Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (första avdelningen)

den 20 mars 2013*

”Offentlig upphandling av varor — Euratom — Anbudsförfarande av det gemensamma företaget Fusion for Energy — Tillhandahållande av elektrisk materiel — Förkastande av ett anbud — Öppet förfarande — Anbud innehållande reservationer — Rättssäkerhet — Berättigade förväntningar — Proportionalitet — Intressekonflikt — Beslut om tilldelning — Talan om ogiltigförklaring — Villkoret direkt berörd är inte uppfyllt — Avvisning — Utomobligatoriskt skadeståndsansvar”

I mål T-415/10,

Nexans France, Paris (Frankrike), företrätt av J.-P. Tran Thiet, J.-F. Le Corre och M. Pigeat, avocats,

sökande,

mot

Europeiskt gemensamt företag för ITER och utveckling av fusionsenergi, Barcelona (Spanien), företrätt av A. Verpont, i egenskap av ombud, biträdd av C. Kennedy-Loest, C. Thomas, solicitors, J. Derenne, N. Pourbaix, avocats, och M. Farley, solicitor,

svarande,

angående dels en talan om ogiltigförklaring av beslutet att förkasta sökandens anbud och att tilldela en annan anbudsgivare kontraktet, dels en talan om skadestånd,

meddelar

TRIBUNALEN (första avdelningen),

sammansatt av ordföranden J. Azizi, samt domarna S. Frimodt Nielsen (referent) och M. Kancheva,

justitiesekreterare: handläggaren J. Plingers,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 27 november 2012,

följande

* Rättegångsspråk: franska.

Dom

Bakgrund

1. *Presentation av det gemensamma företaget*

1 Den 21 november 2006 ingick Europeiska atomenergigemenskapen (nedan kallad Euratom), Folkrepubliken Kina, Republiken Indien, Japan, Republiken Korea, Ryska federationen och Amerikas förenta stater avtalet om upprättandet av en internationell fusionsenergiorganisation för gemensamt genomförande av ITER-projektet (EUT L 358, s. 62).

2 Genom beslut 2007/198/Euratom av den 27 mars 2007 om inrättande av ett europeiskt gemensamt företag för ITER och utveckling av fusionsenergi samt om beviljande av förmåner till detta företag (EUT L 90, s. 58), inrättade Europeiska unionens råd ett gemensamt företag i den mening som avses i artikel 45 EA kallat ”europeiskt gemensamt företag för ITER och utveckling av fusionsenergi (Fusion for Energy)” (nedan kallat det gemensamma företaget).

3 Enligt artikel 1 i beslut 2007/198 har det gemensamma företaget till uppgift att förmedla Euratoms bidrag till den internationella fusionsenergiorganisationen för ITER (artikel 1.2 a), att förmedla Euratoms bidrag till verksamhet med Japan enligt strategin med ”bredare inriktning” för att snabbt kunna genomföra utnyttjandet av fusionsenergi (artikel 1.2 b) och att förbereda och samordna ett handlingsprogram för att förbereda bygget av en fusionsreaktor för demonstrationsändamål och av andra anläggningar (artikel 1.2 c). Det gemensamma företagets uppgifter omfattade således organisation, på den internationella organisationen ITER:s begäran, av offentliga anbudsförfaranden för tillhandahållande av det materiel och de tjänster som är nödvändiga för Europas bidrag till ITER-projektet samt, inom ramen för det särskilda avtal som slutits mellan Euratom och Japan, tillhandahållandet av vissa delar till den japanska experimentella kärnkraftsreaktorn JT-60SA (nedan kallat projekt JT-60SA).

4 I artikel 5 i beslut 2007/198 föreskrivs att det gemensamma företaget ska ha en egen budgetförordning som bygger på principerna i rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 av den 25 juni 2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget (EGT L 248, s. 1), men från vilken det får avvika om så krävs på grund av specifika verksamhetsbehov, efter samråd med Europeiska gemenskapernas kommission.

5 Genom två beslut av den 22 oktober 2007, ändrade den 18 december 2007, antog det gemensamma företagets styrelse dels sin budgetförordning (nedan kallad det gemensamma företagets budgetförordning), dels föreskrifter om tillämpningen av nämnda förordning (nedan kallade tillämpningsförordningen).

2. *Upphandlingsförfarandet*

6 Åren 2007, 2008 och 2009 ingick det gemensamma företaget leveransavtal med den internationella organisationen ITER. Enligt dessa avtal åtog sig det gemensamma företaget bland annat att tillhandahålla vissa supraledare som krävdes för utvecklingen av projekten ITER och JT-60SA.

7 Parallellt med dessa avtal ingick det gemensamma företaget med den ryska nationella myndighet som deltog i ITER-projektet ett avtal för genomförande av inköp, enligt vilket den skulle tillhandahålla de kablar som var nödvändiga för tillverkningen av supraledare för poloidalfält (nedan kallade PF-ledarna), vilken skulle vara föremål för det gemensamma företagets bidrag till ITER-projektet, medan det gemensamma företaget skulle ha hand om monteringen av PF-ledarna, vilken skulle vara föremål för det ryska bidraget till ITER-projektet.

8 Den 6 augusti 2009 offentliggjorde det gemensamma företaget, i tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning*, EUT S 149, s. 218279, meddelandet om upphandling F4E-2009-OPE-18 för tilldelning, genom ett öppet förfarande, av ett kontrakt (nedan kallat kontraktet) för köp av dels PF-ledare, dels supraledare för toroidalfält (nedan kallade TF-ledarna).

9 Kontraktet avsåg för det första kabelanslutning och montering av de TF-ledare som skulle tillhandahållas av Euratom till ITER-projektet, för det andra montering av de PF-ledare som skulle tillhandahållas av Euratom och av Ryska federationen till ITER-projektet och för det tredje kabelanslutning och montering av de TF-ledare som skulle tillhandahållas, för Euratoms räkning, av Republiken Frankrike och av Republiken Italien till projektet JT-60SA.

10 I meddelandet om upphandling preciserades att det rörde sig om ett öppet förfarande enligt bestämmelserna i det gemensamma företagets budgetförordning och i tillämpningsförordningen.

11 Anbudsinfordran omfattade en kravspecifikation och 18 bilagor, varav ”Handboken”(bilaga A) (nedan kallad handboken), ”Tekniska specifikationer för tillhandahållande av TF- och PF-ledare” (bilaga B) (nedan kallade de tekniska specifikationerna) och ett standardkontrakt (bilaga 1) (nedan kallat standardkontraktet). De tekniska specifikationerna omfattade bland annat en leveranskalender.

12 I punkt 3.1 i kravspecifikationen angavs att de olika ledare som var föremål för kontraktet skulle levereras i överensstämmelse med den kalender som preciserades i avdelning 3 i de tekniska specifikationerna. Enligt punkt 3.2 i kravspecifikationen skulle leveranserna av materiel överensstämma med bestämmelserna i standardkontraktet, i handboken och i de tekniska specifikationerna.

13 I punkt 4.1 i kravspecifikationen, som har rubriken ”Allmänna villkor”, föreskrivs följande:

”Inlämnandet av ett anbud innebär ett godkännande av alla bestämmelser i standardavtalet och i dess bilagor, inklusive de [tekniska specifikationerna] och [handboken], samt att anbudsgivaren avstår från sina egna allmänna och särskilda villkor.

[Det gemensamma företaget] får bortse från varje reservation eller klausul om absolut immunitet i detta hänseende som förekommer i anbudet och förbehåller sig rätten att förkasta sådana anbud, utan att behöva göra någon detaljerad bedömning av skälen till varför de inte överensstämmer med kravspecifikationen.

I denna avdelning fastställs de villkor som ska tillämpas på inlämnandet av anbud, det vill säga de villkor som anbudsgivarna ska uppfylla vid upprättandet och inlämnandet av sina anbud, för att möjliggöra ett godtagande av dessa och främja bedömarnas goda förståelse och korrekta bedömning av de upplysningar som lämnats.

Anbuden ska vara tydliga och kortfattade. De ska vara fullt läsliga och utesluta varje tvivel beträffande lydelsens och sifferuppgifternas mening. Eftersom anbudsgivarna ska bedömas uteslutande på grundval av deras skriftliga anbud, ska de tydligt visa att de är kapabla att rätta sig efter de krav som anges i [de tekniska specifikationerna] och i [handboken] och att de är i stånd att utföra de begärda uppgifterna.

…

Anbuden ska upprättas i enlighet med förevarande kravspecifikationer och med användning av de bilagda formulären.

Anbuden ska undertecknas av anbudsgivarens företrädare eller flera företrädare. Utgifter i samband med upprättandet och inlämnandet av anbuden kommer inte att ersättas av [det gemensamma företaget].

Inga upplysningar av något slag kommer att ges beträffande framåtskridandet av bedömningen av anbuden.

Den omständigheten att villkoren för upphandlingen är uppfyllda och/eller inledandet av ett anbudsförfarande medför ingen skyldighet för [det gemensamma företaget] att tilldela någon kontraktet. [Det gemensamma företaget] är inte tvunget att ersätta de anbudsgivare vars anbud inte har godtagits, inbegripet för det fall det beslutar att inte tilldela någon kontraktet.”

14 Kravspecifikationen, vars punkt 6 hade rubriken ”Kontraktsvillkor”, preciserade vidare att standardkontraktet i bilaga I var tillämpligt på förfarandet och att villkoren i detta kontrakt utgjorde en integrerad del av kravspecifikationen.

15 I punkt 13.1.1 i kravspecifikationen föreskrevs att de tekniska upplysningar som lämnades i anbuden skulle överensstämma med handboken och de tekniska specifikationerna. I denna punkt angavs vidare följande:

”Med hänsyn till de ovannämnda handlingarna ska ett fullständigt eller partiellt utelämnande av en nödvändig sakupplysning eller anbudets bristande överensstämmelse med minimikraven i [handboken] och [de tekniska specifikationerna] leda till att anbudet förkastas. Följaktligen uppmanas anbudsgivaren att noggrant studera de aktuella specifikationerna och i sitt anbud lämna varje upplysning som krävs samt varje ytterligare omständighet som kan underlätta [det gemensamma företagets] bedömning av anbudet.”

16 Enligt punkt 3 i de tekniska specifikationerna angavs i en leveranskalender, i antal månader räknat från standardkontraktets ikraftträdande, det datum då de olika typerna av ledare skulle levereras av kontraktsparten till det gemensamma företaget.

17 Sökanden, Nexans France, lämnade in ett anbud (nedan kallat anbudet) den 23 oktober 2009. Detta omfattade en bilaga C 1, kallad ”Förteckning över de huvudsakliga ändringar i standardkontraktet som kommer att leda till omformulering av vissa klausuler”, genom vilken föreslogs flera ändringar av standardkontraktet (nedan kallade reservationerna). Reservationerna avsåg bland annat följande villkor: För det första önskade sökanden underställa kontraktets ikraftträdande en förhandsbetalning av det gemensamma företaget och erhållandet av ett byggnadstillstånd för sökandens fabrik i Cortaillod (Schweiz). För det andra önskade sökanden avsäga sig allt ansvar i händelse av problem i samband med den design av kablarna som det gemensamma företaget hade fastställt, eller orsakade av de mellanprodukter som det gemensamma företaget hade tillhandahållit, eller vidare orsakade av produkter som sökanden själv hade tillverkat, men som det gemensamma företaget hade omarbetat. För det tredje önskade sökanden ifrågasätta leveranskalendern. Sökanden föreslog en annan kalender enligt vilken den första leveransen flyttades fram tolv månader och den sista leveransen en månad, det vill säga att den sista leveransen inom ramen för kontraktet skulle ske efter 55 månader i stället för 54. För det fjärde begärde sökanden att straffavgifterna för uteblivet genomförande skulle beräknas på grundval av beloppet för de produkter som inte levererats i tid och inte på det totala värdet av kontraktet och att den tillämpliga nivån för straffavgifterna skulle vara 1 procent per vecka, vilken inte fick överskrida 15 procent av de produkter som inte levererats i tid och 10 procent av kontraktets totala värde. För det femte avsåg sökanden ifrågasätta de klausuler som gällde uppskjutandet av leverans, delbetalningar, varaktigheten av garantierna för sökandens produkter, högsta belopp för sökandens ansvar och principen om fast pris. För det sjätte gjorde sökanden gällande rätten att, i händelse av tekniska svårigheter, åtnjuta fri tillgång till ny teknik som skulle tillhandahållas av det gemensamma företaget eller, om sådan tillgång inte gavs, rätten att ensidigt häva kontraktet. För det sjunde önskade sökanden tillerkännas mer omfattande immateriella rättigheter än de som föreskrevs i standardkontraktet. För det åttonde önskade sökanden tillerkännas en rätt att ensidigt häva kontraktet utan ersättning för det fall det gemensamma företaget inte erlade betalningarna inom de angivna fristerna, bestred sökandens betalningsanmodan eller för det fall sökanden inte skulle vara i stånd att

tillverka de beställda ledarna i enlighet med de tekniska specifikationer som det gemensamma företaget fastställt. Slutligen, för det nionde, formulerade sökanden en reservation som gällde artikel II.26 i standardkontraktet, vars innehåll är ofullständigt.

18 Genom skrivelse av den 19 november 2009 begärde en handläggare vid avdelningen för avtal och offentliga upphandlingar på det gemensamma företaget, R, preciseringar av sökanden beträffande anbudet. R erinrade sökanden om innehållet i punkt 4.1 i kravspecifikationen (se punkt 13 ovan) och uppmanade bland annat sökanden att inkomma med ett undertecknat exemplar av standardkontraktet och att bekräfta sitt godkännande av alla bestämmelser i detta. Punkt A i denna skrivelse slutade med följande två stycken:

”Kan ni bekräfta att ni godkänner bestämmelserna i standardkontraktet och i dess bilagor? Om så är fallet, kan ni bekräfta att [reservationerna] endast är anvisningar och inte kontraktsvillkor? Kan ni tillhandahålla ett exemplar av standardkontraktet, paraferat på varje sida, och undertecknat av en person inom ert företag som har befogenhet att göra detta?

För det fall ni inte bekräftar att ni godkänner de kontraktsvillkoren, kommer [anbudet] att förkastas utan vidare bedömning.”

19 I originalet av det brev som sändes till sökanden var orden ”förkastas utan vidare bedömning” understrukna.

20 R:s skrivelse innehöll även en punkt B, med rubriken ”Kriterier för uteslutning”, och en punkt C, med rubriken ”Teknisk och professionell kapacitet”. De frågor som förekom i dessa båda punkter inleds genom följande stycke, skrivet med fetstil:

”Under förutsättning att ni godkänner kontraktets villkor såsom anges ovan, vänligen besvara frågorna nedan …”

21 Sökandens vice verkställande direktör B besvarade denna skrivelse genom brev av den 26 november 2009. I detta svar angav han att reservationerna borde beaktas och tjäna som underlag för förhandlingarna mellan sökanden och det gemensamma företaget, eftersom de ekonomiska villkoren för anbudet hade fastställts mot bakgrund av reservationerna. Han tillade att han av en telefonkonversation som ägt rum den 23 november 2009 förstod att det gemensamma företaget ansåg att godkännandet av standardkontraktet var ett villkor för att anbudet skulle bedömas. Han gjorde emellertid gällande att punkten 4.1 i kravspecifikationen (se punkt 13 ovan) inte fastställde någon tvingande bestämmelse, utan gav det gemensamma företaget ett utrymme för skönsmässig bedömning. Därför uppmanade han detta företag att se över sin tolkning av punkt 4.1 i kravspecifikationen och att godkänna anbudet med beaktande av reservationerna. Han angav vidare skälen till varför reservationer gjorts. Till detta brev bilades även sökandens svar på frågorna i punkterna B och C i skrivelsen av den 19 november 2009 (se punkt 20 ovan).

22 Under och efter denna skriftväxling hade sökanden och det gemensamma företaget telefonkontakt.

23 Genom skrivelse av den 26 februari 2010 upprepade sökandens verkställande direktör, V, reservationerna och uppmanade det gemensamma företaget att ta ställning till dessa. Vidare gjorde sökandens verkställande direktör det gemensamma företaget uppmärksamt på en eventuell intressekonflikt i vilken en av dess konkurrenter skulle befinna sig.

24 Sökanden förklarade återigen sin ståndpunkt vid ett möte som hölls med det gemensamma företaget den 25 maj 2010.

25 Genom skrivelse av den 13 april 2010 svarade chefen för avdelningen för kontrakt och offentliga upphandlingar på skrivelserna av den 26 november 2009 (se punkt 21 ovan) och den 26 februari 2010 (se punkt 23 ovan). Chefen för det gemensamma företagets inköpsavdelning angav vid detta tillfälle att detta företag skulle beakta de påståenden om intressekonflikt som sökanden hade anfört. Denna skrivelse innehöll även följande stycke:

”När det gäller den offentliga upphandling som ni hänvisar till …, vänligen notera att utvärderingen pågår och att [det gemensamma företaget] följaktligen inte kan ge någon ytterligare information i detta hänseende. Vi är emellertid övertygade om att den kommunikation som har ägt rum mellan [det gemensamma företagets] avdelning för kontrakt och offentliga upphandlingar och Nexans har varit till nytta för att klargöra de allmänna villkor och de begränsningar som gäller vid offentliga upphandlingsförfaranden. Det ska i detta hänseende, som svar på er skrivelse av den 26 november 2009, understrykas att denna skrivelse skickades av Nexans som svar på en begäran om förtydliganden från [det gemensamma företaget]. Eftersom Nexans gjorde alla nödvändiga preciseringar i den skrivelsen, fanns det ingen anledning för det gemensamma företaget att svara på den i samband med utvärderingen.”

26 I en skrivelse som skickades till chefen för det gemensamma företagets avdelning för kontrakt och offentliga upphandlingar den 16 april 2010 bekräftade sökandens verkställande direktör att det enligt honom förelåg en intressekonflikt på grund av att det i det gemensamma företagets verkställande organ ingick en person som var anställd av l’Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l’energia e lo sviluppo economico sostenibile (nationell myndighet för ny teknik, energi och hållbar ekonomisk utveckling, Italien) (nedan kallad ENEA). I denna skrivelse konstaterades även att det var möjligt att konfidentiella upplysningar angående sökanden skulle kunna missbrukas och att dess immateriella rättigheter skulle kunna åsidosättas.

27 I två rapporter som skickades till verkställande direktören respektive till det gemensamma företagets styrelse, upprättade med tillämpning av artikel 122 i tillämpningsförordningen, den 25 mars och den 6 april 2010, föreslog utvärderingskommittén att anbudet skulle förkastas och att kontraktet skulle tilldelas konsortiet Italian Consortium for Applied Superconductivity (ICAS) (nedan kallat konsortiet ICAS), den enda övriga anbudsgivaren, bestående av ENEA, Tratos Cavi SpA och Criotec Impianti Srl.

28 När det gällde anbudet angav utvärderingskommittén följande: För det första var försäkran på heder och samvete avseende kriterierna för uteslutning ofullständig. För det andra har sökanden inte ingett något undertecknat exemplar av standardkontraktet, utan tvärtom formulerat en rad reservationer gällande kontraktets klausuler avseende leveranskalendern, de tekniska och ekonomiska villkoren och omfattningen av garantin för vilken kontraktsparten ska bära kostnaderna. För det tredje har sökanden, som svar på en begäran om förtydliganden, bekräftat sina reservationer och tillhandahållit kompletterande upplysningar angående kriterierna för uteslutning, av vilka det framgår att sökanden år 2007 har dömts på grund av brott mot konkurrensreglerna som begåtts år 2001. Sammanfattningsvis föreslog utvärderingskommittén att anbudet skulle förkastas, utan att den behöver uttala sig med hänsyn till kriterierna för uteslutning på grund av att sökanden bekräftade reservationer som är oförenliga med de grundläggande krav som följer av kravspecifikationen, av standardkontraktet och av de tekniska specifikationerna.

29 Följaktligen utvärderades endast anbudet från konsortiet ICAS. Eftersom detta konsortium var det enda som konkurrerade om kontraktet inleddes förhandlingar, på grundval av artikel 139.6 i tillämpningsförordningen, på det gemensamma företagets begäran.

30 Vid sitt 21:a möte, den 19 och 20 maj 2010, bekräftade det gemensamma företagets verkställande organ, på grundval av artikel 124.2 i tillämpningsförordningen, då kontraktets värde översteg 1 miljon euro, att förfarandet för tilldelningen skett på lagenligt sätt.

31 Den 8 juli 2010 förkastade direktören för det gemensamma företaget anbudet (nedan kallat beslutet att förkasta anbudet) och tilldelade konsortiet ICAS kontraktet (nedan kallat beslutet om tilldelning).

32 Genom skrivelse av den 16 juli 2010 upplyste R sökanden om att anbudet förkastats med tillämpning av artikel 120.4 i tillämpningsförordningen, då detta inte uppfyllde vissa ”grundläggande villkor” som föreskrevs i kravspecifikationen, på grund av sökandens vägran att underteckna ett exemplar av standardkontraktet och reservationerna. Genom denna skrivelse fick sökanden även kännedom om beslutet om tilldelning. Beslutet om tilldelning tillsändes vidare konsortiet ICAS samma dag.

33 Den 23 juli 2010 skrev sökandens vice verkställande direktör till det gemensamma företaget för att begära att det skulle upphäva beslutet om tilldelning och beslutet att förkasta anbudet (nedan tillsammans kallade de angripna besluten) och inleda ett nytt anbudsförfarande. Vidare upplystes det gemensamma företaget om att det kunde ställas inför rätta för överföring av skyddad sekretessbelagd information.

34 Chefen för det gemensamma företagets avdelning för kontrakt och offentliga upphandlingar svarade på denna skrivelse den 3 augusti 2010.

Förfarandet och parternas yrkanden

35 Sökanden har i ansökan som inkom till tribunalens kansli den 18 september 2010 väckt förevarande talan.

36 Sökanden har genom separat handling, som inkom till tribunalens kansli samma dag, ansökt om uppskov med verkställigheten av de angripna besluten.

37 Genom skrivelse som inkom till tribunalens kansli den 5 oktober 2010 informerade det gemensamma företaget tribunalen om att det inlett en intern utredning avseende den intressekonflikt som gjorts gällande i ansökan och begärde att förevarande mål skulle vilandeförklaras i väntan på resultatet av denna utredning.

38 Tribunalens ordförande avslog genom beslut av den 15 oktober 2010 sökandens ansökan om interimistiska åtgärder och fastställde att beslut om rättegångskostnader skulle komma att meddelas senare.

39 Genom skrivelse av den 27 oktober 2010 gav sökanden sitt medgivande till vilandeförklaringen av förevarande mål.

40 Genom beslut av den 19 november 2010, vilandeförklarade ordföranden på tribunalens första avdelning med tillämpning av artikel 77 d i tribunalens rättegångsregler förevarande mål fram till den 15 december 2010.

41 Inom ramen för den ovan i punkt 37 nämnda interna utredningen, uppmanades sökanden och konsortiet ICAS att inkomma med synpunkter. Handläggare på det gemensamma företaget upprättade sedan en rapport, vilken lämnades till det gemensamma företagets verkställande direktör den 29 november 2010. Mot bakgrund av denna rapport beslutade det gemensamma företagets verkställande direktör att fastställa de angripna besluten. Följaktligen undertecknades kontraktet med konsortiet ICAS den 9 december 2010 och sökanden informerades om detta samma dag. Utredningsrapporten tillsändes sökanden den 18 januari 2011.

42 Genom skrivelse som inkom till tribunalens kansli den 12 april 2011 begärde sökanden, som en åtgärd för processledning, att tribunalen skulle förplikta det gemensamma företaget att, eventuellt i en icke konfidentiell version, inkomma med det tekniska och kommersiella anbud som konsortiet ICAS lämnat och det kontrakt som undertecknats med detta konsortium den 9 december 2010.

43 Genom skrivelse som inkom till tribunalens kansli den 17 maj 2011 ombad det gemensamma företaget tribunalen att avslå denna begäran. Det gemensamma företaget inkom emellertid med en icke konfidentiell version av det kontrakt som ingåtts med konsortiet ICAS och bilaga B till detta kontrakt som innehöll leveranskalendern.

44 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (första avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och som en åtgärd för processledning enligt artikel 64 i rättegångsreglerna ställdes också skriftliga frågor till parterna. Parterna besvarade dessa frågor inom de föreskrivna fristerna.

45 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens frågor vid förhandlingen den 27 november 2012.

46 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara de angripna besluten,

— ogiltigförklara alla rättsakter som antagits därefter,

— förplikta det gemensamma företaget att till sökanden utbetala ett belopp på 175 453 euro, ett belopp som senare kan komma att ändras, jämte ränta, som ersättning för den skada som sökanden anser sig ha lidit,

— i andra hand, för det fall ett nytt anbudsförfarande inte kan genomföras, förplikta det gemensamma företaget att till sökanden utbetala ett belopp på 50 175 453 euro, ett belopp som senare kan komma att ändras, som ersättning för den skada som sökanden anser sig ha lidit,

— förplikta det gemensamma företaget att ersätta rättegångskostnaderna.

47 Det gemensamma företaget har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

1. *Talan om ogiltigförklaring*

Huruvida talan om ogiltigförklaring kan upptas till sakprövning

Upptagande till sakprövning av sökandens andra yrkande

48 Sökandens andra yrkande avser, utöver ogiltigförklaring av de angripna besluten, ogiltigförklaring av ”alla rättsakter som antagits därefter”.

49 Enligt artikel 21 första stycket i Europeiska unionens domstols stadga, som enligt artikel 53 första stycket i samma stadga är tillämplig på förfarandet vid tribunalen, och enligt artikel 44.1 c i tribunalens rättegångsregler ska en ansökan innehålla uppgifter om föremålet för talan. Dessa uppgifter ska vara så klara och precisa att svaranden kan förbereda sitt försvar och att tribunalen kan utföra sin domstolsprövning (se dom av den 17 oktober 2012 i mål T-447/10, Evropaïki Dynamiki mot domstolen, punkt 27 och där angiven rättspraxis).

50 I förevarande mål har sökanden emellertid inte angett vilka beslut utöver de angripna besluten som avses i yrkandet om ogiltigförklaring. Detta yrkande är således inte tillräckligt precist för att dess räckvidd ska kunna fastställas och kan därför inte tas upp till sakprövning (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 49 nämnda målet Evropaïki Dynamiki mot domstolen, punkterna 25–28, och tribunalens beslut av den 24 oktober 2012 i mål T-442/11, Evropaïki Dynamiki mot kommissionen, punkt 92 och där angiven rättspraxis).

Sökandens behörighet att väcka talan mot beslutet om tilldelning

51 Det gemensamma företaget har gjort gällande att det, eftersom anbudet inte överensstämde med kravspecifikationen, följaktligen var tvunget att förkasta det. Under dessa omständigheter har sökanden, enligt det gemensamma företaget, ingen behörighet att bestrida beslutet om tilldelning. Det gemensamma företaget har vidare, när det gäller det beslutet, gjort gällande att det inte tas upp till sakprövning.

52 Sökanden har däremot, med hänvisning till tribunalens ordförandes beslut av den 20 juli 2006 i mål T-114/06 R, Globe mot kommissionen (REG 2006, s. II-2627), punkt 30 och följande punkter, gjort gällande att en anbudsgivare som uteslutits vid ett anbudsförfarande alltid berörs direkt och personligen av beslutet att tilldela en annan anbudsgivare kontraktet. Sökanden anser således att yrkandet om ogiltigförklaring av beslutet om tilldelning ska tas upp till sakprövning.

53 Enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF, som enligt artikel 106 bis EA är tillämplig i förevarande mål, får alla fysiska eller juridiska personer väcka talan mot en akt som är riktad till dem eller som direkt och personligen berör dem. Då det är fastställt att mottagaren av beslutet om tilldelning är konsortiet ICAS och inte sökanden, ska det kontrolleras huruvida sökanden direkt och personligen berörs av detta beslut.

54 I detta hänseende följer det av fast rättspraxis att en fysisk eller juridisk person endast kan anses vara berörd av en rättsakt om denna har en direkt inverkan på den enskildes rättsliga ställning (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 5 maj 1998 i mål C-386/96 P, Dreyfus mot kommissionen, REG 1998, s. I-2309, punkterna 43 och 45, och förstainstansrättens dom av den 26 september 2000 i mål T-80/97, Starway mot rådet, REG 2000, s. II-3099, punkt 61).

55 Det har emellertid vid flera tillfällen slagits fast att när en anbudsgivares anbud förkastas före det skede som föregår tilldelningen av kontraktet, så att det inte jämförs med de övriga anbuden, blir den berörde anbudsgivarens eventuella berättigade intresse av att få sin sak prövad i en talan riktad mot beslutet om tilldelning av kontraktet beroende av att beslutet om förkastande av hans anbud ogiltigförklaras (tribunalens dom av den 13 september 2011 i mål T-8/09, Dredging International och Ondernemingen Jan de Nul mot EMSA, REU 2011, s. II-6123, punkterna 134–135, och av den 22 maj 2012 i mål T-17/09, Evropaïki Dynamiki mot kommissionen, punkterna 118–119).

56 Det är nämligen endast om det sistnämnda beslutet ogiltigförklaras som ogiltigförklaringen av beslutet om tilldelning av kontraktet i förekommande fall kan få rättsverkningar för den anbudsgivare vars anbud har förkastats före det skede som föregår tilldelningen av kontraktet. När däremot begäran om ogiltigförklaring av beslutet om förkastande av anbudet ogillas kan beslutet om tilldelning av kontraktet inte få några rättsverkningar för den anbudsgivare vars anbud har förkastats före det skede

som föregår beslutet om tilldelning av kontraktet. I den situationen utgör beslutet om förkastande av anbudet hinder mot att den berörde anbudsgivaren påverkas av det efterföljande beslutet att tilldela en annan anbudsgivare kontraktet.

57 Således är det för det fall, som i förevarande mål, en anbudsgivares anbud har förkastats på grund av att det inte uppfyllde de grundläggande kraven i kravspecifikationen endast om anbudsgivaren lyckas styrka att hans anbud felaktigt har förkastats på denna grund som han således kan visa att hans anbud borde ha jämförts med de övriga anbudsgivarnas anbud och att beslutet att tilldela en annan anbudsgivare kontraktet således har en direkt inverkan på hans rättsliga ställning.

58 Huruvida yrkandet om ogiltigförklaring av beslutet om tilldelning kan tas upp till sakprövning beror följaktligen i förevarande fall på huruvida sökanden lyckas uppnå en ogiltigförklaring av beslutet om förkastande av sökandens anbud. Härav följer att alla argument beträffande huruvida beslutet om förkastande av sökandens anbud är lagenligt först ska prövas.

Huruvida yrkandet om ogiltigförklaring av beslutet om förkastande är välgrundat

Inledande anmärkningar

59 Sökanden har till stöd för sina yrkanden om ogiltigförklaring, riktade utan åtskillnad mot beslutet om förkastande och beslutet om tilldelning av kontraktet, gjort gällande fyra grunder. Den första, som är uppdelad i tre delar, avser åsidosättande av principerna om rättssäkerhet, skydd för berättigade förväntningar och öppenhet. Den andra grunden är uppdelad i fyra delar och gäller åsidosättande av principerna om likabehandling och lika möjligheter för anbudsgivarna under förfarandet. Som tredje grund har sökanden anfört att det gemensamma företaget har åsidosatt principen om god förvaltningssed och artiklarna 84 och 94 i budgetförordningen. Sökanden har slutligen som fjärde grund gjort gällande att det gemensamma företaget gjort sig skyldigt till en felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av artikel 120.4 i tillämpningsförordningen.

60 Det ska erinras om att anbudet förkastades av det gemensamma företaget före det jämförande skedet i prövningen, på grund av att anbudet inte överensstämde med de villkor som föreskrevs i anbudsinfordran. Den andra grundens tredje del har, då den avser att konsortiet ICAS, inför förberedelsen av sitt anbud erhöll upplysningar som var till fördel för det, ingen inverkan på lagenligheten av beslutet om förkastande.

61 Sökanden har, genom sina argument, i huvudsak för det första ifrågasatt lagenligheten av de villkor som anges i anbudsinfordran och med hänsyn till vilka det gemensamma företaget har bedömt anbudet.

62 Tribunalen anser således inledningsvis att det är lämpligt att pröva de argument som framförts i detta hänseende tillsammans inom ramen för den första grundens första och tredje del, den andra grundens första och andra del och den tredje och den fjärde grunden, avseende anbudsinfordrans rättsstridighet.

63 Vidare anser sökanden, även om det antas att upphandlingens villkor är lagenliga, att det gemensamma företaget för det andra gjorde fel när det förkastade anbudet före skedet för jämförelsen av fördelarna.

64 Följaktligen anser tribunalen att det därefter är lämpligt att pröva de argument avseende tillämpningen av villkoren i anbudsinfordran i förevarande fall som sökanden har framfört inom ramen för den första grunden, den andra grundens andra och fjärde del samt den tredje och den fjärde grunden.

65 Sedan kommer tribunalen att pröva de påståenden om åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar som sökanden har gjort inom ramen för den första grundens andra del.

Huruvida anbudsinfordran är lagenlig

66 Den kritik som sökanden har riktat mot anbudsinfordran kan delas in i tre slags argument. För det första har sökanden, inom ramen för den första grundens första och tredje del och den fjärde grunden kritiserat det gemensamma företaget för att anbudsinfordran inte är klart formulerad, vilket enligt sökanden i strid med principerna om rättssäkerhet och öppenhet hindrade den från att kunna få exakt kännedom om sina skyldigheter. För det andra har sökanden inom ramen för den andra grundens första del gjort gällande att kravspecifikationen och de tekniska specifikationerna är rättsstridiga, på grund av att leveransfristerna har föreskrivits på ett sådant sätt att alla anbudsgivare utom konsortiet ICAS utesluts. Inom ramen för den tredje grunden har sökanden dessutom anfört att föreskrivandet av leveranskalendern utgör ett åsidosättande av principen om god förvaltningssed. För det tredje har sökanden inom ramen för den andra grundens andra del gjort gällande att det gemensamma företaget har tillåtit ENEA att till sin egen fördel påverka villkoren för upphandlingen, vilket skapat en intressekonflikt.

– De bestämmelser som är tillämpliga på anbudsförfarandets tydlighet

67 Sökanden har inom ramen för den första grundens första och tredje del kritiserat det gemensamma företaget för att anbudsinfordran inte är klart formulerad, vilket enligt sökanden i strid med principerna om rättssäkerhet och öppenhet hindrade den från att kunna få exakt kännedom om sina skyldigheter. Sökanden har upprepat denna kritik i sina argument avseende den fjärde grunden.

68 Sökanden har i detta hänseende gjort gällande att det i anbudsinfordran inte tydligt preciserades att anbudsgivarna var skyldiga att godkänna standardkontraktet utan att ha möjlighet att föreslå ändringar. I den skrivelse som det gemensamma företaget tillsände sökanden den 19 november 2009 (se punkt 18 ovan) angavs inte heller att ett förkastande av anbudet var oundvikligt på grund av att reservationer hade gjorts, utan det gemensamma företaget nöjde sig med att ange att ett sådant förkastande var möjligt. Det gemensamma företaget nämnde inte vid något tillfälle före antagandet av beslutet om förkastande artikel 120.4 i tillämpningsförordningen. Sökanden anser att den således inte rimligen kunde anta att företaget skulle tillämpa denna bestämmelse i förevarande fall eller att de ”allmänna villkor” som angavs i kravspecifikationen utgjorde ”grundläggande villkor” i den mening som avses i den bestämmelsen. Det framgick inte heller att iakttagandet av leveranskalendern utgjorde ett ”grundläggande villkor” i den mening som avses i artikel 120.4 i tillämpningsförordningen. Under dessa omständigheter anser sökanden att det gemensamma företaget har åsidosatt rättssäkerhetsprincipen.

69 Vidare gavs det gemensamma företaget enligt sökanden i punkt 4.1 i kravspecifikationen möjlighet att bedöma frågan huruvida de ändringar av standardkontraktet som en anbudsgivare föreslagit kunde godkännas. Det gemensamma företagets behörighet var således inte normbunden, utan det förfogade över ett utrymme för skönsmässig bedömning. Det gemensamma företaget gjorde det emellertid inte vid något tillfälle möjligt för sökanden att uppfatta att det gjorde en annan tolkning av räckvidden av punkt 4.1 i kravspecifikationen. Det gemensamma företaget dolde tvärtom den rättsliga grund på vilken den antog beslutet om förkastande. Det åsidosatte således principen om öppenhet.

70 Det gemensamma företaget har bestritt dessa påståenden.

71 Rättssäkerhetsprincipen kräver att en bestämmelse möjliggör för dem som berörs därav att få kännedom om den exakta omfattningen av de skyldigheter som de åläggs genom bestämmelsen (domstolens dom av den 10 mars 2009 i mål C-345/06, Heinrich, REG 2009, s. I-1659, punkt 44, och av den 8 juli 2010 i mål C-343/09, Afton Chemical, REG 2010, s. I-7027, punkt 79). Vad gäller principen om öppenhet – vilken utgör en allmän princip tillämplig på det gemensamma företaget vid offentlig upphandling enligt artikel 79 i dess budgetförordning – innebär denna att alla villkor och bestämmelser avseende förfarandet för tilldelning av kontrakt ska uttryckas klart, precist och

otvetydigt i meddelandet om upphandling eller i kravspecifikationen för att det ska vara möjligt dels för alla skäligen informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare att kunna förstå den exakta räckvidden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten ska kunna kontrollera på ett effektivt sätt om anbuden från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna för det aktuella kontraktet (domstolens dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, REG 2002, s. I-5553, punkt 45, och av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, REG 2004, s. I-3801, punkterna 109–111, samt tribunalens dom av den 12 mars 2008 i mål T-332/03, European Service Network mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkterna 126 och 127).

72 Således bör det först och främst prövas huruvida anbudsförfrågan uppfyller ovannämnda krav. Den kritik som sökanden har framfört i detta hänseende kan sammanfattas i två anmärkningar. För det första var det enligt sökanden inte uppenbart att anbudsgivarens godkännande av standardkontraktet och leveranskalendern var obligatoriskt. För det andra var det inte heller uppenbart att ett anbud från en anbudsgivare som vägrade att uppfylla detta krav med nödvändighet skulle förkastas.

73 När det gäller den första anmärkningen räcker det att hänvisa till det första stycket i punkt 4.1 i kravspecifikationen (se punkt 13 ovan) i vilket föreskrivs följande:

”Inlämnandet av ett anbud innebär ett godkännande av alla bestämmelser i standardkontraktet och i dess bilagor, inklusive de [tekniska specifikationerna] och [handboken], samt att anbudsgivaren avstår från sina egna allmänna och särskilda villkor.”

74 Det framgår tydligt och utan minsta tvetydighet av denna bestämmelse i kravspecifikationen att ett godkännande av standardkontraktet och leveranskalendern (vilken utgjorde en del av de tekniska specifikationerna) var obligatoriskt för anbudsgivarna och att dessa utan undantag var tvungna att avstå från varje egen klausul.

75 Skyldigheten att rätta sig efter leveranskalendern följer vidare av punkterna 3.1 och 13.1.1 i kravspecifikationen (se punkterna 12 och 15 ovan). När det gäller godkännande av standardkontraktet preciseras i punkt 6 i kravspecifikationen att detta, som utgör bilaga 1 till kravspecifikationen, är tillämpligt på förfarandet och att dess villkor utgör en integrerad del av kravspecifikationen (se punkt 14 ovan).

76 Det preciseras dessutom i tredje stycket i punkt 4.1 i kravspecifikationen att de villkor som anges i hela denna punkt – det vill säga bland annat godkännande av standardkontraktet och leveranskalendern – ”ska tillämpas på inlämnandet av anbud” och att det med andra ord rör sig om ”villkor som anbudsgivarna ska uppfylla vid upprättandet och inlämnandet av sina anbud, för att möjliggöra ett godtagande av dessa”. I fjärde stycket i samma punkt preciseras även att ”anbudsgivarna ska bedömas uteslutande på grundval av deras skriftliga anbud” och att de följaktligen ”tydligt [ska] visa att de är kapabla att rätta sig efter de krav som anges i [de tekniska specifikationerna] och i [handboken]”.

77 Vid förhandlingen angav sökanden att även om betydelsen av dessa villkor var för sig kunde förefalla tydlig, var räckvidden av anbudsgivarens skyldigheter emellertid tvetydig som en följd av den allmänna systematiken i hela anbudsinfordran. Sökanden kunde emellertid inte mer precist identifiera något enda villkor i kravspecifikationen eller i övrigt i anbudsinfordran som kunde orsaka en sådan tvetydighet och framförde inget argument som gjorde det möjligt att fastställa att det, vid en tolkning av bestämmelserna i anbudsinfordran, bland annat i de som nämnts i punkterna 73–76 ovan, inte tydligt framgick för en normalt omsorgsfull aktör, att anbudsgivarnas godkännande av standardkontraktet och leveranskalendern var obligatoriskt och utgjorde en förutsättning för att deras anbud skulle överensstämma med villkoren i kravspecifikationen.

78 Härav följer att det saknas grund för sökandens första anmärkning och den ska således underkännas.

79 Således ska tribunalen pröva den andra anmärkningen som avser åsidosättande av principerna om rättssäkerhet och öppenhet. Sökanden har härvid gjort gällande att det inte tydligt framgick av kravspecifikationen att anbud som inte uppfyllde de krav som det erinrats om ovan i punkt 77 skulle förkastas.

80 Det ska först och främst erinras om att när den upphandlande enheten, inom ramen för ett upphandlingsförfarande, fastställer de villkor som ska gälla för anbudsgivarna, begränsar den själv sitt utrymme för skönsmässig bedömning och kan vidare inte frångå dessa villkor i förhållande till någon av anbudsgivarna utan att åsidosätta principen om likabehandling av anbudsgivarna. Det är således mot bakgrund av principen att man är bunden av sina egna åtaganden och likabehandlingsprincipen av anbudsgivarna som kravspecifikationen ska tolkas, i syfte att fastställa huruvida den såsom sökanden har påstått är av sådant slag att den tillåter det gemensamma företaget att godkänna reservationerna.

81 Det räcker i detta hänseende att på nytt hänvisa till punkt 4.1 i kravspecifikationen, vars andra stycke har följande lydelse:

”[Det gemensamma företaget] får bortse från varje reservation eller klausul om absolut immunitet i detta hänseende som förekommer i anbudet och förbehåller sig rätten att förkasta sådana anbud, utan att behöva göra någon detaljerad bedömning av skälen till varför de inte överensstämmer med kravspecifikationen.”

82 Det ska konstateras att denna bestämmelses lydelse uppenbarligen står i strid med sökandens tolkning av den, enligt vilken det gemensamma företaget skulle förfoga över ett utrymme för skönsmässig bedömning och en möjlighet att tillåta avvikelser från de villkor som anges i första stycket i punkt 4.1 i kravspecifikationen (se punkterna 13 och 73 ovan). Det andra stycket i punkt 4.1, som långt ifrån gav en möjlighet för det gemensamma företaget att beakta eventuella ändringar av standardkontraktet och av leveranskalendern, tillät det inte att bortse från eventuella förslag om avvikelser och innebar att det hade rätt att förkasta varje anbud som inte överensstämde därmed.

83 Härav följer att det gemensamma företaget, i motsats till vad sökanden anser, inte förfogade över något utrymme för skönsmässig bedömning som tillät det att underlåta att förkasta ett anbud som innehöll avvikelser från standardkontraktet eller leveranskalendern. Dess enda utrymme för skönsmässig bedömning avsåg huruvida de avvikelser som innebar att anbudet inte uppfyllde dessa krav kunde bortses från, varvid det, om så inte var fallet, hade skyldighet att förkasta detta anbud.

84 Dessutom utgör punkt 13.1.1 i kravspecifikationen (se punkt 15 ovan), i vilken anges att ”anbudets bristande överensstämmelse med minimikraven i [handboken] och [de tekniska specifikationerna ska] leda till att anbudet förkastas”, ytterligare en varning beträffande de konsekvenser som skulle följa om anbudsgivarna inte iakttog de frister som angavs i leveranskalendern.

85 Vidare anges i punkterna 1 och 14 i kravspecifikationen, som utgör bilaga A 2 till ansökan, på två ställen att upphandlingsförfarandet regleras av det gemensamma företagets budgetförordning och tillämpningsförordningen. Vidare preciseras i punkt 4.2 i kravspecifikationen att det aktuella förfarandet är ett öppet förfarande i den mening som avses i artikel 81.4 i det gemensamma företagets budgetförordning och artikel 84 i tillämpningsförordningen. Sådana förfaranden kännetecknas emellertid av avsaknaden av möjlighet för den upphandlande enheten att förhandla med olika anbudsgivare, då dessa uteslutande ska bedömas på grundval av innehållet i deras skriftliga anbud, såsom preciseras i punkt 4.1 fjärde stycket i kravspecifikationen.

86 Dessutom var den skrivelse som det gemensamma företaget tillsände sökanden den 19 november 2009 (se punkt 18 ovan) mycket tydlig beträffande räckvidden av de bestämmelser som var tillämpliga på det aktuella förfarandet. Det gemensamma företaget angav, avseende de reservationer som formulerades i anbudet, nämligen följande:

”Kan ni bekräfta att ni godkänner bestämmelserna i standardkontraktet och i dess bilagor? Om så är fallet, kan ni bekräfta att [reservationerna] endast är anvisningar och inte kontraktsvillkor? Kan ni tillhandahålla ett exemplar av standardkontraktet, paraferat på varje sida, och undertecknat av en person inom ert företag som har befogenhet att göra detta?

För det fall ni inte bekräftar att ni godkänner kontraktsvillkoren, kommer [anbudet] att förkastas utan vidare bedömning.”

87 Konsekvenserna för sökanden, för det fall den skulle ange att dess reservationer utgjorde kontraktsvillkor och att den avsåg att göra dem gällande gentemot det gemensamma företaget, underströks även genom att de frågor som, i samma skrivelse, följde den ovan citerade meningen var villkorade. Dessa frågor, som gällde kriterierna för uteslutande och urval, inleddes med följande varning:

”Under förutsättning att ni godkänner kontraktsvillkoren såsom anges ovan, vänligen besvara frågorna nedan …”

88 Sökanden saknar således grund för sitt påstående att det gemensamma företaget, vare sig vid upprättandet av anbudsinfordran eller genom sitt beteende under förfarandet för tilldelning av det aktuella kontraktet, ”dolde” den rättsliga grund, det vill säga artikel 120.4 i tillämpningsförordningen, på vilken den grundade beslutet om förkastande.

89 Som det erinrats om i punkt 85 ovan kunde sökanden, vid en läsning av anbudsinfordran, nämligen inte vara ovetande om att det förfarande som den var underställd reglerades av tillämpningsförordningen, vars artikel 120.4 har följande lydelse:

”Anbud som inte uppfyller alla de grundläggande villkor som beskrivs i anbudsinfordran eller de specifika villkor som preciseras i denna ska förkastas.

Utvärderingskommittén eller [det gemensamma företaget] får be anbudsgivarna att inkomma med kompletterande upplysningar eller förtydliga handlingar som inlämnats tillsammans med deras anbud, inom de frister som de anger.”

90 Således ska även sökandens andra anmärkning om att förkastandet av anbud som inte uppfyllde kravet på att bestämmelserna i standardkontraktet och de frister som föreskrevs i leveranskalendern skulle iakttas inte var av tillräckligt förutsägbar karaktär för anbudsgivarna underkännas såsom ogrundad.

91 Av de ovan angivna omständigheterna följer således att det saknas grund för sökandens påstående att anbudsgivarnas skyldighet att godkänna standardkontraktet och den leveranskalender som de tekniska specifikationerna innehöll samt att anbud som inte uppfyller dessa krav skulle förkastas inte uppenbart följde av anbudsinfordran. Vidare saknas det grund för sökandens påstående att dessa villkor inte med tillräcklig tydlighet gjorts tillgängliga för sökanden. Således ska sökandens påståenden om åsidosättande av principerna om rättssäkerhet och öppenhet underkännas.

– Berättigandet av de frister som föreskrevs i leveranskalendern

92 Sökanden har inom ramen för den andra grundens första del gjort gällande att kravspecifikationen och de tekniska specifikationerna är rättsstridiga, på grund av att leveransfristerna har föreskrivits på ett sådant sätt att alla anbudsgivare utom konsortiet ICAS utesluts. Sökanden anser således att kravet att denna leveranskalender ska följas utgör ett åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivarna, som har sitt ursprung i en intressekonflikt, och ett åsidosättande av principen om god förvaltningssed.

93 Sökanden har inom ramen för den andra grundens första del gjort gällande att de frister som följer av den leveranskalender som föreskrivs i de tekniska specifikationerna utgör en oproportionerlig skyldighet, eftersom endast de företag som, vid det datum som föreskrivs för tilldelning av kontraktet, förfogade över en anpassad produktionsserie hade möjlighet att erhålla kontraktet. Dessa överdrivet korta frister hade således endast till syfte att gynna det anbud som lämnats av konsortiet ICAS, i vilket ENEA var medlem, vilket bekräftades av den omständigheten att inget annat anbud lämnades in. Den nio månaders försening med vilken det gemensamma företaget undertecknade kontraktet med konsortiet ICAS visar att de frister som föreskrevs inte var objektivt berättigade.

94 Sökanden har inom ramen för den tredje grunden bland annat gjort gällande att det gemensamma företaget, genom att fastställa leveransfristerna på ett sådant sätt att endast konsortiet ICAS kunde tilldelas kontraktet, gick miste om möjligheten att erhålla mer fördelaktiga anbud än detta konsortiums anbud. Således åsidosatte det genom fastställandet av leveransfristerna inte bara principen om likabehandling av anbudsgivarna utan också principen om god förvaltningssed.

95 Det gemensamma företaget har bestritt dessa påståenden.

96 Det ska inledningsvis konstateras, liksom det gemensamma företaget med rätta har gjort gällande, att de argument genom vilka sökanden avser ifrågasätta lagenligheten av de villkor för upphandlingen som gäller leveransfristerna inte kan godtas, eftersom beslutet om förkastande grundar sig på att det var omöjligt att godkänna ett anbud som innehåller reservationer och att de reservationer som formulerats i anbudet inte uteslutande gällde leveransfristerna.

97 Som har angetts i punkt 17 ovan, utgjorde begäran om undantag från de i leveranskalendern föreskrivna fristerna nämligen endast en av många reservationer formulerade i anbudet. Sökanden begärde vidare bland annat att det gemensamma företaget skulle godkänna att kontraktet endast skulle träda i kraft under förutsättning att ett byggnadstillstånd erhölls och skulle skjutas fram till dess att detta tillstånd hade erhållits. Sökanden vägrade vidare att godkänna klausulen om fasta priser och krävde att mindre ingripande sanktionsåtgärder skulle föreskrivas i kontraktet och att omfattningen av dennes ansvar skulle reduceras. Med andra ord vägrade sökanden, av skäl som inte är att hänföra till frågan om iakttagande av de frister som föreskrivs i leveranskalendern, vilka var och en utgjorde ett undantag i förhållande till bestämmelserna i standardkontraktet, att godkänna kontraktsvillkoren såsom de hade utformats av det gemensamma företaget.

98 Även om det antas att den kritik som sökanden har riktat mot leveranskalendern är välgrundad, har sökanden under dessa omständigheter icke desto mindre vägrat att godkänna standardkontraktet och denna vägran i sig innebär att det gemensamma företaget är skyldigt att förkasta anbudet, såsom framgår av punkterna 71–91 ovan. Således kan inte sökandens anmärkning om rättsstridighet till följd av att leveranskalendern är av diskriminerande och oproportionerlig karaktär leda till att sökandens yrkande om ogiltigförklaring av beslutet om förkastande bifalls. Härav följer att denna anmärkning saknar relevans och ska underkännas.

99 Nämnda anmärkning är under alla omständigheter ogrundad.

100 Enligt rättspraxis förfogar nämligen den upphandlande enheten över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vad som ska beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran. I samband därmed förfogar den även över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller såväl innehåll som tillämpning av de regler som gäller när den genomför en offentlig upphandling genom anbudsinfordran (se tribunalens dom av den 25 oktober 2012 i mål T-216/09, Astrim och Elyo Italia mot kommissionen, punkt 17 och där angiven rättspraxis).

101 Det ska även, med hänsyn till det stora utrymme för skönsmässig bedömning som den upphandlande enheten förfogar över, erinras om att tribunalens prövning ska begränsas till en granskning av att reglerna om förfarandet och motiveringen har iakttagits, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att det inte skett en uppenbart oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna eller förekommit maktmissbruk (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 100 nämnda målet Astrim och Elyo Italia mot kommissionen, punkt 20 och där angiven rättspraxis).

102 Det gemensamma företaget är emellertid, som sökanden med rätta har gjort gällande, skyldigt att iaktta principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Enligt artikel 79 i dess budgetförordning är den upphandlande myndigheten skyldig att se till att principen om likabehandling iakttas under varje etapp av anbudsförfarandet och att alla anbudsgivare följaktligen får samma möjligheter. Vidare är syftet med principen om likabehandling av anbudsgivare att främja en sund och effektiv konkurrens mellan de företag som deltar i en offentlig upphandling. Enligt denna princip krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och den innebär således att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare (domstolens dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction, REG 2001, s. I-7725, punkt 34, och i det ovan i punkt 71 nämnda målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, punkt 108, och tribunalens dom av den 19 mars 2010 i mål T-50/05, REG 2010, s. II-1071, punkterna 55 och 56).

103 Sökanden har inte i förevarande mål påstått att alla anbudsgivare inte underställdes identiska villkor, utan har gjort gällande att de villkor som föreskrevs för samtliga anbudsgivare var utformade på ett sådant sätt att de gynnade konsortiet ICAS. Till stöd för detta påstående har sökanden gjort gällande att endast ett företag som, vid det datum som föreskrivs för tilldelning av kontraktet, förfogade över en anpassad produktionsserie hade möjlighet att erhålla kontraktet och att ingen annan anbudsgivare än konsortiet ICAS lämnade in något anbud som iakttog de frister som angavs i de tekniska specifikationerna för upphandlingen.

104 Det är för det första visserligen riktigt att inget annat godtagbart anbud än konsortiet ICAS:s lämnades in, men påståendet att endast ett företag som förfogade över en anpassad produktionsserie kunde inkomma med anbud, mot bakgrund av de föreskrivna fristerna, har inte styrkts.

105 För det andra har det gemensamma företaget gjort gällande att leveransfristerna fastställdes för att göra det möjligt för detta företag att rätta sig efter de skyldigheter som de påtagit sig i förhållande till den internationella organisationen ITER, Ryssland och Japan och som utgör föremålet för det i förevarande mål aktuella kontraktet (se punkterna 6 och 7 ovan). Dessa påståenden bekräftas av framställandet av de tre berörda kontrakten och den av den internationella organisationen ITER föreskrivna kalendern, vilka bilagts svarsinlagan (bilagorna B 7, B 8, B 10 och B 31–35). Under dessa omständigheter ska det gemensamma företaget anses ha visat att de frister som föreskrivs i de tekniska specifikationerna var objektivt berättigade och inte hade till syfte att gynna något särskilt anbud.

106 Vad däremot beträffar det motsatta argument som sökanden har framfört om att det gemensamma företaget, genom att ha skjutit fram undertecknandet av kontraktet med konsortiet ICAS med nio månader, via sitt handlande har visat att det inte var bundet av dessa frister som det har påstått, starkt dementerats av det gemensamma företaget. Detta företag gjorde nämligen vid förhandlingen gällande att undertecknandet av kontraktet inte kunde ske under sommaren 2010, på grund av medlemmarna i konsortiet ICAS:s oförmögenhet att översända de administrativa och finansiella

handlingar som var nödvändiga för undertecknandet av kontraktet. Det är vidare ostridigt att det gemensamma företaget, till följd av de påståenden om intressekonflikt som sökanden framställde direkt till detta företag innan förevarande mål inleddes och som även utgör en omständighet i målet, beslutade att skjuta upp beslutet om tilldelning och inleda en utredning avseende dessa påståenden. Undertecknandet av kontraktet skedde emellertid så snart denna utredning avslutats (se punkterna 37 och 39–41 ovan).

107 För det tredje består slutligen det påstådda åsidosättandet av principen om god förvaltningssed enligt sökanden i att det gemensamma företaget avsiktligen avstod från möjligheten att motta mer fördelaktiga anbud, genom att besluta att fastställa leveranskalendern på ett sådant sätt att varje anbud utom konsortiet ICAS:s uteslöts. Det framgår emellertid av det ovan angivna att de i leveranskalendern föreskrivna fristerna var objektivt berättigade genom det gemensamma företagets internationella åtaganden. Detta företag gjorde sig inte skyldigt till någon uppenbart felaktig bedömning, när det vid utövandet av den vidsträckta behörighet som det i rättspraxis har tillerkänts på området (se punkt 100 ovan), ansåg att dess skyldighet att rätta sig efter sina internationella åtaganden skulle gå före den eventuella möjligheten att det, för det fall det skulle ha fastställt mindre snäva leveransfrister, skulle ha erhållit ett större antal anbud.

108 Härav följer således att sökanden inte har lyckats visa vare sig att de i leveranskalendern föreskrivna fristerna fastställts på ett sådant sätt att konsortiet ICAS:s anbud gynnades eller att de var oproportionerliga. Således saknar sökandens anmärkningar avseende att leveranskalendern skulle vara rättsstridig grund och ska underkännas.

– Huruvida det förelåg en intressekonflikt vid fastställandet av villkoren för anbudsgivarna

109 Sökanden har inom ramen för den andra grundens andra del gjort gällande att det gemensamma företaget har tillåtit ENEA, som är representerat i olika organ inom det gemensamma företaget och också en av medlemmarna i konsortiet ICAS, att till sin egen fördel påverka villkoren för upphandlingen, vilket skapat en intressekonflikt.

110 M och P, som båda är ombud för ENEA och medlemmar i det gemensamma företagets styrelse respektive verkställande organ, ska nämligen ha medverkat i förberedelserna för upphandlingen. De hade således möjlighet att påverka fastställandet av villkoren för anbudsgivarna på ett sätt som gynnade ENEA:s anbud.

111 Vidare medverkade ENEA i utformningen av TF-ledarna avsedda för projektet JT-60SA och de tekniska specifikationerna tillsändes ENEA för godkännande innan anbudsförfarandet inleddes.

112 Slutligen fick ett ombud för ENEA, under ett besök på Nexans inrättningar i Sydkorea, tillgång till uppgifter av konfidentiell art avseende sökanden.

113 Det gemensamma företaget har bestritt dessa påståenden.

114 Enligt rättspraxis utgör möjligheten för en anbudsgivare att påverka villkoren för en upphandling på ett för den gynnsamt sätt, även om den inte har en sådan avsikt, en situation som kan leda till en intressekonflikt. Intressekonflikten står i detta hänseende i strid med likabehandlingen av anbudsgivarna och deras lika chanser (domstolens dom av den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, REG 2005, s. I-1559, punkterna 29 och 30, och tribunalens dom av den 17 mars 2005 i mål T-160/03, AFCon Management Consultants m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. II-981, punkt 74).

115 För det första följer det av rättspraxis att begreppet intressekonflikt har en objektiv karaktär och att det vid tolkningen av begreppet ska bortses från de berörda parternas avsikter, särskilt deras goda tro (domstolens dom av den 10 juli 2001 i mål C-315/99 P, Ismeri Europa mot revisionsrätten, REG 2001, s. I-5281, punkterna 44–48).

116 För det andra ska det påpekas att det inte föreligger någon absolut skyldighet för den upphandlande enheten att systematiskt utesluta anbudsgivare som befinner sig i en intressekonflikt, då ett sådant uteslutande inte är berättigat i det fall då det är möjligt att visa att denna situation inte har medfört någon inverkan på deras beteende inom ramen för upphandlingsförfarandet och att den inte medför någon faktisk risk att det uppstår beteenden som kan snedvrida konkurrensen mellan anbudsgivarna (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom i det ovan i punkt 114 nämnda målet Fabricom, punkterna 33–36, av den 19 maj 2009 i mål C-538/07, Assitur, REG 2009, s. I-4219, punkterna 26–30, och av den 23 december 2009 i mål C-376/08, Serrantoni och Consorzio stabile edili, REG 2009, s. I-12169, punkterna 39 och 40).

117 För det tredje är däremot uteslutning av en anbudsgivare som befinner sig i en intressekonflikt oundviklig när det inte finns något lämpligare sätt att undvika varje åsidosättande av principerna om likabehandling av anbudsgivarna och om insyn (förstainstansrättens dom av den 12 mars 2008 i mål T-345/03, Evropaïki Dynamiki mot kommissionen, REG 2008, s. II-341, punkt 71 och följande punkter. Se även, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 116 nämnda målet Assitur, punkt 21, och domen i det ovan i punkt 116 nämnda målet Serrantoni och Consorzio stabile edili, punkterna 39 och 40).

118 Således ska tribunalen, mot bakgrund av de ovan angivna omständigheterna, pröva de påståenden enligt vilka ENEA:s – en av anbudsgivarna via konsortiet ICAS – medverkan i upprättandet av anbudsinfordran och enligt sökanden särskilt i fastställandet av de tekniska specifikationerna, utgör en intressekonflikt som har gjort de villkor som följer av anbudsinfordran rättsstridiga, på grund av att dessa utformats på ett sätt som gynnar detta konsortiums anbud.

119 För det första gör inte det gemensamma företagets påståenden att ENEA:s representanter som sitter i styrelsen och är medlemmar i ledningsgruppen inte är medlemmar i dessa organ i egenskap av representanter för ENEA det möjligt att utesluta att det föreligger en intressekonflikt som är sådan att den kan stå i strid med principen om likabehandling av anbudsgivarna. Det gemensamma företaget har nämligen gjort gällande att P, som är medlem i ledningsgruppen, representerar Republiken Italien och inte ENEA och att M är medlem i styrelsen inte i egenskap av representant för ENEA, utan som erkänd sakkunnig på kärnkraftsområdet. Den omständigheten att dessa personer inte ingår i det gemensamma företagets ledningsorgan i egenskap av ombud för ENEA är dock inte i sig sådan att den hindrar dem från att utnyttja sin ställning inom det gemensamma företaget för att främja den italienska nationella myndighetens intressen, vilket just skapar en intressekonflikt.

120 Denna motivering som framförts av det gemensamma företaget kan således inte godtas, utan i stället ska den faktiska roll som dessa ombud för ENEA, liksom ENEA i sig, har spelat vid upprättandet av anbudsinfordran och särskilt vid fastställandet av de tekniska specifikationerna undersökas.

121 För det andra har det gemensamma företaget preciserat att vare sig det verkställande organet eller styrelsen var inblandade i upprättandet av anbudsinfordran. Som svar på de skriftliga frågor som ställdes till det gemensamma företaget före förhandlingen har det lämnat en synnerligen noggrann beskrivning av de olika efter varandra följande etapperna i utarbetandet av de aktuella handlingarna. Sökanden avhöll sig, före och under förhandlingen, från varje kritik avseende dessa förklaringar från det gemensamma företaget. Nämnda förklaringar bekräftar emellertid det gemensamma företagets påståenden att vare sig det verkställande organet eller styrelsen spelade någon som helst roll i upprättandet av anbudsinfordran. Under dessa omständigheter ska sökandens anmärkning avseende att ombud för ENEA ingått i dessa organ i det gemensamma företaget anses ogrundad och ska underkännas.

122 För det tredje, vad gäller sökandens påstående, som bekräftats av det gemensamma företaget, att de tekniska specifikationerna beträffande TF-ledarna avsedda för projektet JT-60SA tillsändes ENEA för godkännande innan anbudsförfarandet inleddes, ska det erinras om att Euratoms bidrag till projektet JT-60SA, för Euratoms räkning, skulle lämnas av Republiken Italien och av Republiken Frankrike och att det var i detta syfte som de nationella myndigheterna i dessa medlemsstater, det vill säga ENEA respektive CEA, konsulterades, då det gemensamma företaget ersatt dessa myndigheter för att ingå det aktuella kontraktet.

123 Det följer emellertid av de förklaringar som det gemensamma företaget gav vid förhandlingen, och som sökanden inte har bestritt, att det vare sig visat sig att ENEA har kunnat dra någon fördel av att de tekniska specifikationerna översändes innan anbudsförfarandet inleddes eller att denna myndighet har kunnat påverka fastställandet av de tekniska specifikationerna på ett sätt som senare visade sig gynna dess intressen. Det gemensamma företaget har, utan att bli motsagt, angett att de tekniska specifikationer som ENEA föreslog slutligen inte antogs. Samma företag har vidare, utan att motsägas av sökanden, gjort gällande att den kännedom som ENEA hade kunnat ha innan anbudsförfarandet inleddes genom sin associering, dels i samband med utvecklingen av de prototyper som var aktuella i projektet JT-60SA, dels vid fastställandet av de tekniska specifikationer som slutligen antogs, inte kunde få till följd att det gynnades, eftersom de aktuella specifikationerna endast medförde konsekvenser beträffande kalibrering och justering av den utrustning som används i kabelanslutnings- och monteringsförfarandet och inte för denna utrustnings art, medan utvärderingen av anbuden endast avsåg anbudsgivarnas möjlighet att förfoga över den aktuella utrustningen och att utnyttja den.

124 För det fjärde kan dessa påståenden inte räcka för att fastställa att dessa handlingar är rättsstridiga, då sökanden inte har preciserat på vilket sätt de konfidentiella uppgifter som en ENEA-expert erhållit vid ett besök på Nexans anläggningar i Sydkorea kunde påverka upprättandet av anbudsinfordran.

125 Av det ovan angivna följer att sökanden inte har lyckats visa att de krav som följer av anbudsinfordran uppkom under påverkan av och till fördel för ENEA och inte kunde tillämpas rättsenligt på alla anbudsgivare.

126 Härav följer att påståendena om att de villkor som anges i anbudsinfordran var rättsstridiga på grund av en intressekonflikt ska underkännas då de är ogrundade.

127 Sökanden saknar således grund för sitt påstående att det var en nödvändig förutsättning att anbudet överensstämde med dessa krav för att anbudet skulle kunna beaktas av det gemensamma företaget. Följaktligen ska det nu prövas huruvida det gemensamma företaget hade fog för att anse att anbudet inte uppfyllde dessa krav.

Huruvida beslutet om förkastande är lagenligt med hänsyn till de i anbudsinfordran angivna villkoren

128 För att bestrida beslutet om förkastande med hänsyn till de villkor som föreskrivs i anbudsinfordran, har sökanden gjort gällande fem ytterligare anmärkningar. För det första har sökanden, inom ramen för den fjärde grunden, gjort gällande att skyldigheten att godkänna standardkontraktet och skyldigheten att iaktta leveranskalendern inte utgör ”grundläggande villkor” i den mening som avses i artikel 120.4 i tillämpningsförordningen. För det andra har sökanden, inom ramen för den första grunden, kritiserat det gemensamma företaget för att inte före antagandet av beslutet om förkastande ha upplyst sökanden om sin tolkning enligt vilken det ansåg sig ha skyldighet att förkasta sökandens anbud såsom icke överensstämmande med anbudsinfordran. För det tredje har sökanden, inom ramen för den andra grundens fjärde del, angett att de överdrivet höga krav som föreskrivs för anbudsgivarna har haft en negativ inverkan på priset i dess anbud. För det fjärde har sökanden, inom ramen för den andra grundens andra del, anfört att ett ombud för ENEA deltagit i förfarandet för utvärdering av anbuden. För det femte har sökanden slutligen gjort gällande att ENEA förfogade över insiderinformation om sökanden.

– Tillämpning av artikel 120.4 i tillämpningsförordningen

129 Såvitt avser den fjärde grunden har sökanden gjort gällande att de reservationer som den formulerade avsåg ”allmänna villkor”i kravspecifikationen och inte ”grundläggande villkor” i den mening som avses i artikel 120.4 i tillämpningsförordningen. Följaktligen anser sökanden att det gemensamma företaget har gjort sig skyldigt till en felaktig rättstillämpning genom att grunda sig på denna bestämmelse för att förkasta sökandens anbud. Enligt sökanden kunde endast de villkor som identifierades som ”grundläggande” i anbudsinfordran leda till tillämpning av artikel 120.4 i tillämpningsförordningen. Vidare hade det gemensamma företaget enligt sökanden, med tillämpning av punkt 4.1 i kravspecifikationen, kunnat bortse från reservationerna i stället för att förkasta anbudet.

130 Det gemensamma företaget har bestritt dessa påståenden.

131 Som det har erinrats om ovan i punkt 89 föreskrivs i artikel 120.4 i tillämpningsförordningen följande:

”De anbud som inte överensstämmer med alla de grundläggande krav som anges i anbudsinfordran eller med de specifika krav som preciseras i dessa handlingar ska förkastas.

Utvärderingskommittén eller [det gemensamma företaget] får be anbudsgivarna att inkomma med kompletterande uppgifter eller förtydliga handlingar som inlämnats med deras anbud, inom de frister som de anger.”

132 Som det har erinrats om ovan i punkterna 73 och 81 har vidare punkt 4.1, första och andra styckena, i kravspecifikationen följande lydelse:

”Inlämnandet av ett anbud innebär ett godtagande av alla bestämmelser i standardavtalet och i dess bilagor, inklusive de [tekniska specifikationerna] och [handboken], samt att anbudsgivaren avstår från sina egna allmänna och särskilda villkor.

[Det gemensamma företaget] får bortse från varje reservation eller klausul om absolut immunitet i detta hänseende som förekommer i anbudet och förbehåller sig rätten att förkasta sådana anbud, utan att behöva göra någon detaljerad bedömning av skälen till varför de inte överensstämmer med kravspecifikationen.”

133 Den överdrivet formalistiska tolkning som sökanden har föreslagit, enligt vilken endast de villkor som identifierades som ”grundläggande” i anbudsinfordran kunde leda till tillämpning av artikel 120.4 i tillämpningsförordningen, kan inte godtas. Tvärtom ska de villkor anses vara grundläggande, av vilka det vid en läsning av anbudsinfordran för en normalt uppmärksam och omsorgsfull aktör tydligt framgår att de är av tvingande karaktär och att de inte är av ringa betydelse, med hänsyn till det aktuella kontraktets syfte och de mål som eftersträvas med de bestämmelser som reglerar offentliga upphandlingar.

134 Såsom angetts i punkterna 72–91 ovan, följer det tydligt av anbudsinfordran att ett godkännande av standardkontraktet och leveranskalendern utgjorde tvingande villkor och att det var nödvändigt att dessa villkor var uppfyllda för att anbudsgivarnas anbud skulle kunna bli föremål för en prövning.

135 Det är vidare ostridigt att de reservationer som sökanden formulerat hade till syfte att ifrågasätta dessa villkor, eftersom de avsåg såväl ett stort antal klausuler i standardkontraktet som leveranskalendern (se punkt 17 ovan) och avsevärt påverkade kontraktets lydelse, såsom datumet för ikraftträdandet, leveranskalendern, principerna för fastställande av priser och kontraktspartens ansvar.

136 Det är uppenbart att de reservationer som sökanden gjort, med hänsyn till betydelsen av dessa och omfattningen av följderna av ett eventuellt åsidosättande av dessa villkor, ska anses utgöra ”grundläggande villkor” i den mening som avses i artikel 120.4 i tillämpningsförordningen. I detta hänseende utgör inte, av de skäl som anges i punkt 133 ovan, den omständigheten att de aktuella villkoren kallas ”allmänna villkor” i kravspecifikationen hinder för en sådan rättslig kvalificering.

137 Således saknar sökanden grund för sitt påstående att det gemensamma företaget inte hade rätt att förkasta anbudet, med motiveringen att artikel 120.4 i tillämpningsförordningen inte var tillämplig i det aktuella fallet, då det däri föreskrivs att endast de anbud som inte uppfyllde alla de grundläggande krav som beskrivs i anbudsinfordran ska förkastas.

138 Sökanden har emellertid även gjort gällande att det gemensamma företaget, även om reservationerna avser grundläggande villkor i den mening som avses i artikel 120.4 i tillämpningsförordningen, inte hade skyldighet att förkasta sökandens anbud, eftersom det enligt sökanden med tillämpning av artikel 4.1 i kravspecifikationen hade kunnat besluta att bortse från dessa reservationer.

139 Detta argument saknar för det första relevans, eftersom det gemensamma företaget, enligt bedömningen i punkterna 131–137 ovan, hade rätt att förkasta anbudet. En anbudsgivare som inkommit med ett anbud som inte uppfyllde kraven i kravspecifikationen kunde således inte tillerkännas någon rätt enligt punkt 4.1 i kravspecifikationen att kräva att dess anbud skulle beaktas, och detta även för det fall det gemensamma företaget hade kunnat ha rätt att bortse från de föreslagna undantagen. Enligt lydelsen i artikel 4.1 andra stycket i kravspecifikationen får det gemensamma företaget ”bortse från varje reservation eller klausul om absolut immunitet i detta hänseende som förekommer i anbudet” och förbehåller sig vidare ”rätten att förkasta sådana anbud, utan att behöva göra någon detaljerad bedömning av skälen till varför de inte överensstämmer med kravspecifikationen”. Det följer av dessa bestämmelser, liksom har angetts ovan i punkt 82, att det andra stycket i punkt 4.1, som inte alls gav det gemensamma företaget möjlighet att beakta eventuella ändringar av standardkontraktet och av leveranskalendern, endast tillät det att bortse från eventuella förslag om avvikelser och gav detta företag rätt att förkasta varje anbud som inte överensstämde därmed.

140 Det ska under alla omständigheter när det gäller huruvida detta argument är välgrundat påpekas att reservationernas undantagskaraktär såväl i förhållande till villkoren i standardkontraktet som i förhållande till leveranskalendern följde av det anbud som sökanden inkommit med och att sökanden själv vid minst två tillfällen skriftligen (se punkterna 21 och 23 ovan), som svar på en begäran om förtydligande från det gemensamma företaget (se punkt 18 ovan), bekräftade att den avsåg att reservationerna skulle bli kontraktsvillkor. Mot bakgrund av dessa preciseringar, kunde det gemensamma företaget inte längre bortse från reservationerna utan att förvanska anbudet, och för övrigt utan att åsidosätta principen om likabehandling av anbudsgivarna, vilken i ett öppet förfarande förutsätter att de inlämnade anbuden utvärderas bokstavligen och inte omtolkas beroende på den upphandlande enhetens vilja.

141 Således kunde inte det gemensamma företaget bortse från sökandens reservationer och det hade skyldighet att förkasta anbudet utan att undersöka dess fördelar, på grundval av bestämmelserna i punkt 4.1 i kravspecifikationen jämförd med artikel 120.4 i tillämpningsförordningen.

142 Härav följer att sökandens anmärkning om att det gemensamma företaget inte kunde anta beslutet om förkastande utan att åsidosätta artikel 120.4 i tillämpningsförordningen ska underkännas då den delvis saknar relevans och dessutom under alla omständigheter är ogrundad.

– Anmärkningen om att det gemensamma företaget inte varnade sökanden vare sig om sin tolkning av räckvidden av artikel 4.1 i kravspecifikationen eller om sin avsikt att förkasta anbudet på grundval av artikel 120.4 i tillämpningsförordningen

143 Sökanden har, inom ramen för den första grunden, kritiserat det gemensamma företaget för att inte före antagandet av beslutet om förkastande ha upplyst sökanden om sin tolkning enligt vilken det ansåg sig vara skyldigt att förkasta sökandens anbud såsom icke överensstämmande med anbudsinfordran. Enligt sökanden hindrade det gemensamma företagets tystnad på denna punkt den från att anpassa sitt anbud, att bestrida innehållet i kravspecifikationen eller att begära prövning av domstol eller genom en administrativ ordning före meddelandet av beslutet om tilldelning.

144 Det gemensamma företaget har bestritt detta argument.

145 För det första ska det påpekas att detta argument inte stöds av de faktiska omständigheterna, eftersom det gemensamma företaget i den begäran om förtydligande som det sände till sökanden (se punkt 18 ovan) angav att ”[f]ör det fall [den] inte [skulle] bekräfta … att [den] godkände kontraktsvillkoren, [skulle anbudet] förkastas utan vidare bedömning”.

146 För det andra saknar detta argument relevans, eftersom ingen bestämmelse eller allmän princip medför skyldighet för den upphandlande enheten, inom ramen för ett öppet förfarande, att upplysa en anbudsgivare om att dess anbud inte uppfyller kraven i kravspecifikationen. Således skulle, även om det gemensamma företaget inte hade upplyst sökanden om att det ansåg att reservationerna innebar att anbudet inte uppfyllde kraven i anbudsinfordran, tystnaden på denna punkt inte ha påverkat lagenligheten av beslutet om förkastande.

147 Således ska sökandens anmärkning att det gemensamma företaget hade underlåtit att upplysa sökanden om att anbudet, på grund av reservationerna, riskerade att förkastas, underkännas då den saknar stöd i de faktiska omständigheterna.

– Anmärkningen att anbudsinfordrans oproportionerliga villkor medförde ett sämre anbud

148 Inom ramen för den andra grundens fjärde del har sökanden gjort gällande att de överdrivet höga krav som föreskrivs för anbudsgivarna har haft en negativ verkan på priset i dess anbud, eftersom produktionskostnaderna ökat på ett omotiverat sätt.

149 Det gemensamma företaget har bestritt detta argument.

150 Eftersom anbudet förkastades utan att prövas, saknar detta argument relevans och ska underkännas. Anbudets pris och dess övriga innehåll påverkade nämligen inte beslutet att förkasta det.

151 När det gäller frågan huruvida detta argument är välgrundat har det, under alla omständigheter, inte fastställts att de krav som det gemensamma företaget ställde på anbudsgivarna var oproportionerliga.

152 För det första har sökanden inte, av de skäl som angetts i punkterna 96–108 ovan, lyckats visa att leveranskalendern saknade objektivt berättigande.

153 För det andra har sökanden inte ens angett skälen till varför den anser att de andra krav än leveranskalendern som de framförda reservationerna gäller är oproportionerliga.

154 Under dessa omständigheter kan inte det påstådda åsidosättandet av proportionalitetsprincipen fastställas. Följaktligen har sökanden inte grund för att hävda att dessa krav påverkade anbudets kvalitet.

155 Härav följer att sökandens anmärkning att anbudsinfordrans oproportionerliga villkor medförde ett sämre anbud ska underkännas då den saknar relevans och att den, under alla omständigheter, dessutom är ogrundad.

– Konsekvenserna av att ombud för ENEA deltagit i förfarandet för utvärdering av anbuden

156 Inom ramen för den andra grundens andra del har sökanden anfört att ett ombud för ENEA deltagit i förfarandet för utvärdering av anbuden. M skulle, då han ingick i den styrelsen, således kunna ha haft en avgörande roll vid beslutet att förkasta anbudet.

157 Det gemensamma företaget har bestritt detta argument.

158 Av samma skäl som dem som anförts i punkterna 120 och 121 ovan, beror frågan huruvida sökandens argument att ombud för ENEA kunde utnyttja sin ställning i det gemensamma företagets verkställande organ och styrelse för att påverka antagandet av beslutet om förkastande är välgrundat på den faktiska roll som dessa organ spelade vid antagandet av detta beslut.

159 Det följer emellertid av det gemensamma företagets förklaringar, vilka inte har bestritts av sökanden, att de anbud som lämnats av sökanden och av konsortiet ICAS utvärderades av en utvärderingskommitté, vilken föreslog att anbudet skulle förkastas på grund av att det inte uppfyllde de grundläggande kraven i anbudsinfordran. Vidare är det ostridigt att inget ombud för ENEA ingick i denna kommitté.

160 Det ska för det första påpekas att förekomsten av ett ombud för ENEA i det verkställande organet inte kunde påverka antagandet av beslutet om förkastande, eftersom sökanden inte har bestritt att detta organ inte medverkade i något skede av förfarandet för urval av anbuden.

161 Samma sak gäller den omständigheten att M ingick i styrelsen, även om detta organ trots allt konsulterades före antagandet av de angripna besluten.

162 Det följer nämligen av artikel 124.2 i tillämpningsförordningen att styrelsens behörighet är begränsad till att fastställa resultaten av den utvärdering som urvalskommittén har gjort och, närmare bestämt, att bekräfta att förfarandet skett på ett regelrätt sätt. Det är vidare ostridigt mellan parterna att styrelsen när det gällde anbudet nöjde sig med att bekräfta utvärderingskommitténs synpunkter, enligt vilka detta inte uppfyllde kraven i anbudsinfordran. Som har angetts i punkterna 131–141 ovan var det gemensamma företaget skyldigt att förkasta anbudet på grund av att det inte uppfyllde kraven i anbudsinfordran. Således hade inte styrelsens ingripande, under de särskilda omständigheterna i målet, någon inverkan på innehållet i det beslut som det gemensamma företaget hade skyldighet att fatta beträffande anbudet. Under dessa omständigheter föreligger ingen sådan intressekonflikt som sökanden har gjort gällande beträffande närvaron av en medlem i ENEA vid styrelsens möte för bekräftande av att utvärderingsförfarandet skett på ett regelrätt sätt, och inget uttalande krävs avseende huruvida de motiveringar som det gemensamma företaget har framfört och som avser denna medlems passivitet vid det aktuella mötet är välgrundade.

163 Härav följer att sökandens anmärkning om förekomsten av en intressekonflikt på grund av medverkan av ett ombud för ENEA vid det möte under vilket styrelsen uttalade sig om huruvida förfarandet för utvärdering av anbuden var rättsenligt ska underkännas då den är ogrundad.

– Påståendet att ENEA förfogade över insiderinformation beträffande sökanden

164 Vad gäller sökandens argument att ett ombud för ENEA, inom ramen för ett uppdrag som utförts för den internationella organisationen ITER:s räkning, skulle kunna ha fått tillgång till upplysningar beträffande ett bolag inom koncernen Nexans etablerat i Sydkorea, räcker det att påpeka att denna

omständighet, förutsatt att den är exakt, inte kan ha någon inverkan på lagenligheten av de skäl på vilka beslutet om förkastande grundar sig och att denna anmärkning följaktligen ska underkännas, då den saknar relevans.

165 Av det ovan anförda följer att sökanden, med förbehåll för den prövning av argumenten om åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar som nu ska göras, inte har fog för att anmärka på att det gemensamma företaget förkastade anbudet.

Åsidosättandet av principen om skydd för berättigade förväntningar

166 Sökanden har inom ramen för den första grundens andra del gjort gällande ett åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar. Enligt sökanden har det gemensamma företaget åsidosatt denna princip, genom att vid ett flertal tillfällen ha gett den garantier om att det inte skulle förkasta dess anbud.

167 Sökanden har i detta hänseende gjort gällande punkt 4.1 i kravspecifikationen, skrivelsen av den 19 november 2009 (se punkt 18 ovan), de garantier som gavs under mötet den 25 mars 2010 (se punkt 24 ovan), skrivelsen av den 13 april 2010 (se punkt 25 ovan) och slutligen den omständigheten att det gemensamma företaget enligt sökanden medvetet ”skapade en oklar situation mellan november 2009 och maj 2010, genom att lämna tvivel beträffande huruvida sökandens anbud skulle godkännas”.

168 Det gemensamma företaget har bestritt dessa påståenden.

169 Principen om skydd för berättigade förväntningar kan åberopas när det föreligger preciserade garantier som är ovillkorliga och samstämmiga, som härrör från behöriga och tillförlitliga källor och som meddelats den berörde av unionsinstitutionerna. Garantierna ska vidare vara av sådant slag att de ger upphov till en berättigad förväntning hos mottagaren och vara förenliga med tillämpliga bestämmelser (se förstainstansrättens dom av den 8 maj 2007 i mål T-271/04, Citymo mot kommissionen, REG 2007, s. II-1375, punkterna 108 och 138, och av den 4 februari 2009 i mål T-145/06, Omya mot kommissionen, REG 2009, s. II-145, punkt 117 och där angiven rättspraxis).

170 Det kan konstateras att inget av de ställningstaganden som sökanden har tillskrivit det gemensamma företaget uppfyller de ovannämnda kraven.

171 För det första kan inte punkt 4.1 i kravspecifikationen, såsom precis har slagits fast, styrka sökandens resonemang, eftersom den tydligt anger att överensstämmelse utan undantag med standardavtalet och leveranskalendern utgör ett villkor för att anbuden ska vara förenliga med kontraktsföremålet. Av samma punkt framgår även tydligt att det gemensamma företaget har möjlighet att bortse från varje reservation och att förkasta de anbud som inte uppfyller kraven i anbudsinfordran. Sökanden saknar således grund för sitt påstående att punkt 4.1 i kravspecifikationen utgjorde en preciserad garanti för att anbudet skulle beaktas trots reservationerna.

172 För det andra angavs det tydligt i skrivelsen av den 19 november 2009 (se punkt 18 ovan) till sökanden att anbudet kunde förkastas, såvida inte de reservationer som gjorts inte alls skulle anses utgöra kontraktsvillkor. Det är uppenbart att en sådan angivelse inte utgör en preciserad garanti för att anbudet, trots reservationerna, skulle bli föremål för en utvärdering.

173 För det tredje har sökanden inte förebringat någon bevisning som styrker att sådana garantier lämnades till den under mötet den 25 mars 2010. Det gemensamma företaget har bestämt bestritt sökandens påståenden och lämnat utförliga vittnesmål från sina ombud. Under dessa omständigheter har sökanden inte uppfyllt den bevisbörda som den har i förevarande mål.

174 För det fjärde omfattade inte heller skrivelsen av den 13 april 2010 någon garanti som innebar att sökanden kunde hoppas på att dess anbud skulle utvärderas. I denna skrivelse (se punkt 25 ovan) preciserades det nämligen endast för sökanden att utvärderingsförfarandet pågick, att det inte ankom på det gemensamma företaget att avslöja information avseende detta förfarande förrän det avslutats och att sökanden hade inkommit med de preciseringar som begärts av den. De preciseringar som denna skrivelse hänvisar till är de som sökanden lämnat som svar på den begäran om förtydligande som den hade tillsänts och som gällde frågan huruvida de reservationer som formulerats i anbudet kunde bortses från eller inte (se punkterna 18–21 ovan).

175 För det femte kan – även om det antas att det gemensamma företaget, såsom sökanden har påstått, har skapat en oklar situation mellan november 2009 och maj 2010, genom att lämna tvivel beträffande huruvida dess anbud kunde godkännas, vilket för övrigt dementeras genom det ovan anförda – ett sådant förhållande anses under alla omständigheter inte uppfylla de ovan i punkt 169 nämnda kraven i rättspraxis, enligt vilka preciserade garantier som är ovillkorliga och samstämmiga ska föreligga.

176 Följaktligen saknar sökanden grund för sitt påstående att beslutet om förkastande antogs i strid med principen om skydd för berättigade förväntningar.

177 Således följer av det ovan anförda att sökanden saknar grund för att begära ogiltigförklaring av beslutet om förkastande och att talan om ogiltigförklaring av detta beslut ska ogillas.

Talan om ogiltigförklaring av beslutet om tilldelning

178 Det framgår av övervägandena ovan i punkterna 54–58 att den omständigheten att talan om ogiltigförklaring av beslutet om förkastande ogillats får till följd att sökanden inte kan styrka att den är direkt berörd av beslutet om tilldelning. Härav följer att sökanden saknar behörighet att väcka talan mot detta beslut och att de yrkanden som avser ogiltigförklaring av detta inte kan tas upp till sakprövning.

2. *Skadeståndstalan*

179 Enligt artikel 9.2 i beslut 2007/198 ska i fråga om utomobligatoriskt ansvar det gemensamma företaget, i enlighet med de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas lagstiftning, gottgöra skada som har orsakats av dess anställda under deras tjänsteutövning. I detta hänseende förutsätts för att det gemensamma företagets utomobligatoriska skadeståndsansvar ska kunna göras gällande att ett antal villkor är uppfyllda, nämligen att det agerande som läggs de berörda institutionerna till last är rättsstridigt, att det verkligen föreligger en skada och att det finns ett orsakssamband mellan detta agerande och den åberopade skadan (se, analogt, beträffande unionens och Euratoms ansvar, domstolens dom av den 29 september 1982 i mål 26/81, Oleifici Mediterranei mot EEG, REG 1982, s. 3057, punkt 16, och av den 27 mars 1990 i mål C-308/87, Grifoni mot kommissionen, REG 1990, s. I-1203, punkt 6, och förstainstansrättens dom av den 11 juli 1996 i mål T-175/94, International Procurement Services mot kommissionen, REG 1996, s. II-729, punkt 44).

180 Om ett av dessa villkor inte är uppfyllt ska talan ogillas i sin helhet utan att det är nödvändigt att pröva de andra villkoren (domstolens dom av den 15 september 1994 i mål C-146/91, KYDEP mot rådet och kommissionen, REG 1994, s. I-4199, punkterna 19 och 81, och förstainstansrättens dom av den 20 februari 2002 i mål T-170/00, Förde-Reederei mot rådet och kommissionen, REG 2002, s. II-515, punkt 37).

181 Sökanden har, till stöd för skadeståndstalan, när det gäller villkoret avseende att fel ska ha begåtts gjort gällande att de angripna besluten var rättsstridiga.

182 Det framgår emellertid av prövningen av de yrkanden om ogiltigförklaring som sökanden har framställt att den inte har grund för sitt påstående att beslutet om förkastande är rättsstridigt. Förevarande skadeståndstalan ska således ogillas då det grundar sig på påståendet att beslutet om förkastande är rättsstridigt.

183 När det gäller omfattningen av det ansvar som kan tillskrivas det gemensamma företaget på grund av beslutet om tilldelning, vars lagenlighet inte har bedömts inom ramen för prövningen av sökandens talan om ogiltigförklaring, ska det först prövas om det kan fastställas ett orsakssamband mellan de skador som sökanden gjort gällande och nämnda beslut samt om dessa skador har fastställts och är av sådan art att de berättigar till ersättning.

184 Den första skada som sökanden har gjort gällande består i de utgifter som den haft för att delta i anbudsförfarandet. Prövningen av huruvida beslutet om förkastande var lagenligt visar emellertid att sökanden inte kunde göra anspråk på att tilldelas kontraktet, eftersom anbudet skulle förkastas utan att prövas. Sökanden ska således stå för de utgifter som den hade för att delta i anbudsförfarandet oberoende av huruvida beslutet om tilldelning är lagligt, eftersom sökanden själv försatt sig i en situation som uteslöt att den kunde erhålla kontraktet. Under dessa förhållanden har inte orsakssambandet mellan den första påstådda skadan och beslutet om tilldelning fastställts. Vidare ska det påpekas att denna skada inte berättigar till ersättning eftersom det följer av punkt 4.1 i kravspecifikationen att ”[u]tgifter i samband med upprättandet och inlämnandet av anbuden [inte] kommer att ersättas av [det gemensamma företaget]”.

185 Den andra skada som sökanden har angett sig ha lidit utgörs av de kostnader som den haft för att bestrida lagenligheten av de angripna besluten. I detta hänseende kan, eftersom sökanden har begärt att det gemensamma företaget ska ersätta rättegångskostnaderna, begäran om ersättning för den andra skadan inte bifallas, då detta skulle tillåta sökanden att ersättas dubbelt för samma sak. Det ska under alla omständigheter påpekas att det, även för det fall beslutet om tilldelning skulle vara rättsstridigt, ovan har bedömts att sökanden inte har behörighet att begära ogiltigförklaring av detta och att de utgifter som sökanden haft i detta syfte inte under dessa omständigheter kan utgöra en skada som berättigar till ersättning.

186 De tredje och fjärde skador som gjorts gällande gäller förlust av möjligheter att tilldelas kontraktet och förlust av en konkurrensfördel som skulle ha lett till att sökanden tilldelades kontraktet. Det framgår i detta hänseende av prövningen av huruvida beslutet om förkastande var lagenligt att sökanden inte hade någon möjlighet att erhålla kontraktet. Det föreligger således inget orsakssamband mellan beslutet om tilldelning och den påstådda förlusten av möjligheter och konkurrensfördel.

187 Härav följer att för var och en av de skador som sökanden har anfört gäller att minst ett av de krav som uppställs i rättspraxis inte iakttagits, att skadeståndstalan således ska ogillas och att talan följaktligen ska ogillas i sin helhet.

3. *Begäran om åtgärder för processledning*

188 Sökanden har, som en åtgärd för processledning, begärt att tribunalen ska förplikta det gemensamma företaget att, eventuellt i en icke konfidentiell version, inkomma med det tekniska och kommersiella anbud som konsortiet ICAS lämnat och det kontrakt som undertecknats med detta konsortium den 9 december 2010.

189 Det gemensamma företaget har inkommit med en icke konfidentiell version av kontraktet och leveranskalendern som återgavs i bilaga B till kontraktet, men har i övrigt bestritt denna begäran.

190 Då det gemensamma företaget inkommit med det kontrakt som undertecknats av konsortiet ICAS och sökanden inte har bestritt omfattningen av den sekretess som det gemensamma företaget föreskrivit, ska inte begäran om åtgärder för processledning prövas vad gäller denna handling.

191 Då det av konsortiet ICAS inlämnade anbudet inte förefaller användbart för utgången av förevarande mål, eftersom det inte på något sätt påverkar huruvida beslutet om förkastande var lagenligt, ska begäran om åtgärder för processledning som avser att detta anbud ska lämnas in ogillas.

Rättegångskostnader

192 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Det gemensamma företaget har yrkat att sökanden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet kostnaderna för det interimistiska förfarandet. Eftersom sökanden har tappat målet, ska det gemensamma företagets yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (första avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Nexans France ska ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet kostnaderna för det interimistiska förfarandet.

Azizi Frimodt Nielsen Kancheva

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 20 mars 2013.

Justitiesekreterare Ordförande
E. Coulon

Innehållsförteckning

Bakgrund 1

1. Presentation av det gemensamma företaget 1

2. Upphandlingsförfarandet 2

Förfarandet och parternas yrkanden 7

Rättslig bedömning 8

1. Talan om ogiltigförklaring 8

Huruvida talan om ogiltigförklaring kan upptas till sakprövning 8

Upptagande till sakprövning av sökandens andra yrkande 8

Sökandens behörighet att väcka talan mot beslutet om tilldelning 9

Huruvida yrkandet om ogiltigförklaring av beslutet om förkastande är välgrundat 10

Inledande anmärkningar 10

Huruvida anbudsinfordran är lagenlig 11

– De bestämmelser som är tillämpliga på anbudsförfarandets tydlighet 11

– Berättigandet av de frister som föreskrevs i leveranskalendern 15

– Huruvida det förelåg en intressekonflikt vid fastställandet av villkoren för anbudsgivarna 17

Huruvida beslutet om förkastande är lagenligt med hänsyn till de i anbudsinfordran angivna villkoren 19

– Tillämpning av artikel 120.4 i tillämpningsförordningen 20

– Anmärkningen om att det gemensamma företaget inte varnade sökanden vare sig om sin tolkning av räckvidden av artikel 4.1 i kravspecifikationen eller om sin avsikt att förkasta anbudet på grundval av artikel 120.4 i tillämpningsförordningen 22

– Anmärkningen att anbudsinfordrans oproportionerliga villkor medförde ett sämre anbud 22

– Konsekvenserna av att ombud för ENEA deltagit i förfarandet för utvärdering av anbuden 23

– Påståendet att ENEA förfogade över insiderinformation beträffande sökanden 23

Åsidosättandet av principen om skydd för berättigade förväntningar 24

Talan om ogiltigförklaring av beslutet om tilldelning 25

2. Skadeståndstalan 25

3. Begäran om åtgärder för processledning 26

Rättegångskostnader 27