Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (fjärde avdelningen)

den 27 april 2016 *

”Offentlig upphandling av tjänster — Anbudsförfarande — Programvaruutveckling och underhållstjänster — En anbudsgivares anbud förkastas — Rangordning av en anbudsgivare i ett kaskadsystem — Skäl för uteslutning — Intressekonflikt — Likabehandling — Omsorgsplikt — Tilldelningskriterier — Uppenbart oriktig bedömning — Motiveringsskyldighet — Utomobligatoriskt skadeståndsansvar — Förlust av en möjlighet”

I mål T-556/11,

European Dynamics Luxemburg SA, Ettelbrück (Luxemburg),

European Dynamics Belgium SA, Bryssel (Belgien),

Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, Aten (Grekland),

inledningsvis företrädda av advokaterna N. Korogiannakis, M. Dermitzakis och N. Theologou, därefter av advokaten I. Ampazis, och slutligen av advokaten M. Sfyri,

sökande,

mot

Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO) inledningsvis företrädd av N. Bambara och M. Paolacci, därefter av M. Bambara, båda i egenskap av ombud, biträdda av advokaterna P. Wytinck och B. Hoorelbeke,

svarande,

angående dels en talan om ogiltigförklaring av det beslut som fattats av EUIPO i anbudsförfarandet AO/029/10 med rubriken ”Programvaruutveckling och underhållstjänster”, vilket delgavs sökandena genom skrivelse av den 11 augusti 2011, att förkasta anbudet från European Dynamics Luxembourg och andra beslut av EUIPO inom ramen för upphandlingen i fråga, däribland beslutet att tilldela andra anbudsgivare kontraktet, dels skadeståndstalan,

meddelar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen),

sammansatt av ordföranden M. Prek, samt domarna I. Labucka och V. Kreuschitz (referent),

justitiesekreterare: handläggaren L. Grzegorczyk,

* Rättegångsspråk: engelska.

efter den skriftliga delen av förfarandet och förhandlingen den 10 juli 2015,

följande

Dom [1]

Bakgrund till tvisten

1 Sökandena, European Dynamics Luxembourg SA, European Dynamics Belgium SA och Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE är verksamma inom informationsteknik- och kommunikationsbranschen och inger regelbundet anbud i samband med olika anbudsförfaranden som anordnas av unionens organ och institutioner, däribland Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO).

2 Genom meddelande om upphandling av den 15 januari 2011 publicerade EUIPO i tillägg till *Europeiska unionens tidning* (EUT 2011/S 10-013995) en anbudsförfrågan med referensnummer AO/029/10 och med rubriken ”Programvaruutveckling och underhållstjänster”. Det offentliga kontrakt som skulle tilldelas avsåg tillhandahållande av datatjänster till EUIPO avseende prototyputformning, analys, utformning, grafisk design, utveckling, testning och installation av informationssystem samt tillhandahållande av teknisk dokumentation, utbildning och underhåll beträffande dessa system.

3 Enligt punkt II.1.4 i meddelandet om upphandling avsåg upphandlingen tilldelning av ramavtal upp till en högsta löptid på 7 år med tre separata tjänsteleverantörer. I nämnda punkt i meddelandet om upphandling, jämförd med punkt 14.3 i förfrågningsunderlaget (bilaga I till anbudshandlingarna) preciserades att dessa ramavtal skulle ingås enligt ett ”kaskadsystem”, för en inledande period om tre år med möjlighet till årlig förlängning med maximalt fyra år. Detta system innebar att om den anbudsgivare som rangordnats på första plats inte kunde tillhandahålla de efterfrågade tjänsterna skulle EUIPO vända sig till den som rangordnats på andra plats och så vidare (se punkt 14.2 i förfrågningsunderlaget)

4 Enligt punkt IV.2.1 i meddelandet om upphandling skulle kontraktet tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, det vill säga det anbud som uppvisade det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris.

[*utelämnas*]

12 Genom skrivelse av den 11 augusti 2011 (nedan kallat den omtvistade skrivelsen) informerade EUIPO den första sökanden om resultatet av anbudsförfarande AO/029/10 och angav att dess anbud inte hade antagits, eftersom det inte visat sig vara det ekonomiskt mest fördelaktiga (nedan kallat beslutet om att förkasta anbudet). I denna skrivelse fanns även en jämförande tabell av vilken det framgick hur många poäng detta anbud tilldelats, nämligen 84,72 och hur många poäng som respektive anbud från de tre anbudsgivare som erhållit de högsta poängtalen erhållit, nämligen ”Informática El Corte Ingles – Altia” med 90,58 poäng, ”Everis-Unisys-Fujitsu” med 90,19 poäng och ”Drasiskonsoriet” med 85,65 poäng.

[*utelämnas*]

14 Genom skrivelse av den 26 augusti 2011 tillsände EUIPO den första sökanden ett utdrag ur utvärderingsrapporten bestående av den kvalitativa utvärderingen av sökandens anbud enligt tre kriterier, nämligen kvaliteten på underhållstjänsterna avseende programvaran, affärsdelen och

1 — Nedan återges endast de punkter i denna dom som tribunalen anser bör publiceras.

kvaliteten på kundtjänsterna. Vidare meddelade EUIPO, dels namnen på de vinnande anbudsgivarna, nämligen El Corte Ingles, SA – Altia Consultores, SA Temporary Association (nedan IECI), som rangordnats på första plats, Everis SLU, Unisys och Fujitsu Technology Solutions (nedan Unisyskonsortiet eller Unisys, som rangordnats på andra plats samt Drasiskonsoriet (Siemens IT Solutions and Services SA (nedan Siemens SA), Siemens IT Solutions and Services SL (nedan Siemens SL), Intrasoft International SA och Indra Sistemas SA (nedan Drasiskonsortiet eller Drasis), som rangordnats på tredje plats, dels två tabeller där det framgick vilka poäng som tilldelats dessa anbudsgivare samt den första sökanden för deras tekniska respektive finansiella anbud. Det är fråga om följande tabeller: Jämförande tabell avseende de tekniska anbuden:

Kvalitativa kriterier	IECI[…]	[Unisys]	Dras[i]s	European Dynamics
Kvalitativt kriterium nr. 1	46,81	45,51	51,74	58,21
Kvalitativt kriterium nr 2	15,00	15,00	15,50	18,00
Kvalitativt kriterium nr 3	10,15	10,15	10,81	11,69
Totalt	71,96	70,66	78,05	87,90
Totalt av 100	81,86	80,38	88,78	100,00

	IECI […]	[Unisys]	Dras[i]s	European Dynamics
Kvalitativa kriterier (50 %)	81,86	80,38	88,78	100,00
Ekonomisk utvärdering (50 %)	99,30	100,00	82,51	69,44
Total poäng	90,58	90,19	85,65	84,72

18 Genom skrivelse av den 15 september 2011 ställd till den första sökanden hänvisade EUIPO till sin motivering i den omtvistade skrivelsen och i sin skrivelse av den 26 augusti 2011, vilken motivering EUIPO ansåg tillräcklig. EUIPO sade sig emellertid vara beredd att tillhandahålla ytterligare detaljer avseende de finansiella kriterierna och översände nedanstående jämförande tabell:

	Kriterium nr. 1 (70)	Kriterium nr. 2 (30)	Totalt antal poäng (100)	Finansiella poäng
IECI[…]	65,77	19,69	85,45	99,30
[Unisys]	70,00	16,06	86,06	100,00
Drasis[…]	53,47	17,54	71,01	82,52
European Dynamics	29,75	30,00	59,75	69,44

Förfarandet och parternas yrkanden

21 Sökandena väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 21 oktober 2011.

22 Genom särskild handling som inkom till tribunalens kansli den 31 januari 2012 gjorde EUIPO en invändning om rättegångshinder i enlighet med artikel 114 i tribunalens rättegångsregler av den 2 maj 1991 och yrkade att tribunalen skulle avvisa talan om ogiltigförklaring då det var uppenbart att talan inte kunde prövas, och förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna. Sökandena har i sitt yttrande, som ingavs den 26 april 2012, yrkat att invändningen om rättegångshinder ska ogillas.

23 Genom beslut av den 12 september 2013, European Dynamics Luxembourg m.fl./harmoniseringsbyrån (T-556/11, REU, EU:T:2013:514), ogillade tribunalen invändningen om rättegångshinder och beslutade att frågan om rättegångskostnader skulle anstå. EUIPO överklagade inte beslutet, som därför vunnit laga kraft.

24 I samband med att sammansättningen av tribunalens avdelningar ändrades, förordnades referenten att tjänstgöra på fjärde avdelningen, varför målet tilldelades denna avdelning.

25 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (fjärde avdelningen) att inleda den muntliga delen av förfarandet.

[*utelämnas*]

28 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens muntliga frågor vid förhandlingen den 10 juli 2015.

29 Vid förhandlingen återkallade sökandena sina yrkanden om skadestånd, med undantag för yrkandet om ersättning för förlust av en möjlighet, vilket noterades i förhandlingsprotokollet.

30 Sökandena har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara beslutet att förkasta anbudet och alla andra beslut som EUIPO fattat i samband härmed, däribland besluten att tilldela de anbudsgivare som rangordnats på första, andra och tredje plats i kaskadsystemet det aktuella kontraktet (nedan tillsammans kallade de angripna besluten),

— förplikta EUIPO att betala sökandena 6 750 000 euro för den skada dessa lidit med anledning av förlusten av en möjlighet,

— förplikta EUIPO att ersätta rättegångskostnaderna.

31 EUIPO har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

1. *Talan om ogiltigförklaring*

Sammanfattning av grunderna

32 Sökandena har anfört tre grunder till stöd för talan om ogiltigförklaring.

33 Som första grund har det gjorts gällande att EUIPO har åsidosatt sin motiveringsskyldighet enligt artikel 100.2 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) (nedan kallad budgetförordningen) i dess lydelse enligt rådets förordning (EG, Euratom) nr 1995/2006 av den 13 december 2006 (EUT L 390, s. 1) genom att ha gett sökandena otillräckliga uppgifter och förklaringar om hur den upphandlande myndigheten resonerat när den antog beslutet att förkasta deras anbud.

34 Den andra grunden avser flera fall av uppenbart oriktig bedömning, bland annat vad gäller användningen av nya eller okända tilldelningskriterier som är oförenliga med förfrågningsunderlaget och otillräckligt förklarade under anbudsförfarandet (den första delen), användningen av en felaktig metod för finansiell utvärdering som gett upphov till snedvridning av konkurrensen (den andra delen), och som manipulerats av de anbudsgivare som tilldelats kontraktet (den tredje delen) samt förhållandet att föremålet för upphandling ändrats (den fjärde delen).

35 Som tredje grund har sökandena gjort gällande åsidosättande av principen om likabehandling, bland annat på grund av att anbudsgivare som tilldelats kontraktet inte har uteslutits trots att de befann sig i en intressekonflikt, av artiklarna 93.1, och artiklarna 94 och 96 i budgetförordningen, av artiklarna 133a och 134b i kommissionens förordning (EG, Euratom) nr 2342/2002 av den 23 december 2002 om genomförandebestämmelser för budgetförordningen (EGT L 357, s. 1) (nedan kallad genomförandebestämmelserna) och av principen om god förvaltningssed.

36 Till följd av EUIPO:s svar på tribunalens åtgärder för processledning (se punkterna 26 och 27 ovan), har sökandena anfört en ny grund enligt vilken EUIPO ska ha åsidosatt förfrågningsunderlaget genom att godta det finansiella anbudet från IECI trots att det innehöll ett alternativ och ett prisintervall.

37 Tribunalen ska först pröva den tredje grunden, som består av tre delar, därefter den andra grunden tillsammans med den nya grunden som avses i punkt 36 ovan samt, slutligen den första grunden.

Den tredje grunden: åsidosättande av principen om likabehandling, av artikel 93.1, och artiklarna 94 och 96 i budgetförordningen, av artiklarna 133a och 134b i genomförandebestämmelserna och av principen om god förvaltningssed

Grundens första del: huruvida det föreligger en intressekonflikt vad gäller Drasiskonsortiet

38 Sökandena har, vad gäller grundens första del, i huvudsak hävdat att den tredje anbudsgivaren som tilldelats kontraktet i kaskadsystemet, nämligen Drasiskonsortiet innefattade det bolag som utarbetat förfrågningsunderlaget och som följaktligen befann sig i en intressekonflikt i den mening som avses i artikel 94 a i budgetförordningen och den rättspraxis som bland annat innebär att en person som har deltagit i förberedande arbete avseende det aktuella kontraktet kan ha en fördel när det gäller att formulera anbudet, på grund av den information som personen kan ha erhållit när den utförde nämnda förberedande arbete. En sådan person kan dessutom påverka villkoren för upphandlingen på

ett för den gynnsamt sätt i förhållande till andra anbudsgivare, även om den inte har en sådan avsikt. Den allvarliga intressekonflikt som kännetecknar den tredje vinnande anbudsgivarens situation bör alltså vara tillräcklig för att dess anbud ska uteslutas.

39 Sökandena har framhållit att EUPIO, genom att inte till dem lämna ut namnen på partners och underleverantörer som ingick i de konsortier som tilldelats kontrakt, inte endast åsidosatt sin motiveringsskyldighet utan även sökt undvika att en väsentlig oegentlighet som påverkade upphandlingsförfarandet, avslöjades. EUIPO undersökte dessutom inte sökandenas invändningar härvidlag som den borde ha gjort, trots att flera objektiva och överensstämmande omständigheter borde ha föranlett EUIPO att visa särskild uppmärksamhet. Eftersom EUIPO inte hade undersökt eventuella band mellan sig och det bolag som utarbetat förfrågningsunderlaget saknade EUIPO grund för att med rimlig säkerhet utesluta att detta bolag hade kunnat påverka anbudsförfarandet. EUIPO skulle även ha använt sig av de påföljder som anges i artikel 96 i budgetförordningen och i artiklarna 133a och 134b i genomförandebestämmelserna. Även om utvärderingskommittén inte hade kännedom om intressekonflikten under utvärderingen av anbuden, vilket inte var fallet, hade sökandena informerat EUIPO innan kontraktet undertecknades. Sökandena har, vad gäller den tredje anbudsgivaren som tilldelats kontraktet, bestritt att EUIPO undersökt de berörda juridiska personernas situation och kommit till slutsatsen att det inte fanns någon intressekonflikt, då endast en av dessa personers förklaring inte var tillräcklig för att konstatera att det inte skett ett åsidosättande av förfrågningsunderlaget och budgetförordningen.

40 EUIPO har genmält att punkt 13.1 i förfrågningsunderlaget står i överensstämmelse med rättspraxis, enligt vilken dels en möjlig intressekonflikt kan uppkomma när en anbudsgivare har deltagit i förberedelsen av anbudsinfordran, dels att denna anbudsgivare i ett sådant fall ska ges möjlighet att förklara varför en sådan intressekonflikt inte, under de aktuella omständigheterna, gett denne en otillbörlig konkurrensfördel. Intressekonflikten ska under alla omständigheter vara verklig och inte hypotetisk och risken för en sådan intressekonflikt ska fastställas efter en särskild prövning av anbudet och anbudsgivarens situation. En möjlig intressekonflikt på grund av att en underleverantör medverkat när förfrågningsunderlaget togs fram räcker inte för att denne anbudsgivare ska uteslutas. EUIPO har i det aktuella fallet beaktat den påstådda intressekonflikten. Efter att ha konstaterat att PricewaterhouseCoopers (PWC) Spain var underleverantör till Drasiskonsortiet begärde EUIPO omedelbart förtydliganden från nämnda konsortium. Drasis förklarade som svar på denna begäran, för det första att det endast var PWC UK och PWC Belgium som deltagit i förberedelsen av förfrågningsunderlaget och att det inte fanns några organisatoriska band mellan dem och PWC Spain. För det andra hade PWC UK och PWC Belgium, eftersom de var bundna av tystnadsplikt med avseende på de tjänster som de utfört för EUIPO för att utarbeta förfrågningsunderlaget, inte lämnat några relevanta uppgifter, bland annat till andra bolag i samma koncern. För det tredje har Drasis preciserat att konsortiet inte hade kontaktat PWC Spain förrän sex dagar före fristen för att lämna anbud och i dess skrivelse av den 15 april 2011 bekräftades att detta bolag inte deltagit i förberedelsen, utformningen, prissättningen eller valideringen av konsortiets tekniska anbud. Mot bakgrund av dessa uppgifter kontrollerade EUIPO därefter huruvida den omständigheten att PWC Spain medverkade i Drasiskonsortiet kunde medföra en otillbörlig konkurrensfördel i förhållande till övriga anbudsgivare och fann att så inte var fallet. EUIPO anser således att dess handlande har varit förenligt med förfrågningsunderlaget och med tillämpliga bestämmelser och att det var en riktig bedömning att under de aktuella omständigheterna slå fast att det saknades godtagbar anledning att utesluta Drasiskonsortiet från anbudsförfarandet. Vad slutligen avser de tekniska tilldelningskriterierna så erhöll den första sökandens anbud avsevärt högre poäng än Drasiskonsortiets anbud, vilket i sig visar att det sistnämnda konsortiet inte fått någon otillbörlig konkurrensfördel.

41 Tribunalen finner mot bakgrund av de uppgifter som lämnats av EUIPO i dess svarsskrivelse att det i förevarande mål är utrett att PWC UK och PWC Belgium, bolag som kontrolleras till 100 procent av PWC International Ltd, deltagit i föreberedelsen av förfrågningsunderlaget i anbudsförfarandet och att PWC Spain, ett annat dotterbolag till PWC International, ingick i Drasiskonsortiet, som var den tredje anbudsgivaren som tilldelats kontraktet. Det framgår vidare av de två skrivelserna av den 15 april 2011,

vilka tillställdes EUIPO av Drasiskonsortiet och av PWC Spain och vars innehåll inte har bestritts av sökandena, att detta konsortium hade inbjudit PWC Spain att delta i anbudsförfarandet som underentreprenör endast sex dagar före fristen för att lämna anbud.

42 Det ska därför först prövas huruvida PWC Spain, och följaktligen Drasiskonsortiet, befann sig i en intressekonflikt i den mening som avses i artikel 94 a i budgetförordningen och punkt 13.1 första stycket g andra meningen i förfrågningsunderlaget, som innebar att principen om likabehandling av anbudsgivare åsidosattes.

43 Såsom framgår av dom av den 3 mars 2005, Fabricom (C-21/03 och C-34/03, REG, EU:C:2005:127, punkterna 26–36), jämförd med dom av den 19 maj 2009, Assitur (C-538/07, REG, EU:C:2009:317, punkterna 21–32), innebär organisatoriska band mellan två bolag där ett av dem medverkat i utarbetandet av förfrågningsunderlaget och det andra deltar i det aktuella anbudsförfarandet, i princip, att det uppkommer en intressekonflikt. Risken för en intressekonflikt är däremot, mot bakgrund av denna rättspraxis lägre, när det som i förevarande mål, de bolag som förberett förfrågningsunderlaget inte själva ingår i det anbudsgivande konsortiet utan endast tillhör samma koncern som det bolag som ingår i konsortiet.

44 Även om det skulle antas att en sådan situation faktiskt kunde ge upphov till en intressekonflikt ska det i förevarande mål konstateras att EUIPO har kontrollerat och visat att en sådan intressekonflikt inte kunde påverka anbudsförfarandet och inte heller resultatet av detsamma.

45 För att den upphandlande myndigheten automatiskt ska kunna utesluta de berörda företagen från anbudsförfarandet är det däremot inte tillräckligt att det blott konstateras att det mellan PWC International och dess dotterbolag föreligger ett kontrollförhållande, utan att det prövas huruvida detta förhållande har haft någon konkret inverkan på respektive företags beteende inom ramen för detta förfarande (se, för ett liknande resonemang, domen Assitur, punkt 43 ovan, EU:C:2009:317, punkt 32). Detsamma gäller i än högre grad då det konstateras att vissa förberedande uppgifter utförts av ett bolag tillhörigt en koncern, och ett annat bolag i koncernen deltar i anbudsförfarandet som anbudsgivare, då det sistnämnda bolaget måste ges tillfälle att visa att situationen inte medför någon risk för påverkan på konkurrensen mellan anbudsgivarna (se, för ett liknande resonemang och analogt, dom Fabricom, punkt 43 ovan, EU:C:2005:127, punkterna 33–36, och dom av den 20 mars 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, REU, EU:T:2013:141, punkt 116).

46 Däremot ska en intressekonflikt medföra att en upphandlande myndighet utesluter den berörda anbudsgivaren när denna åtgärd är den enda möjliga för att undvika att principerna om likabehandling av anbudsgivare och insyn, som gäller vid alla offentliga upphandlingsförfaranden, åsidosätts (se, för ett likande resonemang och analogt, domen Assitur, punkt 43 ovan, EU:C:2009:317, punkt 21, och dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, REU, EU:C:2009:808, punkt 31), det vill säga när det inte finns något mindre långtgående sätt att säkerställa att dessa principer iakttas (se, för ett liknande resonemang, domen Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, punkt 45 ovan, EU:T:2013:141, punkt 117 och där angiven rättspraxis). Det ska påpekas att en intressekonflikt eller en sammanblandning av intressen i sig och objektivt sett är en allvarlig brist eller oegentlighet och för att bedöma denna är det inte nödvändigt att beakta berörda parters avsikter och goda eller onda tro (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 juni 1999, Ismeri Europa/revisionsrätten, T-277/97, REG, EU:T:1999:124, punkt 123; domen Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, punkt 45 ovan, EU:T:2013:141, punkt 115, och dom av den 11 juni 2014, Communicaid Group/kommissionen, T-4/13, EU:T:2014:437, punkt 53).

47 Den 11 april 2011, det vill säga en månad efter fristen för att lämna anbud och fyra månader innan tilldelningsbeslutet, begärde EUIPO uttryckligen att Drasiskonsortiet skulle klargöra bolagsstrukturen i PWC-koncernen för att kontrollera huruvida det förelåg en intressekonflikt. Nämnda konsortium och PWC Spain besvarade begäran genom två i princip identiska skrivelser av den 15 april 2011. Det

framgår av dessa skrivelser, bland annat att Drasiskonsortiet inbjöd PWC Spain att delta i anbudsförfarandet som underleverantör endast sex dagar innan fristen att lämna anbud löpte ut. Sökandena har, förutom den omständigheten att PWC UK, PWC Belgium och PWC Spain var systerbolag som tillhörde samma koncern, inte anfört några skäl som kan påverka riktigheten i detta påstående, som den upphandlande myndigheten således rätteligen kunde betrakta som ett betydande indicium på att en möjlig intressekonflikt inte påverkade anbudsförfarandet. Oberoende av den tystnadsplikt som åberopats av Drasiskonsortiet, PWC Spain och slutligen av EUIPO, enligt vilken all kommunikation av konfidentiella uppgifter mellan systerbolagen i PWC-koncernen är förbjuden, är det nämligen föga troligt att PWC Spain inom den korta fristen på sex dagar skulle ha kunnat samla in användbara konfidentiella uppgifter som legat till grund för utarbetandet av förfrågningsunderlaget, från PWC UK och PWC Belgium, och tack vare dess uppgifter på ett ändamålsenligt sätt kunnat ändra Drasiskonsortiets anbud på ett sådant sätt att det ökade dess möjligheter att få kontraktet. Det är under dessa omständigheter än mindre troligt att PWC UK och PWC Belgium vid utarbetandet av förfrågningsunderlaget, det vill säga långt innan beslutet att PWC Spain skulle delta i Drasiskonsortiet, skulle ha kunnat utforma tilldelningskriterier på ett sådant sätt att konsortiet gavs en fördel i anbudsförfarandet

48 Det framgår för övrigt av punkt 13.1 första stycket g andra meningen i förfrågningsunderlaget att en intressekonflikt ska anses föreligga, bland annat när ”en underleverantör till en huvudanbudsgivare som deltagit i föreberedelsen av … anbudsförfarandet inte kan visa att dess anbud inte kan snedvrida konkurrensen, det vill säga att det inte föreligger någon risk för konkurrensen”. I likhet med vad EUIPO har gjort gällande visar emellertid, i avsaknad av tecken på motsatsen, den omständigheten att Drasiskonsortiets anbud erhållit poäng för teknisk kvalitet som klart understiger den första sökandens anbud, vilket anbud fick de högsta poängen härvidlag (se punkt 14 ovan), i sig att de organisatoriska banden mellan å ena sidan PWC Spain och å andra sidan PWC UK och PWC Belgium, som hade just den uppgiften att förbereda den tekniska delen av förfrågningsunderlaget, eller dessa bolags uppträdande, inte påverkat konkurrensen mellan anbudsgivarna, och i synnerhet inte till nackdel för den första sökanden. Härav följer vidare att EUIPO gjorde en tillräcklig undersökning av de relevanta omständigheterna, vilket gjorde det möjligt att konstatera att en eventuell intressekonflikt saknade betydelse för anbudsförfarandet och dess resultat.

49 Således har sökandena inte visat att en eventuell intressekonflikt till följd av de indirekta organisatoriska banden mellan PWC Spain, PWC UK och PWC Belgium kunde ha påverkat anbudsförfarandet i den mening som avses i ovan i punkt 42 nämnd rättspraxis.

50 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den tredje grundens första del. Det saknas härvidlag anledning att slutligt fastställa huruvida det i förevarande fall faktiskt förelåg en intressekonflikt i den mening som avses i artikel 94 a i budgetförordningen och punkt 13.1 första stycket g andra meningen i förfrågningsunderlaget.

Grundens andra del: Huruvida det förelåg en intressekonflikt vad avser Unisyskonsortiet

51 Sökandena har med denna grunds andra del hävdat att den andra anbudsgivaren som tilldelats kontrakt i kaskadsystemet, Unisyskonsortiet, mot bakgrund av punkt 13.1 i förfrågningsunderlaget inte hade kunnat tilldelas ramavtalet, eftersom denna var den första som tilldelats ramavtalet i EUIPO:s anbudsförfarande AO/021/10, ”Tillhandahållande av externa tjänster för förvaltning av program och projekt samt teknisk rådgivning inom området informationsteknik”. Unisyskonsortiet befann sig således i en sådan intressekonflikt som är förbjuden enligt artikel 94 i budgetförordningen och skulle ha uteslutits från anbudsförfarandet redan innan dess anbud utvärderades. Detta konsortium kunde nämligen inte, med mindre än att det befriades från sina avtalsenliga skyldigheter enligt ramavtal AO/021/10, tilldelas ett kontrakt avseende ramavtalet AO/029/10. Det sistnämnda ramavtalet avsåg utarbetande och utveckling av EUIPO:s IT-applikationer medan ramavtal AO/021/10 avsåg därtill hörande projektförvaltning och teknisk rådgivning, och följaktligen de tjänster som tillhandahölls av

avtalsparten till ramavtal AO/029/10, vilket gav upphov till en direkt intressekonflikt mellan de uppgifter som avsågs. Med andra ord skulle den som tilldelades kontraktet enligt ramavtal AO/021/10 medverka vid utformningen av förfrågningsunderlaget och kontrollera hur de kontrakt som tilldelats inom ramavtal AO/029/10 genomfördes. Slutligen har EUIPO inte i vederbörlig ordning undersökt denna eventuella intressekonflikt. Sökandena har bestritt att även den första sökandens anbud under dessa omständigheter skulle ha förkastats, då denne inte tilldelats något kontrakt vid anbudsförfarandet AO/029/10. För det fall denna sökande skulle tilldelas ett sådant kontrakt skulle intressekonflikten behöva bringas att upphöra innan kontraktet undertecknades.

52 EUIPO har för det första hävdat att den andra delen av förevarande grund inte kan prövas, alternativt att den är verkningslös då den saknar betydelse för tvistens lösning. Då den första sökanden rangordnats på tredje plats i kaskadsystemet i anbudsförfarande AO/021/10 och tilldelats kontrakt i det aktuella ramavtalet, befann den sig i samma situation som Unisyskonsortiet. Om det skulle antas att denna delgrund godtogs skulle följden bli dels att den första sökanden skulle ha uteslutits från anbudsförfarande AO/029/10, dels att talan helt skulle förlora sitt föremål, eftersom den första sökanden på grund av att den uteslutits, inte skulle ha kunnat tilldelas det aktuella kontraktet.

53 För det andra har EUIPO bestritt den andra delgrunden i sak. Vid fristen för lämnande av anbud i anbudsförfarandet AO/029/10, nämligen den 11 mars 2011, pågick fortfarande anbudsförfarande AO/021/10 och inget kontrakt hade tilldelats. Det var således inte möjligt att dra någon otillbörlig fördel av den kunskap som följer av att utföra de kontrakt som följer av nämnda anbudsförfarande. Vidare, då kontraktet tilldelades i anbudsförfarande AO/029/10, som ensamt är föremål för förevarande tvist, saknade de eventuella intressekonflikter som kunde uppkomma vid genomförandet av specifika kontrakt avseende ramavtalet AO/021/10 betydelse. Då det inte förelåg någon eventuell intressekonflikt, och således skäl för uteslutning, var det riktigt av utvärderingskommittén att godta anbuden från den första sökanden och från Unisyskonsortiet. EUIPO har slutligen bestritt att den som tilldelats kontrakt avseende ramavtal AO/021/10 ska kontrollera de arbeten som utförs enligt kontrakt som ingåtts för att genomföra ramavtal AO/029/10.

54 Tribunalen erinrar om att det i förevarande mål är ostridigt att den anbudsgivare som rangordnats på andra plats i anbudsförfarande AO/029/10, Unisyskonsortiet, även rangordnats på första plats i anbudsförfarande AO/021/10, avseende kontraktet ”Tillhandahållandet av externa tjänster för förvaltning av program och projekt samt teknisk rådgivning inom området informationsteknik”. Enligt det sistnämnda ramavtalet ska den som tilldelats kontraktet tillhandahålla EUIPO externa tjänster för programvaruunderhåll och projekt inom informationsteknologiområdet samt teknisk rådgivning avseende samtliga IT-system och alla teknikområden. Anbudsförfarande AO/029/10, som är föremål för förevarande tvist, avsåg istället ”Programvaruutveckling och underhållstjänster” vad gäller att tillhandahålla EUIPO datatjänster avseende prototyputformning, analys, utformning, grafisk design, utveckling, testning och installation av informationssystem, samt tillhandahållande av teknisk dokumentation, utbildning och underhåll beträffande dessa system.

55 EUIPO har härvidlag inte kunnat vederlägga sökandenas argument att Unisyskonsortiet på grund av att detta, i sin egenskap av första anbudsgivare som tilldelats kontraktet inom ramen för anbudsförfarandet AO/021/10 och som externa förvaltare av IT-system, förväntades övervaka de tjänster som skulle tillhandahållas av den första anbudsgivare som tilldelades ramavtal i anbudsförfarande AO/029/10, och följaktligen, i förekommande fall dess egna tjänster, om dess tjänster i egenskap av andra anbudsgivare som tilldelades kontrakt i kaskadsystemet skulle behövas. En sådan situation kan emellertid utgöra grund för uteslutning enligt punkt 13.1 första stycket g första meningen i förfrågningsunderlaget, i vilka det anges att ”en intressekonflikt föreligger, bland annat när en anbudsgivare … har ingått ett giltigt kontrakt med EUIPO, var syfte är utförande av kontroll av kvalitet vad gäller programvara eller förvaltning av projekt/program för utveckling av programvara och underhållstjänster som ska genomföras av den som tilldelats kontraktet … om denna anbudsgivare … inte kan visa att dess anbud

inte ger upphov till en sådan intressekonflikt”. Det förefaller nämligen, mot bakgrund av dess lydelse, som om denna uteslutningsklausul tillkommit just för att förhindra att den som tilldelats kontraktet i anbudsförfarandet AO/021/10 även ska kunna tilldelas kontraktet i anbudsförfarande AO/029/10.

56 Det ska emellertid konstateras, utan att det är nödvändigt att pröva huruvida förevarande delgrund kan tas upp till sakprövning eller om den är verkningslös, att talan under alla omständigheter inte kan bifallas såvitt avser densamma.

57 Såsom EUIPO har anfört pågick fortfarande anbudsförfarande AO/021/10 då fristen för att lämna anbud i anbudsförfarande AO/029/10 löpte ut, det vill säga den 11 mars 2011, och kontrakt hade inte tilldelats eller undertecknats. Eftersom det således vid denna tidpunkt inte fanns något ”giltigt kontrakt” mellan Unisyskonsortiet och EUIPO i den mening som avses i punkt 13.1 första stycket g första meningen i förfrågningsunderlaget, kunde denna uteslutningsklausul inte tillämpas, och den påstådda intressekonflikten var under alla omständigheter osäker och hypotetisk (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 april 2007, Deloitte Business Advisory/kommissionen, T-195/05, REG, EU:T:2007:107, punkterna 67 och 69). Enligt ovan i punkt 42 nämnd rättspraxis krävs emellertid att den påstådda intressekonflikten ska ha påverkat anbudsförfarandet eller resultatet därav. Det är emellertid, mot bakgrund av den tidsmässiga överlappningen mellan de två förfarandena, omöjligt att sluta sig till att Unisyskonsortiet skulle ha kunnat dra någon som helst fördel av dess framtida rangordning på andra plats i anbudsförfarandet AO/021/10.

58 Det ska för övrigt och likhet med vad EUIPO har anfört, konstateras att sökandenas invändningar i huvudsak avser eventuella intressekonflikter som endast kan uppkomma vid särskilda kontrakt som tilldelas med stöd av ramavtalen AO/021/10 och AO/029/10, det vill säga efter det att det beslut att förkasta anbudet som förevarande tvist avser fattades. Det är även av detta skäl logiskt sett uteslutet att en intressekonflikt kunde ha haft någon som helst påverkan på genomförandet eller resultatet av anbudsförfarande AO/029/10, kunde ha snedvridit konkurrensen mellan anbudsgivarna eller gett Unisyskonsortiet en fördel till skada för den första sökanden.

59 Av det anförda följer att sökandena inte heller kan klandra EUIPO för att inte ha undersökt huruvida det förelåg en sådan intressekonflikt med avseende på Unisyskonsortiet. Den upphandlande myndigheten har likväl och under alla omständigheter skyldighet och möjlighet att undersöka och förebygga en sådan intressekonflikt vid genomförandet av särskilda kontrakt inom ramavtalet AO/029/10, där IECI rangordnats på första plats och inte Unisykonsortiet.

60 Den tredje grundens andra del kan mot denna bakgrund och under alla omständigheter, inte leda till bifall av talan.

Grundens tredje del: Drasiskoncernens påstådda inblandning i olaglig verksamhet

61 Sökandena har med grundens tredje del för det första gjort gällande att Siemens, i egenskap av medlem i Drasiskonsortiet, den anbudsgivare som rangordnats på tredje plats i kaskadsystemet, skulle ha uteslutits med tillämpning av artikel 93.1 b och e i budgetförordningen på grund av att det visat sig att konsortiet varit inblandat i bedrägeri, korruption och betalning av mutor. Siemens har inte endast anklagats i Tyskland utan också medgett offentligt att det har gjort sig skyldigt till sådan olaglig verksamhet för att erhålla offentliga kontrakt, särskilt i Europeiska unionen. Siemens har således gått med på att betala böter på 395 miljoner euro till de tyska myndigheterna och 800 miljoner amerikanska dollar (USD) till de amerikanska myndigheterna för att avsluta ärendet. Således skulle Siemens ha uteslutits från anbudsförfarandet i enlighet med artiklarna 93 och 94 i budgetförordningen och artiklarna 133a och 134b i genomförandebestämmelserna. Siemens medgivande av sitt ansvar, däribland inom ramen för förlikningar, utgör ett tillräckligt skäl för att oåterkalleligen slå fast dess skuld och det krävs inte en lagakraftvunnen dom för att påföra sanktioner och fatta beslut om

uteslutning från anbudsförfarandet med stöd av artikel 93.1 b och e i budgetförordningen. EUIPO har under alla omständigheter åsidosatt sin skyldighet att vederbörligen undersöka Siemens inblandning i sådan olaglig verksamhet, liksom även principerna om insyn och likabehandling av anbudsgivare.

62 EUIPO har genmält att det saknades anledning att utesluta Drasiskonsortiet då dess medlemmar – Siemens SA och Siemens SL – aldrig dömts för bedrägeri eller korruption. Siemens SA hade vid anbudsförfarandet avgett en försäkran på heder och samvete att det inte var föremål för några domar eller straffrättsliga förfaranden avseende anklagelserna om bedrägeri eller korruption. Denna försäkran syftade till att ersätta ”ett aktuellt utdrag ur ett officiellt register” eller ”en aktuell handling med samma bevisvärde utfärdad av en rättslig eller administrativ myndighet”, som enligt artikel 134.3 i genomförandebestämmelserna endast ska lämnas av de anbudsgivare som tilldelats kontraktet, minst 15 dagar innan kontraktet undertecknas. Dessutom hade EUIPO ingen anledning att inte godta denna försäkran, eftersom den krävdes enligt förfrågningsunderlaget, bland annat för att utgöra tillräcklig bevisning för att anbudsgivaren inte skulle anses befinna sig i någon av de situationer som leder till uteslutning enligt artikel 93 i budgetförordningen. EUIPO har även bestritt påståendet att den inte beaktat de aktuella anklagelserna. Som svar på en särskild fråga från EUIPO om detta bekräftade Siemens SA att dessa anklagelser var helt ogrundade och ingav en officiell handling från behöriga nationella myndigheter till stöd för sitt påstående.

63 Som svar på en fråga från tribunalen vid förhandlingen avseende vilka slutsatser som bör dras av domen av den 15 oktober 2013 Evropaïki Dynamiki/kommissionen (T-474/10, EU:T:2013:528, punkterna 37–57), återkallade sökandena sin argumentation att den eventuella inblandningen i olaglig verksamhet kunde hänföras till bolagen Siemens SA och Siemens SL, vilka ingick i Drasiskonsortiet, enbart därför att dessa bolag indirekt kontrollerades av Siemens AG innan de den 1 juli 2011 köptes tillbaka av Atos SA, på grund av att det sistnämnda bolaget förvärvade samtliga aktier i det bolag som kontrollerade Siemens SA och Siemens SL direkt, Siemens IT Solutions and Services GmbH, såsom framgår av handlingar som ingetts av EUIPO till följd av beslutet om processledande åtgärder av den du 27 mars 2015 (se punkt 26 ovan). Denna återkallelse antecknades i förhandlingsprotokollet.

64 Med anledning av de strukturella band som funnits med Siemens AG före den 1 juli 2011 uppkommer emellertid frågan huruvida den upphandlande myndigheten, i förevarande fall, med tillräcklig omsorg kontrollerat om Siemens SA och Siemens SL, och följaktligen Drasiskonsortiet skulle uteslutas med stöd av artikel 93.1 b och e i budgetförordningen jämförda med punkt 13.1, tredje och fjärde styckena i förfrågningsunderlaget, eller ej (se, för ett likande resonemang och analogt, dom av den 17 mars 2005, AFCon Management Consultants m.fl./kommissionen, T-160/03, REG, EU:T:2005:107, punkterna 79 och 90).

65 I artikel 93.1 i budgetförordningen föreskrivs följande:

”Anbudssökande och anbudsgivare ska uteslutas från deltagande i upphandlingsförfaranden om de

…

b) har fällts för brott mot yrkesetiken enligt lagakraftvunnen dom,

c) har gjort sig skyldiga till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, såvida detta på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,

d) inte har uppfyllt sina skyldigheter i fråga om skatter och sociala avgifter enligt lagstiftningen i det land där de är etablerade, där den upphandlande myndigheten är etablerad eller där kontraktet ska genomföras,

e) i en lagakraftvunnen dom dömts för bedrägeri, korruption, deltagande i kriminella organisationer eller någon annan verksamhet som skadar gemenskapens finansiella intressen,

f) för närvarande är föremål för administrativa sanktioner som avses i artikel 96.1.”

66 I artikel 94 i budgetförordningen föreskrivs följande:

”Kontrakt får inte tilldelas anbudssökande och anbudsgivare som i samband med upphandlingsförfarandet för det kontraktet

…

c) befinner sig i någon av de situationer som leder till uteslutning, enligt vad som anges i artikel 93.1, från deltagande i upphandling,”

67 I enlighet med artikel 134.1 i genomförandebestämmelserna och punkt 13.1 andra och tredje styckena i förfrågningsunderlaget (se punkt 16 ovan), ingav Siemens SA i samband med lämnandet av Drasiskonsortiets anbud ett formulär kallat bilaga 4, vilket i vederbörlig ordning undertecknats, datumstämplats och attesterats av en belgisk notarie, och som innehöll en förklaring på heder och samvete från dess företagsledning att det inte fanns några skäl till uteslutning enligt artiklarna 93 och 94 i budgetförordningen. EUIPO har emellertid inte ingett någon motsvarande handling från Siemens SL under förfarandet.

68 Mot bakgrund av påståendena att Siemens AG och vissa av dess utländska dotterbolag varit inblandade i betalning av mutor som lett till civilrättsliga eller straffrättsliga avgöranden, vände sig EUIPO den 25 juli 2011 till Drasiskonsortiet med en begäran om förklaringar, bland annat vad gäller banden mellan å ena sidan Siemens AG och å andra sidan Siemens SA och Siemens SL. EUIPO begärde att konsortiet skulle lämna bevis på att Siemens AG och dess ledning inte befann sig i någon av de situationer som avses i artikel 93.1 c och d i budgetförordningen.

69 Drasiskonsortiet besvarade denna begäran genom skrivelse av den 3 augusti 2011 och informerade EUIPO om bland annat Atos återköp av Siemens SA och Siemens SL (se punkt 63 ovan) och ingav vissa nyare intyg som visade att Siemens AG inte befann sig i en av de situationer som avses i artikel 93.1 d i budgetförordningen, liksom tidigare skriftväxling med kommissionen, till följd av liknande bekymmer som denna uttryckt, som visade att Drasiskonsortiet inte omfattades av de skäl för uteslutning som anges i artikel 93.1 b, c eller e och artikel 93.2 a i budgetförordningen eller artikel 134.4 i genomförandebestämmelserna.

70 Slutligen tilldelades Drasiskonsortiet kontraktet i fråga i egenskap av den anbudsgivare som rangordnats på tredje plats i kaskadsystemet och undertecknade ett ramavtal med EUIPO, vilket denna bekräftade vid förhandlingen.

71 Enligt artikel 134.3 första stycket i genomförandebestämmelserna ska emellertid den vinnande anbudsgivaren då anbudsförfarandet avslutas, det vill säga innan kontraktet tilldelas, lämna ”ett aktuellt utdrag ur ett officiellt register eller, om ett sådant inte kan uppbringas, en aktuell handling med samma bevisvärde utfärdad av en rättslig eller administrativ myndighet i ursprungslandet eller det land personen kommer ifrån” som visar att inget av de skäl för uteslutning som avses i artikel 93.1 a, b eller e i budgetförordningen är uppfyllda. Den upphandlande myndigheten ska vidare, i de fall som anges i artikel 93.1 d i budgetförordningen godta ”ett aktuellt intyg från den behöriga myndigheten i den berörda staten”. Enligt artikel 134.3 andra stycket i genomförandebestämmelserna är det endast ”[i] det fall sådana handlingar eller intyg som avses i första stycket [i denna artikel] inte utfärdas av landet i fråga och i övriga fall som medför uteslutning enligt artikel 93 i budgetförordningen, [som] … dessa handlingar eller intyg [får] ersättas med en försäkran under ed eller om det inte är möjligt på heder och samvete som den berörda parten avgett inför en rättslig eller administrativ myndighet, en notarie eller en behörig branschorganisation i ursprungslandet eller i det land personen i fråga kommer från”.

72 I enlighet med dessa krav anges i punkt 13.1 fjärde stycket i förfrågningsunderlaget (se punkt 16 ovan) bland annat att ”då anbudsförfarandet avslutats ska den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, för att undvika att uteslutas från anbudsförfarandet, visa att denne inte befinner sig i en av ovan angivna situationer”. Anbudsgivaren har en frist på 15 arbetsdagar för att lämna begärda bevis innan avtalet undertecknas. Vad gäller de skäl för uteslutning som anges i punkt 13.1 första stycket a, b och e i förfrågningsunderlaget ska dessa bevis utgöras av ”ett aktuellt utdrag ur ett officiellt register eller, om ett sådant inte kan uppbringas, en aktuell handling med samma bevisvärde utfärdad av en rättslig eller administrativ myndighet” i det land anbudsgivaren kommer från (punkt 13.1, fjärde stycket, första strecksatsen i förfrågningsunderlaget). Det anges slutligen, vad gäller de skäl för uteslutning som avses i punkt 13.1 första stycket c, f, g och h i förfrågningsunderlaget, att bilaga 4, det vill säga ett formulär med en förklaring på heder och samvete, godtas (punkt 13.1, fjärde stycket, tredje strecksatsen i förfrågningsunderlaget).

73 EUIPO har emellertid, trots de ovan i punkterna 71 och 72 angivna skyldigheterna och till och med efter en uttrycklig muntlig fråga från tribunalen vid förhandlingen, inte bekräftat att den begärt ett aktuellt utdrag ur ett officiellt register från Drasiskonsortiet och dess medlemmar, däribland Siemens SA och Siemens SL. EUIPO har inte heller åberopat att en sådan handling inte kunnat utfärdas i de länder där dessa båda bolag har sitt säte, nämligen Belgien och Spanien. Under dessa omständigheter kunde emellertid dessa bevis enligt artikel 134.3 andra stycket i genomförandebestämmelserna inte ersättas med en försäkran på heder och samvete, bland annat inför en notarie i ursprungslandet eller det land anbudsgivaren kommer från. För övrigt var den försäkran på heder och samvete som Siemens SA lämnade in tillsammans med Drasiskonsortiets anbud, attesterad av en belgisk notarie och EUIPO har under förfarandet underlåtit att inge en motsvarande försäkran från Siemens SL, attesterad av en spansk notarie.

74 Under alla omständigheter kunde en sådan försäkran på heder och samvete enligt punkt 13.1 fjärde stycket, tredje strecksatsen i förfrågningsunderlaget endast ha godtagits av den upphandlande myndigheten för att bevisa att det inte förelåg andra skäl för uteslutning, nämligen de skäl som anges i punkt 13.1 första stycket, c, f, g och h, vilka motsvarar de skäl som anges i artikel 93.1 c och f samt artikel 94 a och b i budgetförordningen, och inte för att visa att det inte förelåg sådana skäl för uteslutning som avses i punkt 13.1 första stycket e i förfrågningsunderlaget, jämförd med artikel 93.1 e i budgetförordningen.

75 Det framgår för övrigt av EUIPO:s skrivelse av den 25 juli 2011, som ingetts till följd av beslutet om åtgärder för processledning den 27 mars 2015 (se punkt 26 ovan) att den upphandlande myndigheten inte heller hade begärt att Drasiskonsortiet skulle lämna särskilda bevis för att det inte förelåg sådana skäl för uteslutning som avses i artikel 93.1 d i budgetförordningen, vad gäller Siemens SA och Siemens SL.

76 EUIPO kunde således vid tilldelningen av kontraktet inte nöja sig med den försäkran på heder och samvete som lämnats av Siemens SA som bevis för att Drasiskonsortiet inte befann sig i en sådan situation som leder till uteslutning i den mening som avses i punkt 13.1 första stycket e i förfrågningsunderlaget och artikel 93.1 e i budgetförordningen. Detta bevis var än mindre lämpligt för att visa att det inte fanns skäl för uteslutning vad gäller Siemens SL, med avseende på vilket EUIPO inte begärt eller lämnat relevanta bevis. I punkt 13.1, fjärde stycket, första meningen i förfrågningsunderlaget föreskrivs emellertid en uttrycklig skyldighet härvidlag, vars åsidosättande med nödvändighet måste leda till uteslutning (”tvingande och för att undvika uteslutning från anbudsförfarandet”). Enligt punkt 13.1, fjärde stycket, första och tredje strecksatserna i förfrågningsunderlaget ska bevis ”avse juridiska och/eller fysiska personer”, det vill säga, samtliga medlemmar i det aktuella konsortiet, inbegripet Siemens SL.

77 Mot denna bakgrund konstaterar tribunalen att EUIPO uppenbart har åsidosatt sin omsorgsplikt vad gäller att undersöka, särskilt huruvida det förelåg skäl för uteslutning enligt punkt 13.1 första stycket e i förfrågningsunderlaget och artikel 93.1 e i budgetförordningen. EUIPO har därigenom åsidosatt dessa

bestämmelser liksom principen om likabehandling av anbudsgivare, vilket innebär att Siemens SA och Siemens SL, och följaktligen Drasiskonsortiet, i enlighet med skyldigheten i punkt 13.1 fjärde stycket i förfrågningsunderlaget, skulle ha uteslutits från anbudsförfarandet. I förevarande fall skulle nämligen, mot bakgrund av de anklagelser om olaglig verksamhet som avsåg Siemens AG – det bolag som kontrollerade Siemens SA och Siemens SL före den 1 juli 2011 – och flera av dess utländska dotterbolag, en sådan undersökning och en noggrann tillämpning av de ovannämnda bestämmelserna ha varit än mer nödvändig.

78 Talan ska således vinna bifall såvitt avses denna grunds tredje del och detta är tillräckligt för att beslutet att förkasta anbudet ska ogiltigförklaras.

Den andra grunden: Uppenbart oriktig bedömning

Inledande synpunkter

79 Sökandena har hävdat att trots att EUIPO åsidosatt sin motiveringsskyldighet, visar de vaga uppgifter som lämnats av EUIPO att det förekommit flera fall av uppenbart oriktig bedömning vid utvärderingen av den första sökandens anbud, som, om de korrigerats, skulle ha lett till att anbuden rangordnades annorlunda.

80 Förevarande grund har fyra delar. Den första delen utvecklas i stora delar i bilaga A.14 till ansökan, vilket medfört att EUIPO har hävdat att den inte kan tas upp till sakprövning.

Den andra grundens första del

– Föremålet för grundens första del och huruvida bilaga A.14 till ansökan kan tas upp till sakprövning

81 Sökandena har med den första grunden framför allt åberopat fall av uppenbart oriktig bedömning vid utvärderingen av anbuden med avseende på de tekniska kriterierna 1–3. De vinnande anbudsgivare som getts poäng som precis nått upp till tröskelnivån skulle nämligen omedelbart förlora anbudsförfarandet om det minsta fel hade skett. Sökandena har upprepat sitt yrkande att tribunalen ska förordna om att den fullständiga utvärderingsrapporten ska företes för att tribunalen ska kunna utöva sin kontroll. De har vidare nöjt sig med att göra en översiktlig redogörelse i ansökan och hänvisat till en mer detaljerad analys av dessa fel i bilaga A.14 till ansökan. I avsaknad av tillräcklig motivering från EUIPO vilar den första delen av den andra grunden på en kortfattad argumentation som är så noggrann som möjligt och som vid fyra tillfällen hänvisar till bilaga A.14 till ansökan, i vilken det anges mer detaljerade tekniska uppgifter som tribunalen bör beakta.

82 Enligt EUIPO kan den första delen av denna grund, som är endast översiktlig och vagt angiven på två och en halv sida i ansökan och i detalj på över 48 sidor i bilaga A.14 till ansökan, avseende åtminstone fjorton exempel på påstådda fall av uppenbart oriktig bedömning, i enlighet med artikel 44.1 c i rättegångsreglerna av den 2 maj 1991, inte tas upp till sakprövning på grund av brist på klarhet och precision då detta tillvägagångssätt ”endast hade till syfte att undvika den gräns för antal sidor som fastställs i rättegångsreglerna”. Under alla omständigheter ska bilaga A.14 avlägsnas från handlingarna i målet.

83 Enligt artikel 21 i Europeiska unionens domstols stadga, som är tillämplig på förfarandet vid tribunalen enligt artikel 53 första stycket i samma stadga, och enligt artikel 44.1 c i tribunalens rättegångsregler av den 2 maj 1991, ska ansökan innehålla uppgifter om föremålet för talan och en kortfattad framställning av grunderna för denna. Kravet på en ”kortfattad framställning av grunderna” innebär att en ansökan klart ska uttrycka vad grunden för talan består i. För att en talan ska kunna tas upp till sakprövning krävs det således bland annat att de väsentliga, faktiska och rättsliga, omständigheter som talan grundas

på, åtminstone kort men på ett konsekvent och begripligt sätt, framgår av innehållet i själva ansökan. Innehållet i en ansökan kan visserligen understödjas och kompletteras på särskilda punkter genom hänvisning till specifika avsnitt i bifogade handlingar, men en generell hänvisning till andra handlingar kan, även om dessa handlingar bifogas ansökan, inte kompensera att sådana väsentliga delar av den rättsliga argumentation som enligt ovan återgivna bestämmelser ska återfinnas i själva ansökan saknas. För att säkerställa rättssäkerhet och en god rättskipning måste den kortfattade framställningen av grunderna nämligen vara så klar och precis att svaranden kan förbereda sitt försvar och att den behöriga domstolen kan pröva talan. Det ankommer vidare inte på tribunalen att i bilagorna söka efter och identifiera de grunder och argument som den skulle kunna anse utgör grunden för talan, eftersom bilagorna enbart ska tjäna som bevismaterial och som ett medel för målets utredning (se dom av den 11 september 2014, MasterCard m.fl./kommissionen, C-382/12 P, REG, EU:C:2014:2201, punkterna 38–41 och där angiven rättspraxis; se även, för ett liknande resonemang, dom av den 5 oktober 2012, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, T-591/08, EU:T:2012:522, punkt 66 och där angiven rättspraxis).

84 För det första, i förevarande fall anges i punkterna 66 och 67 i ansökan klart att den aktuella grunden, särskilt dess första del, vilar på flera fall av uppenbart oriktig bedömning med avseende på olika tilldelningskriterier och undertilldelningskriterier som uttryckligen anges av sökandena.

85 För det andra, mot bakgrund av de aktuella tilldelningskriteriernas och undertilldelningskriteriernas tekniska karaktär, kan frågan huruvida de väsentliga, faktiska och rättsliga omständigheter som de olika invändningarna, särskilt förevarande grunds första del, grundas på, åtminstone kort men på ett konsekvent och begripligt sätt framgår av innehåller i själva ansökan, endast avgöras vid prövningen av varje invändning i sak. Det är nämligen endast vid en sådan prövning som det är möjligt att avgöra huruvida de överväganden som utvecklas i bilaga A.14 till ansökan endast stöder ansökan som sådan i specifika avsnitt, bland annat genom hänvisningar till bestämda avsnitt i bilagan, eller om det vad gäller vissa invändningar är fråga om en generell hänvisning till framställningen i bilagan, som inte kan kompensera för bristen på väsentliga delar av argumentationen, som ska återfinnas i själva ansökan.

86 För det tredje är även frågan huruvida den kortfattade framställningen i ansökan var så klar och precis att EUIPO kunde förbereda sitt försvar och för tribunalen att pröva talan avhängig de rättsliga och faktiska omständigheter som anges med var och en av de berörda invändningarna.

87 Frågan huruvida de överväganden som anges i bilaga A.14 till ansökan kan tas upp till sakprövning ska således anstå och tribunalen ska i sak pröva de olika invändningarna som gjorts gällande med förevarande grund, avseende uppenbart oriktig bedömning vad gäller tillämpningen av de tekniska tilldelningskriterierna. Denna prövning måste huvudsakligen bygga på de rättsliga och faktiska argument som anges i själva ansökan.

88 Följaktligen ska, i den mån EUIPO har yrkat att förevarande grund, under alla omständigheter dess första del, inte ska tas upp till sakprövning och att bilaga A.14 till ansökan ska avlägsnas från handlingarna i målet, prövningen av EUIPO:s invändning om rättegångshinder, anstå.

– Den första invändningen, avseende kriterium nr 1, underkriterium nr 1.1, punkt 1.1.2.4, i förfrågningsunderlaget [*utelämnas*]

– Den andra invändningen, avseende kriterium nr 1, underkriterium nr 1.1, punkt 1.1.3.5, i förfrågningsunderlaget

98 Den fråga som angavs under kriterium nr.1, underkriterium nr. 1.1, punkt 1.1.3.5, i förfrågningsunderlaget syftade till att den upphandlande myndigheten skulle ges möjlighet att veta vilka de ”nyckelåtgärder som ska beaktas” av anbudsgivarna när de med framgång avslutat övergångsfasen i början av kontraktet, den så kallade ”in”-fasen avseende ett visst IT-system, var.

[*utelämnas*]

100 Sökandena har dels bestritt att nämnda anbud inte vid varje tillfälle beaktar det berörda systemets komplexitet, dels hävdat att det garanteras att övergångsfasen berör samtliga parter, däribland EUIPO och leverantören, och bygger på en förteckning över konkreta åtgärder, inbegripet en kontroll som gör det möjligt att inleda en process i samförstånd. EUIPO har i huvudsak genmält att det var med rätta som det i utvärderingsrapporten framfördes kritik mot att vissa kriterier inte fanns med i den första sökandens anbud, såsom systemets komplexitet och dess kritiska roll för de föreslagna kriterierna, och den omständigheten att de två ledande leverantörerna måste komma till en överenskommelse avseende den sista delen av övergångsfasen. Vidare, om det i anbudet angavs att en förteckning över kvalitetskontroller skulle upprättas, så nämndes inte att denna skulle upprättas i samförstånd. EUIPO var därför i sin fulla rätt att anse att ett avtal, det vill säga samförstånd, mellan den aktuella leverantören och den nya leverantören var nödvändigt för att övergången i början av kontraktsperioden skulle betraktas som avslutad och att detta inte angavs i anbudet. Sökandena har däremot bestritt att ett sådant ”juridiskt” avtal mellan de två leverantörerna, vilka båda hade ett avtalsrättsligt förhållande endast med EUIPO, skulle vara nödvändigt. Sökandena har vidare bestritt att det argument som anförts i efterhand avseende kriteriet om ”kritisk roll”, vilket enligt förfrågningsunderlaget och mot bakgrund av samtliga EUIPO:s tillämpningar var av ”kritisk” natur, utgjorde en normal omständighet som ska beaktas vid en eventuell övergång.

101 Det ska påpekas att frågan som ställts inom ramen för förevarande tilldelningskriterium är särskilt vag, eftersom den gör en generell hänvisning till ”nyckelåtgärder som ska beaktas”. Härav följer att de detaljerade krav vad gäller presentationen av vissa kriterier, som enligt den kritik som framförts i utvärderingsrapporten saknades i den första sökandens anbud, inte på ett klart, precist och entydigt sätt angavs i nämnda kriteriums ordalydelse, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare skulle kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten skulle kunna kontrollera om anbuden uppfyller nämnda krav (se, för ett likande resonemang, dom av den 17 februari 2011, kommissionen/Cypern, C-251/09, EU:C:2011:84, punkterna 39 och 40, och dom av den 25 oktober 2012, Astrim och Elyo Italia/kommissionen, T-216/09, EU:T:2012:574, punkterna 35–37 och där angiven rättspraxis).

102 Sökandena har emellertid inte uttryckligen och direkt ifrågasatt intrycket eller den brist på tydlighet som kännetecknar detta tilldelningskriterium. Tribunalen kan inte ex officio pröva nämnda kriteriums lagenlighet utan måste begränsa sin prövning till att avse de argument som sökandena uttryckligen har anfört. Dessa innefattar, i princip, dels det påstådda kravet om ett avtal mellan den nuvarande och den nya leverantören, dels den omständigheten att kravet inte i tillräcklig grad tog hänsyn till systemets komplexitet och kritiska natur.

103 Vad gäller det första argumentet, att det i tilldelningskriteriet gjorts en vag och allmän hänvisning till ”nyckelåtgärder som ska beaktas”, är det emellertid riktigt som sökandena har anfört att den upphandlande myndigheten inte kunde grunda sig på ett påstått särskilt krav på att det skulle ingås ett ”avtal mellan de två leverantörerna avseende avslutningen av övergången”. Utan att det är nödvändigt att pröva huruvida det avtal som påståtts krävas och som inte definierats i förfrågningsunderlaget är av juridisk art eller ej, ska det vidare erinras om att den första sökanden i sitt anbud angett att ”ett smidigt samarbete med EUIPO och den tidigare leverantören underlätta[de] överföringen av know-how avsevärt” och att anbudsgivaren därför ”avs[åg] att vidta samtliga åtgärder som kunde underlätta ett givande samarbete med EUIPO och den tidigare leverantören”.

104 Mot bakgrund av detta påstående är utvärderingskommitténs kritik av att den första sökandens anbud inte avsåg ett ”avtal mellan de två leverantörerna om avslutningen av övergången” såväl formalistisk som överdriven, eftersom den första sökanden hade föreslagit att göra allt som var nödvändigt för att under övergångsfasen upprätta ett samarbete med den tidigare leverantören för att en överföring av know-how skulle kunna ske, vilket huvudsakligen sammanfaller med syftet med det krav på avtal som

uppställdes i efterhand av den upphandlande myndigheten. EUIPO kan inte påverka denna slutsats med sitt argument, vilket framfördes vid den muntliga förhandlingen, att den första sökandens anbud härvidlag inskränkte sig till att beskriva en process och inte ett resultat, vilket emellertid är precis vad som krävdes med formuleringen ”framgångsrikt avsluta övergångsfasen vid början av kontraktet”. Ett sådant krav, i synnerhet inte skyldigheten att ingå ett avtal, framgår inte med nödvändig tydlighet av den aktuella frågan. Detta krav framgår inte heller av punkt 2.2.1, första stycket i förfrågningsunderlaget, som EUIPO åberopade enbart vid den muntliga förhandlingen och i samband med den femte invändningen (se punkt 135 nedan). I denna bestämmelse anges nämligen tydligt att det ankom på EUIPO och inte på den nya leverantören att ta fram ett särskilt avtal enligt vilket leverantören ska genomföra en överföring av know-how mellan denna leverantör å ena sidan och den tidigare leverantören och EUIPO å andra sidan, för att kunna ta ansvar för skötseln av EUIPO:s datasystem. EUIPO har således, genom att kritisera den första sökanden, gjort en uppenbart oriktig bedömning.

[*utelämnas*]

108 Härav följer att det andra argumentet inte kan vinna framgång, och att det saknas anledning att pröva EUIPO:s invändning om rättegångshinder vad gäller i synnerhet hänvisningen till överväganden i bilaga A.14 till ansökan.

109 Av det anförda följer att den andra invändningen delvis ska godtas och delvis underkännas.

– Den tredje invändningen, avseende kriterium nr 1, underkriterium 1.1, punkt 1.1.3.10, i förfrågningsunderlaget

110 Den fråga som togs upp med avseende på kriterium nr. 1, underkriterium nr. 1.1, punkt 1.1.3.10, i förfrågningsunderlaget, syftade till att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att få veta vilka ”andra nyckelfrågor” som anbudsgivaren ansåg vara nödvändiga under övergångsfasen i början av kontraktet, den så kallade ”in”-fasen, vad gäller ”ett visst IT-system”.

111 I relevanta delar av utvärderingsrapporten angavs följande vad gäller den tekniska kvaliteten på den första sökandens anbud:

”Formellt sett är svaret för långt. Det utgör i stora delar en upprepning av svaren på tidigare frågor, ([vilka] således inte omnämner ‘andra nyckelfrågor’). Viktiga frågor saknas, variabel process (små tillämpningar som inte kräver hela övergångsförfarandet i början av kontraktet), kontroll av pågående utveckling och igångsättande under övergångsfaserna samt geografiska begränsningar.”

112 Sökandena har kritiserat EUIPO för att felaktigt ha invänt mot att svaren i den första sökandens anbud var långa och innehöll upprepningar samt luckor, svar vilka avsåg såväl den variabla processen som geografiska begränsningar. Tvärtemot vad EUIPO har gjort gällande under förfarandet, innehöll nämnda anbud en metod som motsvarade definitionen variabilitet – och inte en modell i ”en enda storlek” – såtillvida att anbudet avsåg att den befintliga situationen vid varje tillfälle skulle beaktas. Anbudet var således, under alla omständigheter, utformat efter varje uppgift som skulle utföras.

113 EUIPO har genmält att det i förfrågningsunderlaget även föreskrevs att anbuden skulle vara tydliga, kortfattade och specifika för den ställda frågan. Inledningen till svaret på fråga 1.1.3.10 utgörs emellertid endast av en upprepning av svaret på fråga 1.1.3.3. Sökandena har inte heller visat att den första sökandens anbud tog hänsyn till att projektet var av variabel karaktär eller till geografiska begränsningar. Enligt den kritik som framfördes av utvärderingskommittén tog anbudet inte hänsyn till att EUIPO använde olika mjukvaruprogram, vilket angavs i de handlingar som ingick i bilaga II till förfrågningsunderlaget. Vidare, i likhet med övergångsfasen, hade anbudet inte beaktat de risker som var förenade med de geografiska begränsningarna under övergångsfasen.

114 Liksom kriterium nr. 1, underkriterium nr. 1.1, punkt 1.1.3.5, i förfrågningsunderlaget (se punkt 101 ovan), brister förevarande kriterium i tydlighet och precision genom att det i huvudsak utgör en allmän fråga vilka de ”andra nyckelfrågorna” som anbudsgivarna ansåg var nödvändiga, var. Sökandena har visserligen i sin redogörelse i bilaga A.14 till ansökan hävdat att detta kriterium brister i precision, vilket EUIPO inte klargjorde mer, trots uttryckliga frågor under anbudsförfarandets gång, men de har inte framfört ett sådant argument i ansökan som sådan. Mot bakgrund av ovan i punkt 83 angiven rättspraxis kan, i enlighet med den invändning om rättegångshinder som EUIPO gjort gällande och, eftersom detta bestridande inte omnämns i ansökan överhuvud taget, denna invändning enligt artikel 44.1 c i rättegångsreglerna av den 2 maj 1991 inte tas upp till sakprövning.

115 Vad gäller det första argumentet – som kan tas upp till sakprövning då det angavs i själva ansökan – och som innebär att den upphandlande myndigheten felaktigt angav att svaret var långt och utgjorde upprepningar av de svar som getts i den första sökandens anbud – förtydligade EUIPO vid den muntliga förhandlingen att detta konstaterande var ”från formell synpunkt”, vilket innebar att den ansåg att svaret inte var tillräckligt kortfattat, tydligt och specifikt i förhållande till den ställda frågan. Detta förtydligande, som gjordes först under domstolsförfarandet, kan inte ändra räckvidden av den, rent formella kritik som framfördes i utvärderingsrapporten, avseende längden av och upprepningen i den första sökandens svar. Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget eller skälen i utvärderingsrapporten i vilken utsträckning en sådan bedömning är motiverad, eftersom det i bilaga 17 till förfrågningsunderlaget tvärtom anges att varje enskilt svar ska vara en till två sidor, en formell begränsning som den första sökanden har följt. Sökandena har således fog för sitt första argument och EUIPO:s invändning om rättegångshinder ska underkännas.

116 Vad gäller det andra argumentet, är det tillräckligt att konstatera att det endast utvecklas på ett begripligt sätt i bilaga A.14 till ansökan, med följd att detta argument, i enlighet med ovan i punkt 83 angiven rättspraxis, inte kan prövas. Även om de argument som framförs i bilagan skulle beaktas, är de för övrigt inte tillräckliga för att grunda påståendet att EUIPO gjort en uppenbart oriktig bedömning härvidlag.

[*utelämnas*]

121 Av det anförda följer att EUIPO utan att göra sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning kunde anse att den första sökandens anbud inte omfattade ”variabel process”, ”kontroll av pågående utveckling”, ”igångsättande under övergångsfaserna” samt ”geografiska begränsningar” i egenskap av nyckelfrågor i den mening som avses i kriterium nr 1., underkriterium nr 1.1, punkt 1.1.3.10 i förfrågningsunderlaget.

122 Följaktligen ska den tredje invändningen delvis godtas – och EUIPO:s invändning om rättegångshinder underkännas – och delvis underkännas.

– Den fjärde invändningen, avseende kriterium nr 1, underkriterium 1.1, punkt 1.1.4.3, i förfrågningsunderlaget [*utelämnas*]

– Den femte invändningen, avseende kriterium nr 1, underkriterium 1.1, punkt 1.1.4.4, i förfrågningsunderlaget [*utelämnas*]

– Den sjätte invändningen, avseende kriterium nr 1, underkriterium 1.1, punkt 1.1.4.5, i förfrågningsunderlaget

140 Frågan med avseende på kriterium nr. 1, underkriterium 1.1, punkt 1.1.4.5, i förfrågningsunderlaget syftade till att den upphandlande myndigheten skulle få klarhet i vilka nyckelfrågor som skulle innebära att slutet av övergångsfasen [den så kallade ”out”-fasen] avseende ett visst IT-system hade avslutats framgångsrikt”.

141 I relevanta delar av utvärderingsrapporten angavs följande vad gäller den tekniska kvaliteten på den första sökandens anbud:

”Svaret är för långt. Endast de sista 25 procenten avser frågan. Svaret innehåller inte en förteckning över kriterier som gör det möjligt att bedöma övergången när kontraktet upphör. Det saknas viktiga kriterier: planerade uppgifter har avslutats, risker har avslutats, leverantören vid övergången i början av kontraktet har godkänt övergången.”

142 Sökandena har i huvudsak invänt mot att svaret i nämnda anbud betraktades som för långt, att det inte räknade upp de kriterier som gör det möjligt att bedöma övergången när kontraktet upphör och att viktiga kriterier saknades. Enligt EUIPO innehöll den första sökandens anbud inte en förteckning av de kriterier som gör det möjligt att bedöma övergången när kontraktet upphör. Anbudsgivarna skulle nämligen ange ”nyckelfrågor”, värden och konkreta sifferuppgifter så att det var möjligt att kontrollera om övergången hade genomförts väl. I den första sökandens anbud beskrevs endast den process som skulle göra det möjligt att erhålla dessa uppgifter angiven.

143 Tribunalen konstaterar inledningsvis att även om det aktuella kriteriet i likhet med de tidigare tilldelningskriterierna saknar tydlighet och precision då det på ett generellt sett endast hänvisar till ”nyckelfrågor”, har sökandena inte uttryckligen och specifikt bestritt detta, varken i ansökan eller i bilaga A.14 till ansökan, med följd att frågan inte kan tas upp ex officio av tribunalen. Tribunalen ska därför endast göra en begränsad prövning av huruvida det förekommit en uppenbart oriktig bedömning mot bakgrund av sökandenas argument.

144 För det första, vad gäller kritiken mot att den första sökandens svar var för långt, är det tillräckligt att ange att, i likhet med vad som sagts rörande den tredje invändningen, det i bilaga 17 till förfrågningsunderlaget tydligt anges att varje enskilt svar ska var en till två sidor, en formell begränsning som den första sökanden har följt. Det ska i likhet med vad som slagits fast i punkt 115 ovan konstateras att det är fråga om en uppenbart oriktig bedömning och att EUIPO:s invändning om rättegångshinder ska underkännas.

145 För det andra har det inte förklarats i utvärderingsrapporten, och inte heller av EUIPO, trots en muntlig fråga från tribunalen vid förhandlingen, varför den upphandlande myndigheten ansåg att endast 25 procent av den första sökandens svar var relevant för den ställda frågan. Den omständigheten att den sista delen av svaret, som utgör ungefär en fjärdedel av texten, föregås av rubriken ”3. Utvärdering av huruvida övergången när kontraktet upphör har varit effektiv och fullständig” motiverar under alla omständigheter inte i sig att de andra delarna av svaret, vilka angetts under rubriken ”2. Kvalitetsåtgärder för säkerställa att övergången när kontraktet upphör kan genomföras framgångsrikt” och ”2.1 Nyckelkvalitetsåtgärder”, inte ska anses relevanta. Vad gäller de skäl som anförts till stöd för beslutet att förkasta anbudet utgör dessa således hinder för såväl sökandena som tribunalen att pröva huruvida den upphandlande myndighetens bedömning var välgrundad i detta avseende, varför utvärderingen utgör ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter och utgör en grund avseende tvingande rätt som tribunalen ska pröva ex officio (se, för ett liknade resonemang, dom av den 20 maj 2009, VIP Car Solutions/parlamentet, T-89/07, REG, EU:T:2009:163, punkt 65 och där angiven rättspraxis) och EUIPO kan inte längre rätta till detta åsidosättande under förfarandet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 februari 2013, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, T-9/10, EU:T:2013:88, punkt 27 och där angiven rättspraxis).

[*utelämnas*]

148 Följaktligen ska följande invändning delvis godtas och delvis underkännas. Vad gäller motiveringen avseende längden på den första sökandens anbud har det förkommit en uppenbart oriktig bedömning.

– Den sjunde invändningen, avseende kriterium nr 1, underkriterium 1.3, punkt 1.3.1.12, i förfrågningsunderlaget [*utelämnas*]

– Den åttonde invändningen, avseende kriterium nr 1, underkriterium 1.4, punkt 1.4.2.4, i förfrågningsunderlaget [*utelämnas*]

– Den nionde invändningen, avseende kriterium nr 1, underkriterium 1.4, punkt 1.4.4.10, i förfrågningsunderlaget [*utelämnas*]

– Den tionde invändningen, avseende kriterium nr 1, underkriterium 1.4, punkt 1.4.4.12, i förfrågningsunderlaget [*utelämnas*]

– Den elfte invändningen, avseende kriterium nr 1, underkriterierna 1.5 och 1.6, i förfrågningsunderlaget [*utelämnas*]

– Den tolfte invändningen, avseende kriterium nr 2 i förfrågningsunderlaget [*utelämnas*]

– Den trettonde invändningen, avseende kriterium nr 3, underkriterium nr 3.1, punkt 3.1.1.2, i förfrågningsunderlaget

189 Enligt den fråga som angavs i kriterium nr 3, underkriterium nr 3.1, punkt 3.1.1.2, i förfrågningsunderlaget uppmanades anbudsgivarna att beskriva huvudpunkterna i deras system för kundhantering.

190 I det relevanta utdraget från utvärderingsrapporten framgår bland annat, vad avser den tekniska kvaliteten i den första sökandens anbud i fråga om kriterium nr 3 i förfrågningsunderlaget i allmänhet, och särskilt punkt 3.1.1.2, följande:

”Svaren från European Dynamics överensstämmer i stort med förfrågningsunderlaget. Några svagheter har identifierats i följande punkter:

3.1.1.2:
Den föreslagna organisationen avser inte de taktiska eller operationella nivåerna. Det har inte tydligt fastställts någon kommunikationsplan. Den följer inte den standardiserade styrningsplanen.”

191 Enligt sökandena har den upphandlande myndigheten härvidlag grundat sig på nya underkriterier som inte angavs i förfrågningsunderlaget. De har bestritt att den första sökandens anbud inte särskilt berört de taktiska och operationella nivåerna. I anbudet angavs vidare ett effektivt kommunikationssystem inom ramen för kundhantering, trots att det i förfrågningsunderlaget endast krävdes en allmän metod för kundhantering och inte en kommunikationsplan. EUIPO har vidare inte visat att det enligt specifikationen krävdes en ”standardiserad styrningsplan”, som inte ska ha tillämpats av den första sökanden. EUIPO preciserade inte heller vilket innehåll en sådan plan skulle ha haft eller på vilket sätt sökandens anbud inte uppfyllde detta nya krav.

192 EUIPO har genmält att anmärkningen avseende avsaknaden av en standardiserad styrningsplan inte syftade till att påstå att den första sökanden skulle ha använt denna metod, utan endast att vissa nödvändiga delar av den metod som för närvarande används av EUIPO inte hade behandlats, eftersom anbudet kunde ha varit mer specifikt. Således har sökandena påstått att de berört de ”taktiska och operationella nivåerna” i avdelning 6 trots att denna handling inte fanns. Ett annat exempel på att den första sökandens svar var olämpligt var den del som avsåg organisation för ”relationerna mellan leverantör och kund”, där sökanden angav en kontoansvarig för att möta kundens krav och nämnde

ett antal verksamheter som skulle anförtros denne ansvarige, bland dessa ”anordnande av möten” och ”säkerställa att kraven uppfylls vad gäller servicenivå”. Den första sökanden har för övrigt, trots att denna medgett att kommunikation var av avgörande betydelse för kundrelationerna, inte angett någon kommunikationsplan vilket utvärderingskommittén helt riktigt påpekade.

193 Tribunalens konstaterar att förevarande kriterium, enligt vilket anbudsgivarna inbjuds att ange huvudpunkterna i sina kundförvaltningssystem, är mycket otydligt och således otillräckligt för att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna tolka det på samma sätt och för att den upphandlande myndigheten på ett objektivt och öppet sätt ska kunna jämföra de olika anbuden (se ovan i punkt 101 angiven rättspraxis). I likhet med vad sökandena har anfört följer härav att de underkriterier som räknats upp i efterhand i utvärderingsrapporten, nämligen de taktiska och operationella nivåerna, fastställande av en kommunikationsplan och den standardiserade ledningsmetoden, inte finner tillräckligt klart, precist och entydigt stöd i tilldelningskriteriets lydelse. Det är emellertid uppenbart att ett sådant synsätt strider mot den fasta rättspraxis enligt vilken det slagits fast att i syfte att garantera att principen om likabehandling och principen om insyn iakttas är det viktigt att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som upphandlingskommittén kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och, om möjligt, deras vikt i förhållande till varandra och en upphandlande myndighet kan följaktligen inte med avseende på tilldelningskriterierna tillämpa underkriterier som anbudsgivarna inte i förväg underrättats om (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 januari 2008, Lianakis m.fl., C-532/06, REG, EU:C:2008:40, punkterna 36–38, och dom av den 21 juli 2011, Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, EU:C:2011:512, punkterna 30 och 31). De argument som framförts av EUIPO under förfarandets gång och som syftar till att omtolka tilldelningskriteriet och att i efterhand motivera den tillämpning som gjorts i utvärderingsrapporten med avseende på den betydelse som kriteriet i fråga har tillmätts, kan inte godtas och ska således underkännas. Härav följer att den upphandlande myndigheten inte kan grunda den negativa bedömningen i utvärderingsrapporten på det aktuella tilldelningskriteriet.

194 Det ska om inte annat på dessa grunder konstateras att den upphandlande myndigheten har gjort en uppenbart oriktig bedömning och talan ska vinna bifall såvitt avser den första invändningen, som anges tillräckligt detaljerat i ansökan. Härav följer vidare att EUIPO:s invändning om rättegångshinder avseende bland annat hänvisningen till skälen i bilaga A.14 i ansökan inte kan godtas. Det saknas härvidlag anledning att pröva huruvida den första sökandens anbud innehöll de delar som påstås saknades, såsom en kommunikationsplan.

– Den fjortonde invändningen, avseende kriterium nr 3, underkriterium nr 3.1, punkt 3.1.2.2, i förfrågningsunderlaget [*utelämnas*]

– Den femtonde invändningen, avseende kriterium nr 3, underkriterium nr 3.1, punkt 3.1.4.2, i förfrågningsunderlaget [*utelämnas*]

Den andra grundens andra, tredje och fjärde del, avseende uppenbart oriktig bedömning vid den kvalitativa utvärderingen av den första sökandens finansiella anbud, åsidosättande av kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och förändring av föremålet för kontraktet

– Sammanfattning av relevant innehåll i förfrågningsunderlaget [*utelämnas*]

– Sammanfattning av parternas argument [*utelämnas*]

– Bedömning av det aktuella fallet

215 En anbudsgivare kan indirekt ifrågasätta rättsenligheten av den beräkningsmetod som tillämpats vid den jämförande utvärderingen av anbuden, vilken hade fastställts i förfrågningsunderlaget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 september 2011, Evropaïki Dynamiki/EIB, T-461/08, REU, EU:T:2011:494, punkt 74). Vidare, vad gäller rättsenligheten i materiellt hänseende av det bestridda valet av utvärderingsmetod, erinras om att den upphandlande myndigheten har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller valet av relevanta tilldelningskriterier för det aktuella kontraktet, liksom för dess innehåll och genomförande. Häri innefattas kriterier för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Dessa kriterier ska motsvara det aktuella kontraktets natur, syfte och egenskaper och syfta till att på bästa sätt uppfylla den upphandlande myndighetens behov och de mål som denna har (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Evropaïki Dynamiki/EIB, EU:T:2011:494, punkterna137 och 192).

[*utelämnas*]

223 Det framgår med tillräcklig tydlighet av dessa överväganden att sökandena inte har visat att den i förfrågningsunderlaget föreskrivna metoden för utvärdering av de finansiella anbuden var rättsstridig, inte heller att det förekommit uppenbart oriktig bedömning när denna metod tillämpades.

224 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser denna grunds andra, tredje och fjärde del. Det saknas härvidlag anledning att vidta de åtgärder för processledning som sökandena har begärt.

Mellanliggande slutsats

225 Av det anförda följer att den andra grunden ska leda till delvis bifall och delvis ogillande av talan.

226 Det erinras om att då tribunalen har slagit fast att det förekommit fall av uppenbart oriktig bedömning eller bristande motivering som påverkar rättsenligheten av utvärderingen av den första sökandens anbud, så är dessa rättsstridigheter i sig tillräckliga för att beslutet att förkasta anbudet ska ogiltigförklaras.

227 Såsom framgår av den jämförande utvärderingstabellen avseende de tekniska anbuden som återgetts i punkt 14 ovan erhöll den första sökandens tekniska anbud, enligt de kvalitativa kriterierna nr 1–3 och efter viktning av de tilldelade nettopoängen, maximala 100 poäng, medan de tre vinnande anbudsgivarna endast erhöll klart lägre poäng, vissa endast knappt över tröskelvärdet för uteslutning på 45, 15 och 10 poäng för de kvalitativa kriterierna nr 1–3. Således ökades de 87,90 nettopoäng som

tilldelats den första sökandens anbud till 100 poäng brutto, medan de 71,96 nettopoäng som tilldelats anbudet från IECI ökades till 81,86 bruttopoäng, de 70,66 nettopoäng som tilldelats anbudet från Unisys ökades till 80,38 bruttopoäng och de 78,05 poäng netto som tilldelades anbudet från Drasis ökades till 88,78 bruttopoäng.

228 Såsom EUIPO bekräftade som svar på en skriftlig fråga från tribunalen var ökningen av de tre vinnande anbudens poäng ett resultat av regeln om tre och var proportionerlig i förhållande till vad som tillämpades för den första sökandens anbud, vilket utgjorde referensvärdet med det högsta antalet poäng. Motsatt skulle, om det till följd av att förevarande dom avkunnas gjordes en ny utvärdering av den första sökandens tekniska anbud, vilket inte skulle vara behäftat med de konstaterade rättsstridigheterna, den upphandlande myndigheten behöva tilldela den första sökandens anbud fler poäng för de kvalitativa kriterierna nr 1–3. Som en följd av höjningen av poängen för detta anbud, som utgjorde referensvärdet, skulle på grund av regeln om tre, även med nödvändighet leda till att de bruttopoäng som tilldelats de vinnande anbuden minskades i proportion till höjningen vilket skulle påverka deras slutliga placering i kaskadsystemet. Detsamma skulle för övrigt med nödvändighet påverka viktningen, på grundval av de beräknade bruttovärdena, för samtliga anbud för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt den tabell som återges ovan i punkt 14.

229 Slutsatsen ska således dras att de rättsstridigheter som konstaterats inom ramen för den andra grunden kunde påverka resultatet av upphandlingsförfarandet, vilket EUIPO enligt artikel 266 första stycket FEUF måste beakta (se även punkt 276 nedan).

En ny grund, avseende åsidosättande av förfrågningsunderlaget då EUIPO godtagit det finansiella anbud som lämnats av IECI [*utelämnas*]

Den första invändningen, avseende åsidosättande av motiveringsskyldigheten

238 Sökandena har gjort gällande att artikel 100.2 i budgetförordningen och artikel 149.2 i genomförandebestämmelserna har åsidosatts genom att EUIPO inte gett dem en tillräcklig motivering, särskilt en fullständig kopia av utvärderingsrapporten för att de bland annat skulle kunna förstå bedömningen av de olika anbudens komparativa fördelar och bestämma att väcka talan och för tribunalen att utöva sin kontroll. Sökandena har därför begärt att tribunalen ska förordna att EUIPO ska förete de fullständiga versionerna av utvärderingsrapporten och de tre vinnande anbudsgivarnas anbud samt de icke-konfidentiella versionerna av dessa handlingar. De har härvidlag bestritt bland annat att poängen för den första sökandens anbud för den tekniska kvaliteten uppgick till 100 procent, då poängen var 58,21 för kriterium nr 1, 18,00 för kriterium nr 2 och 11,69 för kriterium nr 3, det vill säga totalt 87,90 procent. Även om den första sökanden erhållit maximala antalet poäng för den tekniska kvaliteteten skulle det ha varit nödvändigt att motivera de vinnande anbudsgivarnas relativa fördelar med avseende på de olika relevanta kriterierna och underkriterierna för att den anbudsgivare vars anbud förkastats skulle kunna förstå den jämförande utvärderingen av anbuden och utöva sin rätt till effektiv domstolskontroll.

239 EUIPO har genmält att motiveringsskyldigheten har uppfyllts, bland annat genom att resultaten av anbudsförfarandet meddelats genom den omtvistade skrivelsen och att EUIPO besvarat sökandenas begäran om klargöranden genom skrivelser av den 26 augusti och den 15 september 2011. Utdraget av utvärderingsrapporten som bifogades skrivelsen av den 26 augusti 2011 innehöll inte några kommentarer från utvärderingskommittén avseende de vinnande anbuden, enbart därför att det inte fanns några relativa fördelar att ange vad gäller deras tekniska kvalitet och att den första sökandens anbud hade getts maximalt 100 poäng av 100 möjliga för samtliga tekniska tilldelningskriterier och högsta poäng för vart och ett av de tekniska kriterierna var för sig. De uppgifter som lämnades avseende utvärderingen av de finansiella kriterierna var på samma sätt tillräckliga och gjorde det

särskilt möjligt för den första sökanden att, mot bakgrund av de poäng som denna tilldelats för sitt finansiella anbud och de poäng som tilldelats de vinnande anbudsgivarna, beräkna de sistnämndas finansiella anbud.

240 När, som i förevarande fall, unionens institutioner i egenskap av upphandlande myndigheter ges utrymme för skönsmässig bedömning är det av än mer grundläggande betydelse att de garantier som tillhandahålls av unionens rättsordning i fråga om administrativa förfaranden uppfylls. Bland dessa skyddsregler återfinns bland annat skyldigheten för den behöriga institutionen att på ett tillfredsställande sätt motivera sina beslut. Det är nämligen endast under sådana förhållanden som unionsdomstolen kan kontrollera om de faktiska och rättsliga omständigheter som är av betydelse för den skönsmässiga bedömningen föreligger (dom av 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, REG, EU:C:1991:438, punkt 14; VIP Car Solutions/parlamentet, punkt 145 ovan, EU:T:2009:163, punkt 61, och dom av den 12 december 2012, Evropaïki Dynamiki/EFSA, T-457/07, EU:T:2012:671, punkt 42).

241 Enligt den motiveringsskyldighet som föreskrivs i artikel 296 andra stycket FEUF, ska det klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och göra sina rättigheter gällande och så att domstolen ges möjlighet att utföra sin prövning. Frågan huruvida kravet på motivering är uppfyllt ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälen och det intresse av att få förklaringar som de till vilka rättsakten är riktad, eller andra personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha (se domen Evropaïki Dynamiki/kommissionen, punkt 145 ovan, EU:T:2013:88, punkterna 25 och 26 och där angiven rättspraxis). Motiveringsskyldigheten utgör dessutom en väsentlig formföreskrift som ska särskiljas från frågan huruvida motiveringen är hållbar, vilken ska hänföras till frågan huruvida den omtvistade rättsakten är lagenlig i materiellt hänseende (se dom av den 22 maj 2012, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, T-17/09, EU:T:2012:243, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

242 I artikel 100.2 första stycket i budgetförordningen och artikel 149.3 i genomförandebestämmelserna preciseras, vad gäller offentlig upphandling, villkoren enligt vilka den upphandlande myndigheten uppfyller sin motiveringsskyldighet gentemot anbudsgivarna.

243 Den upphandlande myndigheten ska således enligt artikel 100.2 första stycket i budgetförordningen ”informera alla anbudssökande och anbudsgivare vars ansökningar förkastats om orsaken till detta, och alla som lämnat formellt korrekta anbud och ansökningar som prövats skall, om de skriftligen begär detta, informeras om vilka relativa kvaliteter och fördelar som kännetecknar det anbud som slutligen valts, samt namnet på den som lämnat det anbudet”.

244 Enligt fast rättspraxis kan det enligt nämnda bestämmelse inte krävas att den upphandlande myndigheten tillhandahåller en anbudsgivare vars anbud har förkastats, dels, förutom skälen till att anbudet förkastats, en detaljerad redogörelse för det sätt på vilket varje detalj i dennes anbud beaktats vid utvärderingen, dels vad gäller informationen om vilka relativa kvaliteter och fördelar som kännetecknar det anbud som slutligen valts, en detaljerad jämförande analys av det utvalda anbudet och det förkastade anbudet. Den upphandlande myndigheten är inte heller skyldig att tillhandahålla en anbudsgivare vars anbud har förkastats en fullständig kopia av utvärderingsrapporten på begäran från nämnda anbudsgivare (beslut av den 20 september 2011, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, C-561/10 P, EU:C:2011:598, punkt 27; beslut av den 29 november 2011, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, C-235/11 P, EU:C:2011:791, punkterna 50 och 51, och dom av den 4 oktober 2012, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, C-629/11 P, EU:C:2012:617, punkterna 21–23). Unionsdomstolen ska emellertid kontrollera huruvida den av den upphandlande myndigheten använda metoden för teknisk utvärdering av anbuden anges tillräckligt klart i förfrågningsunderlaget, inbegripet de olika tilldelningskriterierna, deras respektive poäng vid utvärderingen, det vill säga i beräkningen av

totalpoängen, samt det lägsta och högsta antalet poäng för varje kriterium (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Evropaïki Dynamiki/kommissionen, EU:C:2012:617, punkt 29).

245 Tribunalen erinrar inledningsvis om att den upphandlande myndigheten enligt ovan i punkt 244 nämnd rättspraxis inte är skyldig att ge den anbudsgivare vars anbud förkastats tillgång till den fullständiga versionen av den vinnande anbudsgivarens anbud eller av utvärderingsrapporten. Om det med beaktande av parternas skrivelser, de handlingar som ingetts i målet och av vad som framkommit vid förhandlingen visar sig att tribunalen har tillräckliga upplysningar för att kunna avgöra målet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 november 2006, Peróxidos Orgánicos/kommissionen, T-120/04, REG, EU:T:2006:350, punkt 80), saknas anledning att bevilja sökandenas begäran om åtgärder för processledning, som tribunalen ensam är behörig att avgöra huruvida det föreligger ett behov av (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 september 2009, Erste Group Bank m.fl./kommissionen, C-125/07 P, C-133/07 P och C-137/07 P, REG, EU:C:2009:576, punkt 319, och beslut av den 10 juni 2010, Thomson Sales Europe/kommissionen, C-498/09 P, EU:C:2010:338, punkt 138). Det ska under alla omständigheter påpekas att tribunalen i förevarande mål delvis bifallit sökandenas begäran, eftersom den förelagt EUIPO genom beslut om åtgärder för processledning av den 27 mars 2015 (se punkt 26 ovan), att förete de handlingar som visar beräkningen och den jämförande utvärderingen av de vinnande anbuden och den första sökandens anbud, vilket EUIPO efterkom.

246 Vad därefter gäller de skäl som EUIPO i efterhand lagt fram, nämligen i dess skrivelser av den 26 augusti och den 15 september 2011 som följde på den omtvistade skrivelsen, har det inte bestritts att dessa skrivelser i sig utgör kompletteringar till motiveringen till beslutet att förkasta anbudet i enlighet med artikel 100.2 första stycket i budgetförordningen och artikel 149.3 i genomförandebestämmelserna, som tribunalen kan beakta.

247 Det återstår emellertid att avgöra om och i vilken utsträckning dessa skrivelser är bristfälligt motiverade, av det skälet att de inte gjorde det möjligt för sökandena att få kännedom om skälen till den vidtagna åtgärden för att kunna göra sina rättigheter gällande och för unionsdomstolen att genomföra sin lagenlighetsprövning i sak.

248 Härvid ska såväl den individuella utvärderingen av den första sökandens anbud som den jämförande utvärderingen med de vinnande anbuden beaktas.

249 För det första, vad gäller den individuella utvärderingen av den tekniska kvaliteten i den första sökandens anbud, framgår det av den utvärderingstabell som angetts i skrivelsen av den 26 augusti 2011 (se punkt 14 ovan) att den upphandlande myndigheten endast lämnade uppgift om den totala nettopoäng som nämnda anbud erhållit för vart och ett av de tre kvalitativa kriterierna separat utan att ange det exakta antalet nettopoäng som getts för de olika underkriterierna och underpunkterna som angetts i förfrågningsunderlaget och som anbudet behandlade, och avseende vilka utvärderingsrapporten innehöll negativa bedömningar. Det angavs inte heller huruvida och i vilken utsträckning dessa bedömningar medfört att den upphandlande myndigheten dragit av poäng eller delar av nettopoäng till den första sökandens nackdel. Denna avsaknad av motivering vad gäller sambandet mellan de negativa bedömningarna i utvärderingsrapporten å ena sidan och de nettopoäng som tilldelats eller inte tilldelats för de olika underkriterierna och underpunkterna återspeglar för övrigt förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget föreskrivs nämligen inte en fullständig överensstämmelse utan det anges endast, i en särskilt tabell, en viktning på 65 procent för kvalitativt kriterium nr 1, med en fördelning på 10 procent för underkriterierna nr 1.1–1.5, 20 procent för kvalitativt kriterium nr 2 och 15 procent för kvalitativt kriterium nr 3.

250 Den upphandlande myndigheten har visserligen ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid valet av hierarkin mellan tilldelningskriterierna och de poäng som ska tilldelas de olika kriterierna och underkriterierna. Den upphandlande myndigheten är inte heller skyldig att tillhandahålla en

anbudsgivare vars anbud förkastats en sammanfattning innehållande en detaljerad redogörelse för hur varje del av dennes anbud har beaktats vid bedömningen. Om den upphandlande myndigheten har gjort ett sådant val måste emellertid unionsdomstolen, på grundval av förfrågningsunderlaget och motiveringen i tilldelningsbeslutet, kunna kontrollera viktningen för de olika tekniska kriterierna och underkriterierna för tilldelning av kontraktet, det vill säga beräkningen av den sammanlagda poängen liksom lägsta och högsta antalet poäng för varje kriterium eller underkriterium (se, för ett liknande resonemang, domen Evropaïki Dynamiki/kommissionen, punkt 244 ovan, EU:C:2012:617, punkterna 21 och 29). När den upphandlade myndigheten använder sig av särskilda utvärderingar av huruvida det aktuella anbudet uppfyller dessa kriterier eller underkriterier, vilka uppenbarligen är relevanta för den totala poängsättningen av anbudet, kräver motiveringsskyldigheten nödvändigtvis att det förklaras på vilket sätt i synnerhet de negativa bedömningarna lett till dessa poäng.

251 I ett fall som det aktuella är det nämligen än mer nödvändigt att detta krav uppfylls, eftersom, i likhet med vad som angetts i punkterna 227 och 228 ovan, en eventuell minskning av nettopoäng för vissa underkriterier eller underpunkter med automatik enligt den beräkningsmetod som den upphandlande myndigheten använder sig av ökar antalet bruttopoäng som det vinnande anbudet tilldelas för teknisk kvalitet. Annorlunda uttryckt har den första sökanden ett intresse av att känna till den minskning av poäng som gjorts för vart och ett de underkriterier och underpunkter för vilka det i utvärderingsrapporter gjorts en negativ bedömning, för att kunna göra gällande att denna minskning, som medförde en motsvarande ökning av andra anbudsgivares poäng, mot bakgrund av att beräkningen var uppenbart felaktig, var rättsstridig.

252 Som svar på en muntlig fråga från tribunalen vid förhandlingen förnekade inte EUIPO att poängen fördelats i enlighet med olika underkriterier och underpunkter. EUIPO begränsade sig istället till att påstå att den första sökanden inte hade rätt att få kännedom om beräkningen och detaljfördelningen av dessa poäng, då det var tillräckligt att lämna information om den slutliga sammanlagda poängen för vart och ett av de tre tekniska eller kvalitativa kriterierna. Det framgår nämligen av en jämförelse mellan de tabeller som avses i punkterna 14 och 249 ovan att den första sökandens anbud tilldelades 6,79 nettopoäng för kvalitativt kriterium nr 1 (65 – 58,21 = 6,79), 2 nettopoäng för kvalitativt kriterium nr 2 (20 – 18 = 2) samt 3,31 nettopoäng för kvalitativt kriterium nr 3 (15 – 11,69 = 3,31), det vill säga inklusive minskningen med två decimaler. Härav följer att utvärderingskommittén vad gäller utvärderingen av anbuden med avseende på dessa olika kvalitativa kriterier tillämpade en matematisk formel som åtminstone gav delar av poäng per underkriterium eller underpunkt. Det är emellertid, såväl för sökandena som för tribunalen, omöjligt att förstå beräkningen eller den exakta fördelningen av de poäng som dragits av för varje underkriterium, eller underpunkt, särskilt vad avser kvalitativt kriterium nr 1 angående vilket utvärderingskommittén hade uttryckt specifika negativa omdömen avseende den första sökandens anbud. Det är under dessa omständigheter inte heller möjligt att kontrollera om och i vilken utsträckning dessa minskningar faktiskt motsvarar nämnda beräkningar, och följaktligen om de är motiverade, eller åtminstone rimliga.

253 Härav följer att även om den första sökandens anbud slutligen erhållit det maximala antalet bruttopoäng om 100 har den första sökanden, mot bakgrund av principen om ett effektivt rättsmedel i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, vars direkta samband med motiveringsskyldigheten har betonats i rättspraxis (se, för ett liknande resonemang, analogt, dom av den 18 juli 2013, kommissionen m.fl./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P och C-595/10 P, REU, EU:C:2013:518, punkterna 116–119), ett intresse av att känna till på vilket sätt den upphandlande myndighetens negativa bedömningar medförde en minskning av nettopoäng vars omfattning och motivering kunde visa sig vara av avgörande betydelse för kontrollen av huruvida såväl den individuella som jämförande utvärderingen av anbuden var rättsenlig (se punkterna 227 och 228 ovan).

254 Beslutet att förkasta anbudet är följaktligen bristfälligt motiverat vad avser sambandet mellan de specifika negativa bedömningar som angetts i utvärderingsrapporten och den upphandlande myndighetens minskning av nettopoäng.

255 Till denna bristande motivering kommer även den bristande motivering som konstaterats i punkterna 145 och 148 ovan avseende kriterium nr 1, underkriterium nr 1.1, punkt 1.1.4.5, i förfrågningsunderlaget.

256 I den mån sökandena har kritiserat EUIPO för en bristande motivering avseende den första sökandens anbud då det gäller bedömningen av kriterium nr 1., underkriterierna nr 1.5 och 1.6, i förfrågningsunderlaget (se punkterna 178 och 179 ovan), är det tillräckligt att konstatera att denna kritik sammanfaller med övervägandena i punkterna 249–253 ovan och som innebär att den upphandlande myndigheten inte förklarat i vilken utsträckning bedömningen i utvärderingsrapporten, vilken för övrigt snarare var neutral härvidlag, hade kunnat ge upphov till en minskning av nettopoäng till nackdel för den första sökandens anbud. Det kan nämligen inte uteslutas att det inte gjorts någon minskning alls, vilket varken sökandena eller tribunalen kan kontrollera.

257 Vad för det andra avser den jämförande utvärderingen av den tekniska kvaliteten av den första sökandens anbud i förhållande till de vinnande anbuden, erinras om att den omständigheten att den första sökandens anbud tilldelats det maximala antalet om 100 poäng inte i sig är tillräcklig för att det ska anses att den upphandlande myndigheten inte var tvungen att specificera de tilldelade poängen avseende de olika underkriterierna och underpunkterna. Bestridande av poängsättningen gör det nämligen möjligt att ifrågasätta nivån på de bruttopoäng som de vinnande anbuden tilldelats (se punkt 228 ovan). Detta konstaterande sammanfaller emellertid med övervägandena i punkterna 249–253 ovan och kan inte utgöra ett särskilt fall av bristande motivering. Det ska preciseras att mot bakgrund av den rättspraxis som avses i punkt 244 ovan är det inte nödvändigt att den upphandlande myndigheten till den anbudsgivare vars anbud förkastats lämnar en detaljerad bedömning av de vinnande anbudens tekniska kvalitet, eller den fullständiga versionen av utvärderingsrapporten.

258 För det tredje, när det gäller den jämförande bedömningen av de finansiella anbuden, räcker det att konstatera att sökandena inte kunnat precisera sitt bestridande i sak sedan EUIPO lagt fram den handling i vilken utvärderingen återges (se punkt 219 ovan). Härav följer att sökandena på grund av motiveringen av beslutet att förkasta anbudet inte har hindrats att väcka talan härvidlag och att tribunalen inte hindras att utföra sin kontroll av beslutets lagenlighet.

259 Mot denna bakgrund konstaterar tribunalen att beslutet att förkasta anbudet i flera avseenden är bristfälligt motiverat enligt artikel 100.2 i budgetförordningen, jämförd med artikel 296 andra stycket FEUF. Beslutet ska även av detta skäl ogiltigförklaras.

Slutsats avseende yrkandet om ogiltigförklaring av de angripna besluten

260 Av det anförda följer att beslutet att förkasta anbudet ska ogiltigförklaras i sin helhet på grund av de rättsstridigheter i materiellt och formellt hänseende som konstaterats inom ramen för den första, den andra och den tredje grunden.

261 Mot bakgrund av de oupplösliga banden mellan de angripna besluten, det vill säga beslutet att förkasta anbudet och de andra sammanhörande besluten, däribland besluten att tilldela kontraktet och rangordningen av de vinnande anbuden på första till och med tredje plats i kaskadsystemet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 februari 2003, Strabag Benelux/rådet, T-183/00, REG, EU:T:2003:36, punkt 28), ska även dessa beslut ogiltigförklaras i enlighet med sökandenas yrkanden (se punkt 30 ovan).

2. *2. Skadeståndstalan* [*utelämnas*]

264 Enligt fast rättspraxis krävs att ett antal villkor är uppfyllda för att unionen ska ådra sig utomobligatoriskt skadeståndsansvar, i den mening som avses i artikel 340 andra stycket FEUF, för rättsstridiga åtgärder som vidtagits av dess organ. Det beteende som den berörda institutionen klandras för ska vara rättsstridigt, det ska föreligga en reell skada och det ska finns ett orsakssamband mellan detta beteende och den åberopade skadan (se dom av den 15 oktober 2013, Evropaïki Dynamiki/kommissionen, T-474/10, EU:T:2013:528, punkt 215 och där angiven rättspraxis). Dessa principer är, med nödvändiga ändringar, även tillämpliga på unionens utomobligatoriska ansvar i den mening som avses i samma bestämmelse, på grund av ett rättsstridigt beteende och en skada som orsakats av ett av unionens organ (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 december 1992, SGEEM och Etroy/EIB, C-370/89, REG, EU:C:1992:482, punkterna 15 och 16, och dom av den 10 april 2002, Lamberts/ombudsmannen, T-209/00, REG, EU:T:2002:94, punkt 49), såsom EUIPO, som denna är skyldig att ersätta i enlighet med artikel 118.3 i förordning nr 207/2009.

265 Skadeståndstalan grundas på samma rättsstridigheter som de som åberopats till stöd för talan om ogiltigförklaring av tilldelningsbeslutet, vilket i flera fall var rättsstridigt i materiellt hänseende, däribland åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivarna (se punkt 77 ovan), uppenbart oriktig bedömning (se punkterna 104, 115, 134, 138, 144, 158, 166, 186, 194 och 207 ovan), samt flera fall av bristande motivering (se punkterna 145 och 254–256 ovan).

266 Vad gäller frågan huruvida det förekommer ett orsakssamband mellan dessa rättsstridigheter i materiellt och formellt hänseende och den påstådda skadan framgår emellertid av fast rättspraxis att bristande motivering i sig inte kan medföra att unionen ådrar sig skadeståndsansvar, särskilt som denna brist inte medför att det framgår att kontraktet utan denna brist kunde, eller skulle, ha tilldelats sökanden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 oktober 2011, Alfastar Benelux/rådet, T-57/09, EU:T:2011:609, punkt 49; dom av den 17 oktober 2012, Evropaïki Dynamiki/domstolen, T-447/10, EU:T:2012:553, punkt 123, och dom av den 14 januari 2015, Veloss International och Attimedia/parlamentet, T-667/11, EU:T:2015:5, punkt 72).

267 Tribunalen finner således i förevarande mål att det inte föreligger ett orsakssamband mellan de fall av bristande motivering som konstaterats och den skada som sökandena har gjort gällande.

268 Vad däremot gäller orsakssambandet mellan de rättsstridigheter i materiellt hänseende som konstaterats, nämligen åsidosättande av principen om lika behandling samt fallen av uppenbart oriktig bedömning, å ena sidan, och den förlorade möjligheten, å andra sidan, kan inte EUIPO begränsa sig till att påstå att den mot bakgrund av sitt stora utrymme för skönsmässig bedömning inte var skyldig att ingå ramavtal med den första sökanden (se, för ett liknande resonemang, domen Evropaïki Dynamiki/EIB, punkt 215 ovan, EU:T:2011:494, punkt 211).

269 I förevarande fall har åsidosättandet av principen om likabehandling av anbudsgivare, i kombination med åsidosättandet av artikel 93.1 e budgetförordningen och punkt 13.1 första stycket e i förfrågningsunderlaget, och de fall av uppenbart oriktig bedömning som den upphandlande myndigheten gjort sig skyldig till vid den individuella bedömningen av den första sökandens anbud med nödvändighet påverkat dennes möjligheter till en bättre placering i kaskadsystemet och, åtminstone, bli den tredje vinnande anbudsgivaren, särskilt om Drasiskonsortiet hade uteslutits från anbudsförfarandet av de skäl som angetts i punkterna 64–78 ovan.

270 Härav följer dessutom att även mot bakgrund av det stora utrymme för skönsmässig bedömning som tillkommer den upphandlande myndigheten vid tilldelningen av det aktuella kontraktet, utgör den första sökandens förlust av en möjlighet en faktisk och säker skada i den mening som avses i rättspraxis (se, för ett likande resonemang, och analogt, dom av den 9 november 2006, Agraz m.fl./kommissionen, C-243/05 P, REG, EU:C:2006:708, punkterna 26–42, och domen Evropaïki Dynamiki/EIB, punkt 215 ovan, EU:T:2011:494, punkterna 66 och 67; generaladvokatens Cruz

Villalóns förslag till avgörande i målet Giordano/kommissionen, C-611/12 P, REU, EU:C:2014:195, punkt 61). Den omständigheten att den första sökandens anbud erhöll högsta poäng för teknisk kvalitet och att detta anbud rangordnades på fjärde plats gör det föga troligt att den upphandlande myndigheten inte skulle ha tilldelat den första sökanden det aktuella kontraktet och erbjudit denna ett ramavtal med EUIPO.

271 Tribunalen delar sökandenas ståndpunkt att i en situation som den här aktuella där det föreligger en betydande risk för att kontraktet verkställs fullt ut efter det att förfarandet vid tribunalen avslutats skulle det strida mot principen om ett effektivt rättsmedel, såsom den anges i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, om unionsdomstolen inte skulle godta en sådan förlorad möjlighet och inte anse det nödvändigt att besluta om ersättning för denna förlust. I en sådan situation innebär nämligen en ogiltigförklaring av tilldelningsbeslutet ingen fördel för den anbudsgivare vars anbud förkastats, eftersom den förlorade möjligheten inte kan repareras. På grund av de regler som styr interimistiska förfaranden inför tribunalens ordförande kan för övrigt den anbudsgivare vars anbud rättsstridigt utvärderats och förkastats i praktiken endast ytterst sällan erhålla uppskov med verkställigheten av ett sådant beslut (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 23 april 2015, kommissionen/Vanbreda Risk & Benefits, C-35/15 P(R), REU, EU:C:2015:275, och beslut av den 4 februari 2014, Serco Belgium m.fl./kommissionen, T-644/13 R, REU, EU:T:2014:57, punkt 18 och följande punkter).

272 Tribunalen finner följaktligen att den första sökanden ska ersättas för förlust av en möjlighet, eftersom beslutet att förkasta anbudet, även om det skulle ogiltigförklaras med retroaktiv verkan, i praktiken slutligt skulle ha omöjliggjort den första sökandens möjligheter att tilldelas kontraktet i fråga i egenskap av avtalspartner i kaskadsystemet och följaktligen dess möjlighet att verkställa enskilda kontrakt inom ramen för genomförande av ramavtalet.

273 Vad gäller omfattningen av ersättningen för skadan till följd av den förlorade möjligheten, vilken av sökandena uppskattats till 6 750 000 euro, har tribunalen emellertid inte möjlighet att mot bakgrund av handlingarna i målet i detta skede av förfarandet uttala sig om det belopp som unionen ska ersätta den första sökanden med. Eftersom frågan om vilket belopp skadan uppgår till ännu inte kan besvaras är det av processekonomiska skäl lämpligt att i ett första skede av förfarandet genom mellandom fastställa att unionen är skadeståndsskyldig. Ersättningsbeloppen för EUIPO:s rättsstridiga agerande ska fastställas i ett senare skede antingen i enlighet med en överenskommelse mellan parterna, eller av tribunalen om en sådan överenskommelse inte kan nås (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 september 2013, ATC m.fl./kommissionen, T-333/10, REU, EU:T:2013:451, punkt 199 och där angiven rättspraxis).

274 Såväl parterna som tribunalen ska härvidlag beakta följande omständigheter.

275 För det första ska det beaktas att det uppskattade värdet av det aktuella kontraktet, såsom det angetts i meddelandet om upphandling och i punkt 16 i förfrågningsunderlaget, uppgår till 135 000 000 euro exklusive mervärdesskatt för ramavtalets maximala löptid på sju år och att värdet för den första perioden uppgår till minst 57 857 143 euro.

276 Det är för det andra nödvändigt att fastställa graden av sannolikhet för att den första sökandens anbud skulle ha tilldelats kontraktet, det vill säga att rangordnas på åtminstone tredje plats i kaskadsystemet, om de olika rättsstridigheter i materiellt hänseende som EUIPO hade gjort sig skyldig till under anbudsförfarandet inte hade förekommit. Härvid ska den upphandlande myndighetens eventuella skyldighet att utesluta Drasiskonsortiet som tredje vinnande anbudsgivare beaktas. Vidare ska den omständigheten beaktas att den första anbudsgivarens tekniska anbud getts den högsta poängen, men att dess finansiella anbud endast rangordnats på fjärde plats (se tabellerna i punkt 14 ovan), och enligt den beräkningsmetod som angavs i punkt 13.5 i förfrågningsunderlaget viktades dessa anbud vid tilldelningen 50-50. Särskilt vid en ny utvärdering av den tekniska kvaliteteten i den första anbudsgivarens anbud utan de fall av uppenbart oriktig bedömning som konstaterats, ska det beaktas

att enligt den beräkningsmetod som den upphandlande myndigheten använt sig av, skulle en eventuell ökning av poängen för detta anbud, där poängsättningen utgör referensvärdet, med nödvändighet medföra att de poäng som tilldelats de vinnande anbuden minskades proportionellt. Detta kan antas påverka deras placering i kaskadsystemet liksom den jämförande bedömningen som bygger på de sålunda beräknade bruttovärdena, av samtliga anbud för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt tabellen i punkt 14 ovan (se punkt 228 ovan).

277 För det tredje ska det beaktas att ramavtalet endast tilldelas och undertecknas för en inledande period på tre år, att det inte är säkert att det förnyas av EUIPO för de följande fyra åren (se punkt 14.3 i förfrågningsunderlaget), att den första vinnande anbudsgivaren inte har ensamrätt att tillhandahålla ramavtalets tjänster och att EUIPO inte är skyldig att köpa, utan endast är juridiskt bunden att ingå särskilda avtal och att utfärda inköpsorder (se punkterna 14.4 och 14.5 i förfrågningsunderlaget och punkterna 1.1.3–1.1.5 i modellramavtalet). I detta sammanhang ska även sannolikheten för att den första anbudsgivare med vilken ramavtal slutits kan motsvara kraven i de olika inköpsorder som ställts ut av den upphandlande myndigheten såväl under de första tre åren som under de följande fyra åren, för det fall avtalet förnyas (se punkterna 1.4.1–1.4.4 i modellramavtalet), bedömas. Härav följer att det är nödvändigt att justera sannolikhetsgraden för att anbudet ska få framgång i förhållande till den omständigheten att det inte är säkert att ramavtalet förnyas samt att nämnda avtalspartner kan visa sig oförmögen att genomföra nämnda beställningar.

278 För det fjärde ska den ersättningsgilla skadan fastställas mot bakgrund av den nettovinst som den första sökanden kunde ha fått under genomförandet av ramavtalet. Tribunalen erinrar i detta hänseende om att sökandena har gjort gällande att den första sökanden under räkenskapsåret 2006 gjorde en genomsnittlig vinst på 10,33 procent.

279 För det femte ska de vinster som den första sökanden gjort på andra håll på grund av att denna inte tilldelades det aktuella kontraktet räknas bort för att undvika en överkompensation.

280 För det sjätte ska, för att erhålla det totala belopp som ska ersättas för förlust av möjlighet, den fastställda nettovinsten multipliceras med graden av sannolikhet för framgång.

281 Av det anförda framgår att yrkandet om skadestånd ska bifallas såvitt avser förlust av en möjlighet.

282 Tribunalen uppmanar därför parterna att vad gäller ersättningen för förlust av möjlighet, med förbehåll för att tribunalen fattar beslut i ett senare skede, ingå en överenskommelse om dessa belopp mot bakgrund av de överväganden som anförts och att inom tre månader meddela tribunalen vilka belopp som ska erläggas eller, om en sådan överenskommelse inte kan träffas, inkomma med beloppsmässiga yrkanden (se, för ett liknande resonemang, domen ATC m.fl./kommissionen, punkt 273 ovan, EU:T:2013:451, punkt 201).

Rättegångskostnader [*utelämnas*]

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen)

följande:

1) Det beslut som fattats av Europeiska immaterialrättsmyndigheten (EUIPO) i anbudsförfarandet AO/029/10 med rubriken ”Programvaruutveckling och underhållstjänster”, vilket delgavs sökandena genom skrivelse av den 11 augusti 2011, att förkasta anbudet från European Dynamics Luxembourg och andra beslut av EUIPO inom ramen för upphandlingen i fråga, däribland beslutet att tilldela andra anbudsgivare kontraktet efter att ha rangordnats på första, andra och tredje plats i kaskadsystemet, ogiltigförklaras.

2) EUIPO ska ersätta European Dynamics Luxembourg för förlust av en möjlighet att tilldelas ramavtalet, i egenskap av anbudsgivare som rangordnats på åtminstone tredje plats i kaskadsystemet.

3) Parterna ska inom tre månader från det att förevarande dom har meddelats, till tribunalen inge det i siffror uttryckta belopp som ersättningen ska uppgå till enligt överenskommelse mellan parterna.

4) Om en överenskommelse inte kan träffas, ska parterna inkomma med beloppsmässiga yrkanden till tribunalen inom samma frist.

5) Frågan om rättegångskostnader anstår.

Prek Labucka Kreuschitz

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 27 april 2016.

Underskrifter