændigheder ikke nogen

interessekonflikt som påstået af sagsøgeren med hensyn til tilstedeværelsen af et medlem af ENEA på det møde i forretningsudvalget, hvor udvalget bekræftede, at bedømmelsesproceduren var forskriftsmæssig, og det er ikke fornødent at tage stilling til, om de begrundelser, som fællesforetagendet har fremført om dette medlems passivitet på det pågældende møde, er korrekte.

163 Sagsøgerens klagepunkt om, at der bestod en interessekonflikt, fordi en ansat hos ENEA deltog i det møde, hvor forretningsudvalget vurderede, om proceduren for bedømmelse af buddene var forskriftsmæssig, må som følge heraf forkastes som ugrundet.

– Påstanden om, at ENEA var i besiddelse af interne oplysninger om sagsøgeren

164 Hvad angår sagsøgerens argument om, at en ansat hos ENEA i forbindelse med et besøg på vegne af ITER-organisationen kunne have fået adgang til oplysninger om et selskab i Nexans-koncernen, der var hjemmehørende i Korea, er det tilstrækkeligt at bemærke, at denne omstændighed, hvis den er korrekt, ikke har haft indvirkning på lovligheden af de forhold, som beslutningen om afslag var baseret på, og at dette klagepunkt som følge heraf må forkastes som irrelevant.

165 Det følger af det ovenfor anførte, at sagsøgeren med forbehold for nedenstående prøvelse af argumenterne om tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ikke har grund til at klage over, at fællesforetagendet afviste dennes bud.

Tilsidesættelsen af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning

166 Med det første anbringendes andet led har sagsøgeren påberåbt sig en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Sagsøgeren mener, at fællesforetagendet tilsidesatte dette princip ved flere gange at forsikre sagsøgeren om, at det ikke ville afvise dennes bud.

167 Sagsøgeren har herved påberåbt sig punkt 4.1 i udbudsbetingelserne, skrivelsen af 19. november 2009 (jf. præmis 18 ovenfor), de løfter, som sagsøgeren mener at have fået på mødet den 25. marts 2010 (se præmis 24 ovenfor), skrivelsen af 13. april 2010 (jf. præmis 25 ovenfor) samt den omstændighed, at fællesforetagendet efter sagsøgerens opfattelse bevidst »skabte usikkerhed i perioden fra november 2009 til maj 2010 ved ikke at gøre det klart, om buddet kunne antages«.

168 Fællesforetagendet har anfægtet disse påstande.

169 Princippet om beskyttelse af den berettigede forventning kan påberåbes, når en EU-myndighed har afgivet præcise, ubetingede og samstemmende løfter, der stammer fra pålidelige og troværdige kilder, over for parten, og disse løfter skal desuden være af en sådan art, at de er egnede til at skabe en berettiget forventning hos den, til hvem de er rettet, og de skal være i overensstemmelse med gældende regler (jf. Rettens dom af 8.5.2007, sag T-271/04, Citymo mod Kommissionen, Sml. II, s. 1375, præmis 108 og 138, og af 4.2.2009, sag T-145/06, Omya mod Kommissionen, Sml. II, s. 145, præmis 117 og den deri nævnte retspraksis).

170 Det må konstateres, at ingen af de tilkendegivelser fra fællesforetagendets side, som sagsøgeren har peget på, opfylder de ovenfor nævnte krav.

171 For det første er det allerede blevet fastslået, at punkt 4.1 i udbudsbetingelserne ikke støtter sagsøgerens antagelse, eftersom det præciseres heri, at buddene for at opfylde kontraktens formål skal stemme fuldstændig overens med standardkontrakten og leveringskalenderen. Det fremgår desuden klart af dette punkt, at fællesforetagendet har mulighed for at undlade at tage hensyn til ethvert forbehold og at afvise bud, der ikke er forskriftsmæssige. Sagsøgeren kan derfor ikke med rette gøre gældende, at punkt 4.1 i udbudsbetingelserne indeholdt et præcist løfte om, at buddet ville blive behandlet på trods af forbeholdene.

172 For det andet fik sagsøgeren i skrivelsen af 19. november 2009 (jf. præmis 18 ovenfor) klar besked om, at buddet kunne blive afvist, hvis forbeholdene var af bindende karakter. Det er åbenbart, at denne besked ikke udgjorde et præcist løfte om, at buddet ville blive behandlet til trods for forbeholdene.

173 Sagsøgeren har for det tredje ikke ført bevis for sin påstand om, at sagsøgeren fik sådanne løfter på mødet den 25. marts 2010. Fællesforetagendet har taget skarp afstand fra sagsøgerens påstande og fremlagt detaljerede vidneforklaringer fra sine ansatte. Sagsøgeren har under disse omstændigheder ikke løftet sin bevisbyrde i den foreliggende sag.

174 For det fjerde indeholdt skrivelsen af 13. april 2010 heller ingen løfter, der kunne give sagsøgeren anledning til at tro, at dennes bud ville blive bedømt. I denne skrivelse (jf. præmis 25 ovenfor) præciseredes det blot over for sagsøgeren, at bedømmelsesproceduren var i gang, at fællesforetagendet ikke havde mulighed for at fremlægge oplysninger om denne procedure, før den var afsluttet, og at sagsøgeren havde angivet de præciseringer, som denne var blevet anmodet om. De præciseringer, der er nævnt i denne skrivelse, er dem, som sagsøgeren kom med som svar på anmodningen til denne om uddybende oplysninger, som skulle klarlægge, om det var muligt at se bort fra de forbehold, der var formuleret i buddet (jf. præmis 18-21 ovenfor).

175 For det femte bemærkes det endelig, at selv om det antages, at fællesforetagendet som hævdet af sagsøgeren »skabte usikkerhed i perioden fra november 2009 til maj 2010 ved ikke at gøre det klart, om buddet kunne antages«, hvilket i øvrigt afkræftes af det ovenfor anførte, kan denne omstændighed i alle tilfælde ikke anses for at opfylde kravene i den retspraksis, der er nævnt i præmis 169 ovenfor, dvs. at der er afgivet præcise, ubetingede og samstemmende løfter.

176 Sagsøgeren kan således med rette gøre gældende, at beslutningen om afslag blev vedtaget i strid med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

177 Det følger således af det ovenfor anførte, at sagsøgeren ikke med rette kan begære beslutningen om afslag annulleret, og påstanden om annullation af denne beslutning skal forkastes.

Påstanden om annullation af beslutningen om tildeling

178 Det fremgår af betragtningerne i præmis 54-58 ovenfor, at sagsøgeren, eftersom påstanden om annullation af beslutningen om afslag forkastes, ikke har godtgjort, at denne er umiddelbart berørt af beslutningen om tildeling. Sagsøgeren har som følge heraf ikke kompetence til at anfægte denne beslutning, og påstanden om annullation af denne beslutning må derfor afvises.

2. *Erstatningspåstanden*

179 I henhold til artikel 9, stk. 2, i beslutning 2007/198 skal fællesforetagendet for så vidt angår ansvar uden for kontraktforhold i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, medlemsstaterne har til fælles, erstatte skader, som dets ansatte har forvoldt under udøvelsen af deres hverv. Fællesforetagendets ansvar uden for kontraktforhold forudsætter herved, at en række betingelser er opfyldt. Den adfærd, der lægges institutionerne til last, skal således være retsstridig, der skal foreligge et virkeligt tab, og der skal være en årsagssammenhæng mellem den påståede adfærd og det påberåbte tab (jf. analogt vedrørende Unionens og Euratoms erstatningsansvar Domstolens dom af 29.9.1982, sag 26/81, Oleifici Mediterranei mod EØF, Sml. s. 3057, præmis 16, og af 27.3.1990, sag C-308/87, Grifoni mod Kommissionen, Sml. I, s. 1203, præmis 6, samt Rettens dom af 11.7.1996, sag T-175/94, International Procurement Services mod Kommissionen, Sml. II, s. 729, præmis 44).

180 Når en af disse betingelser ikke er opfyldt, vil sagsøgte være at frifinde i det hele, uden at det er nødvendigt at undersøge, om de øvrige betingelser er opfyldt (Domstolens dom af 15.9.1994, sag C-146/91, KYDEP mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 4199, præmis 19 og 81, og Rettens dom af 20.2.2002, sag T-170/00, Förde-Reederei mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 515, præmis 37).

181 Med hensyn til betingelsen om, at der skal være begået en fejl, har sagsøgeren til støtte for erstatningspåstanden gjort gældende, at de anfægtede beslutninger var retsstridige.

182 Det fremgår dog af prøvelsen af sagsøgerens annullationspåstande, at sagsøgeren ikke med rette kan gøre gældende, at beslutningen om afslag var retsstridig. Den foreliggende erstatningspåstand skal derfor forkastes, for så vidt som det gøres gældende, at beslutningen om afslag var retsstridig.

183 Hvad angår det ansvar, som fællesforetagendet vil kunne pålægges som følge af beslutningen om tildeling, hvis lovlighed ikke er blevet vurderet i forbindelse med prøvelsen af sagsøgerens annullationspåstande, skal det først undersøges, om der findes en årsagssammenhæng mellem de tab, som sagsøgeren hævder at have lidt, og denne beslutning, og om disse tab er påvist og kan udløse en erstatning.

184 Det første tab, som sagsøgeren har påberåbt sig, vedrører de udgifter, som sagsøgeren måtte afholde for at deltage i udbudsproceduren. Det fremgår dog af prøvelsen af lovligheden af beslutningen om afslag, at sagsøgeren ikke havde nogen udsigt til at få tildelt kontrakten, fordi buddet måtte afvises uden vurdering. Sagsøgerens udgifter i forbindelse med deltagelsen i udbudsproceduren påhviler derfor sagsøgeren selv, uanset om beslutningen om tildeling var lovlig, eftersom sagsøgeren selv havde bragt sig i en situation, hvor denne ikke kunne få tildelt kontrakten. Det er under disse omstændigheder ikke påvist, at der er en årsagssammenhæng mellem det første påståede tab og beslutningen om tildeling. Det bemærkes videre, at dette tab ikke vil kunne godtgøres, eftersom det fremgår af punkt 4.1 i udbudsbetingelserne, at »[u]dgifter, der er afholdt i forbindelse med udarbejdelse og afgivelse af bud, [ikke vil] blive refunderet af [fællesforetagendet]«.

185 Det andet påståede tab skyldes de udgifter, som sagsøgeren har afholdt med henblik på at bestride de anfægtede beslutningers lovlighed. Eftersom sagsøgeren har nedlagt påstand om, at fællesforetagendet tilpligtes at betale sagens omkostninger, kan påstanden om erstatning for det andet tab ikke tages til følge, da sagsøgeren ellers kunne opnå dobbelt kompensation for det samme tab. Selv om det antages, at beslutningen om tildeling var retsstridig, er det dog under alle omstændigheder blevet fastslået, at sagsøgerens påstand om annullation heraf skal afvises, og at de udgifter, som sagsøgeren har afholdt til dette formål, således ikke kan anses for et erstatningsberettiget tab.

186 Det tredje og fjerde påståede tab vedrører henholdsvis den mistede mulighed for at få tildelt kontrakten og den mistede konkurrencefordel, som tildelingen ville have givet sagsøgeren. Det fremgår herved af prøvelsen af lovligheden af beslutningen om afslag, at sagsøgeren ikke havde nogen mulighed for få tildelt kontrakten. Der er derfor ingen årsagssammenhæng mellem beslutningen om tildeling og den påståede mistede mulighed og konkurrencefordel.

187 Det følger heraf, at det for hvert af de tab, som sagsøgeren har gjort gældende, gælder, at mindst én af de betingelser, der er fastsat i retspraksis, ikke er opfyldt, hvilket betyder, at erstatningspåstanden må forkastes, og at fællesforetagendet i det hele må frifindes.

3. *Anmodningen om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse*

188 Sagsøgeren har med henblik på sagens tilrettelæggelse anmodet Retten om at pålægge fællesforetagendet at fremlægge ICAS-konsortiets tekniske og økonomiske bud og den kontrakt, der blev indgået med dette konsortium den 9. december 2010 (eventuelt i en ikke-fortrolig udgave).

189 Fællesforetagendet har fremlagt en ikke-fortrolig udgave af kontrakten og leveringskalenderen i bilag B til kontrakten, men i øvrigt afslået denne anmodning.

190 Da den kontrakt, der blev indgået med ICAS-konsortiet, er blevet fremlagt, og sagsøgeren ikke har anfægtet omfanget af den fortrolighed, som fællesforetagendet har fundet nødvendig, er det ufornødent at tage stilling til anmodningen om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse for så vidt angår dette dokument.

191 ICAS-konsortiets bud findes ikke at have betydning for løsningen af den foreliggende tvist, eftersom det ikke berører lovligheden af beslutningen om afslag. Anmodningen om en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, hvorefter dette bud begæres fremlagt, må derfor forkastes.

Sagens omkostninger

192 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges denne at afholde sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler, i overensstemmelse med fællesforetagendets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Afdeling):

1) Det Europæiske Fællesforetagende for ITER og Fusionsenergiudvikling frifindes.

2) Nexans France betaler sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler.

Azizi Frimodt Nielsen Kancheva

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 20. marts 2013.

Underskrifter

Indhold

Sagens baggrund 1

1. Præsentation af fællesforetagendet 1

2. Indgåelse af kontrakten 2

Retsforhandlingerne og parternes påstande 7

Retlige bemærkninger 8

1. Annullationspåstandene 8

Formaliteten med hensyn til annullationspåstandene 8

Formaliteten med hensyn til sagsøgerens anden påstand 8

Sagsøgerens kompetence til at anlægge sag til prøvelse af beslutningen om tildeling 9

Realiteten med hensyn til påstanden om annullation af beslutningen om afslag 10

Indledende betragtninger 10

Udbudsmaterialets lovlighed 10

– Klarheden i de regler, der gjaldt for udbudsproceduren 11

– Spørgsmålet om, hvorvidt fristerne i leveringskalenderen var begrundet 14

– Spørgsmålet om, hvorvidt der bestod en interessekonflikt ved fastlæggelsen af betingelserne for tilbudsgiverne 17

Lovligheden af beslutningen om afslag med hensyn til betingelserne i udbudsmaterialet 19

– Anvendelsen af gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4 19

– Klagepunktet om, at fællesforetagendet hverken underrettede sagsøgeren om sin fortolkning af rækkevidden af artikel 4.1 i udbudsbetingelserne eller sin hensigt om at afvise buddet på grundlag af gennemførelsesforordningens artikel 120, stk. 4 21

– Klagepunktet om, at de uforholdsmæssige udbudsbetingelser forringede buddets kvalitet 21

– Konsekvenserne af, at ansatte hos ENEA deltog i proceduren for bedømmelse af buddene 22

– Påstanden om, at ENEA var i besiddelse af interne oplysninger om sagsøgeren 23

Tilsidesættelsen af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning 23

Påstanden om annullation af beslutningen om tildeling 24

2. Erstatningspåstanden 24

3. Anmodningen om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse 25

Sagens omkostninger 26