FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)

den 12 mars 2008 *

I mål T-345/03,

Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, Aten (Grekland), inledningsvis företrätt av advokaten S. Pappas, därefter av advokaten N. Korogiannakis,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av C. O'Reilly och L. Parpala, båda i egenskap av ombud,

svarande,

angående en begäran från sökanden att ogiltigförklara beslutet att tilldela kontraktet i kommissionens anbudsinfordran ENTR/02/55 – CORDIS del 2, för utveckling och tillhandahållande av tjänster till stöd för informationstjänsten för forskning och utveckling inom EU (CORDIS),

meddelar

* Rättegångsspråk: engelska.

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Jaeger samt domarna J. Azizi och E. Cremona,

justitiesekreterare: handläggaren C. Kristensen,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 13 juli 2006,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

1 Kommissionens upphandling av tjänster reglerades till och med den 31 december 2002 av bestämmelserna i avsnitt 1 (artiklarna 56–64a) i fjärde avdelningen i Budgetförordning av den 21 december 1977 för Europeiska gemenskapernas allmänna budget (EGT L 356; s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 4, s. 3), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG, EKSG, Euratom) nr 2673/99 av den 13 december 1999 (EGT L 326, s. 1), vilken trädde i kraft den 1 januari 2000 (nedan kallad budgetförordningen).

2 I artikel 56 i budgetförordningen föreskrivs följande:

”Vid ingående av avtal där beloppen uppgår till eller överskrider de trösklar som anges i rådets direktiv om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, skall varje institution ha samma förpliktelser som dem som åläggs medlemsstaternas myndigheter i kraft av dessa direktiv.

Genomförandebestämmelserna i artikel 139 omfattar de föreskrifter som är tillämpliga i detta avseende.”

3 I artikel 139 i budgetförordningen föreskrivs följande:

”Kommissionen skall i samråd med Europaparlamentet och rådet och efter det att de övriga institutionerna har yttrat sig anta genomförandebestämmelser för denna budgetförordning.”

4 Med stöd av artikel 139 i budgetförordningen antog kommissionen förordning (Euratom, EKSG, EG) nr 3418/93 av den 9 december 1993 om närmare bestämmelser för genomförandet av vissa bestämmelser i budgetförordningen (EGT L 315, s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 3, s. 43) (nedan kallade genomförandebestämmelserna). Artiklarna 97–105 och 126–129 i dessa bestämmelser är tillämpliga vid offentlig upphandling av tjänster

5 I artikel 126 i genomförandebestämmelserna föreskrivs särskilt följande:

”Rådets direktiv om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, leveranser och tjänster skall tillämpas när institutionerna ingår avtal om beloppen är lika stora som eller större än de belopp som anges i dessa direktiv.”

6 I artikel 3.2 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av både direktiv 93/36/EEG och direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av varor respektive bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 328, s. 1) föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna skall säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer.”

Bakgrund till tvisten

I — *CORDIS*

7 Förevarande tvist avser kommissionens allmänna anbudsinfordran ENTR/02/55 för utveckling och tillhandahållande av tjänster till stöd för informationstjänsten för forskning och utveckling inom EU (CORDIS) (nedan kallad den aktuella

anbudsinfordran). CORDIS är ett informationssystem som möjliggör genomförandet av europeiska ramprogram för forskning. Det är det främsta hjälpmedlet för publicering och kommunikation för potentiella och aktuella deltagare samt andra som är intresserade av ett av de europeiska ramprogrammen för forskning. Det består av en multifunktionell plattform som kan anpassas till användarnas behov, en portal för de europeiska forsknings- och uppfinningsaktörerna samt ett hjälpmedel för spridning av forskningsresultat till allmänheten.

8 Sedan år 1998 har samtliga stödtjänster för CORDIS tillhandahållits av en ensam leverantör, nämligen Intrasoft International SA (nedan kallad den aktuella uppdragstagaren).

9 En ny fas i genomförandet av CORDIS inleddes genom antagandet av sjätte ramprogrammet för Europeiska gemenskapens verksamhet inom området forskning, teknisk utveckling och demonstration med syfte att främja inrättandet av det europeiska området för forskningsverksamhet samt innovation (2002–2006) genom Europaparlamentets och rådets beslut nr 1513/2002/EG av den 27 juni 2002 (EGT L 232, s. 1). För denna nya fas beslutade kommissionen att genomföra en anbudsinfordran och dela upp det aktuella projektet i fem delar.

II — *Den aktuella anbudsinfordran, den utvalda anbudsgivaren och den omtvistade tilldelningen av kontraktet*

10 Förhandsinformationen om den aktuella anbudsinfordran publicerades den 13 februari 2002 i tillägg till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* (EGT S 31). En rättelse till förhandsinformationen publicerades i tillägg till Europeiska gemenskapernas officiella tidning den 7 augusti 2002 (EGT S 152).

11 Meddelandet om upphandling avseende delarna 1–3 publicerades den 20 november 2002 i tillägg till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* (EGT S 225).

12 I volym A i anbudsspecifikationen till den aktuella anbudsinfordran, som har rubriken ”Allmän avdelning” (nedan volym A i anbudsspecifikationen), anges bland annat:

”Inledning

Denna volym A innehåller allmänna anbudsspecifikationer som är tillämpliga på samtliga fem delar.

För speciella avsnitt hänvisas till:

…

Del 2 – Utveckling

(utveckling och underhåll av den tekniska infrastrukturen för alla tjänster)

…

1.3. Avtalets startdatum och löptid

Avtalet förväntas kunna undertecknas under juni 2003 och påbörjas den 1 juli 2003.

De första tre månaderna betraktas som en ”inkörningsfas”.

Inkörningen skall ge nya uppdragstagare möjlighet att bekanta sig med CORDIS. I föregående avtal stipuleras om ”överlämning”. Nya uppdragstagare får tillgång till tjänsterna så att de kan förbereda sig för att ta över uppdraget. Nya uppdragstagare måste ta över samtliga tjänster senast i slutet av inkörningsfasen.

För inkörningsfasen utgår ingen ersättning.

Om den projektansvarige vid kommissionen och uppdragstagaren är överens kan delar av eller hela tjänsten tas över redan under inkörningsfasen (för betalning för tjänster som tas över under inkörningsfasen, se punkt 1.7).

…

1.7. Utbetalningar

Betalning för varje del kommer att ske inom den betalningsfrist som gäller enligt kommissionens interna betalningsregler och på följande sätt:

…

— Om delar av eller hela tjänsten tas över under inkörningsfasen (se punkt 1.3) får den nya uppdragstagaren betalt för övertagna delar från tidpunkten för framgångsrikt övertag …

…

3.3. Anbudstilldelning: kriterier

Uppdraget kommer att gå till den anbudsgivare som lämnat det mest kostnadseffektiva anbudet (”mest för pengarna”) på grundval av följande kriterier:

— Kvalitet

— Pris

Bedömningen inleds med att varje anbud som gått igenom urvalsfasen granskas enligt nedanstående kvalitetskriterier, varvid varje kriteriums relativa tyngd (viktningen) beaktas.

Kriterium nr	Kvalitetskriterier	Viktning (maxpoäng) för delarna 1, 2, 4 och 5	Viktning (maxpoäng) för del 3
1	Tekniska fördelar, hur väl anbudet följer de tekniska specifikationerna och hur de angrips, föreslaget tekniskt angreppssätt (funktionell fullständighet, uppfyllande av de tekniska kraven, lämplighet när det gäller föreslagen teknik)	35	…
2	Kvalitet i den föreslagna metoden (arbetsmetoder som syftar till effektivitet, användbarhet, säkerhet och sekretess, tjänstens tillförlitlighet/tillgänglighet /återvinning/underhåll, tillämpning av bästa lösningar)	25	…
3	Kreativitet, innovationsgrad (värdet av originalidéer om hur tjänsten kan förnyas)	20	…
4	Kvalitet av föreslagen tidsplan, administration och styrning av avtalet (föreslagna lösningar för produktion av leveransobjekt i tid och hur målen och tidsfristerna kan bli följda samt hur kvaliteten säkerställs)	20	…
5 … (avser endast del 3)	…	…	…
	Poängsumma	100	…

…

4. Tekniska specifikationer

Sammanfattning

Det kan bli så många som fem oberoende uppdragstagare som ansvarar för CORDIS-tjänsten. Uppdragen har följande särskilda inriktning:

…

I del 2 ingår utveckling av den tekniska infrastrukturen som de andra delarna och kommissionen skall använda, som gemensamma produktionssystemet (Common Production System, CPS), administrationssystemet för webbinnehållet (Web Content Management System, WCMS), [*] informationsspridningssystemet (Information Dissemination System, IDS) med alla sina komponenter (WWW-servrar, FTP-servrar, BBS, eMail-server, brandvägg, LAN, WAN, Internetuppkoppling med bredband etc.) Inom del 2 skall också utvecklas nya verktyg och funktioner, vissa av dem i experimentsyfte. I del 2 skall tas fram know-how och mjukvara för tjänsternas tillämpning, medan de andra delarna och kommissionen skall lämna byggstenarna, dvs. hårdvaru- och mjukvarusystem som t.ex. databashanteringssystem, router, etc. [* I den franska versionen återfinns här även följande mening: ”le système commun de production (CPS)”. Detta skulle kunna översättas till svenska med ”det allmänna produktionssystemet (CPS)”. Övers. anm.]

… ”

13 I volym B i anbudsspecifikationen till den aktuella anbudsinfordran, som har rubriken ”Del 2 – Innehåll” (nedan volym B i anbudsspecifikationen) anges specifikationerna för del 2. Där anges bland annat:

”6.2.1 Teknisk och funktionell utveckling av systemets uppbyggnad och process

…

I anbudsspecifikationen strävas efter att – på grundval av CORDIS tillstånd i juni 2002 och inom en nära förutsägbar framtid – beskriva målen och de grundläggande kraven för vad som är nödvändigt för driften och utvecklingen av CORDIS. Vad avser hur genomförandet skall ske anges i anbudsspecifikationen enbart minimikrav. Anbudsgivaren/uppdragstagaren skall tillhandhålla fullständiga upplysningar om hur dessa krav skall uppfyllas.

…

6.2.3.3 Indexering, särskilda synpunkter och klassificering

Kapacitet att presentera innehållet genom att använda förutbestämda profiler för att nå omsättningskretsen. Tekniker för avancerade metastrukturer och märkning skall tillämpas på innehållet. Det är möjligt att använda disponibla produkter för att genomföra exempelvis en klassificeringslösning. Dessa skall dock kunna användas långsiktigt och vara kompatibla med CORDIS struktur.

…

6.8 Överlämnande till ny uppdragstagare

Uppdragstagaren skall till den nya uppdragstagaren eller kommissionen när denna så begär – överlämna samtliga relevanta delar, såsom krav och specifikationer, leveransplaner, källkod, processer, testplaner, planer för sammankoppling, resultat

samt fullständig dokumentation i någon form (i pappersform och elektronisk form). Likaledes skall varulicenser som förvärvats och/eller övertagits av den/de aktuella uppdragstagaren/na systematiskt överföras till den nya uppdragstagaren eller till kommissionen.”

14 Samma dag översände kommissionen en cd-rom med information om den datormaskinvara och den programvara som användes vid den aktuella tidpunkten (nedan kallad CD 1) till de potentiella anbudsgivarna.

15 Den 20 december 2002 översände kommissionen en andra cd-rom med ytterligare teknisk information (nedan kallad CD 2) till de potentiella anbudsgivarna.

16 I slutet av december 2002 anskaffade kommissionen en programvara kallad ”Autonomy”, vilken är en sökmotor som gör det möjligt för CORDIS slutanvändare att göra såväl riktade sökningar i CORDIS databaser som flerspråkiga terminologisökningar.

17 Den 7 januari 2003 hölls en informationsdag, som var öppen för samtliga potentiella anbudsgivare. Denna organiserades av kommissionen såsom det angetts i punkt 1.6 i volym A i anbudsspecifikationen.

18 Den 5 februari 2003 publicerade kommissionen, på en tillfällig hemsida för den aktuella anbudsinfordran, en lista som upptog all datormaskinvara och all programvara som användes vid denna tidpunkt (nedan kallad inventarieförteckningen).

19 Den 18 februari 2003 publicerade kommissionen på denna hemsida bland annat en handling med titeln ”Superquest – Implementation of Release 6 and beyond”. Denna handling hade upprättats av den aktuella uppdragstagaren den 6 februari 2003 och kallades ”förslag”. Denna handling innehöll de tekniska specifikationerna för installationen av programvaran Autonomy samt en rekommendation att förvärva denna programvara.

20 Den 9 mars 2003 inkom sökanden, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE, tillsammans med ett belgiskt företag med sitt anbud för del 2 i projektet (nedan kallat det omtvistade kontraktet).

21 Fristen för att inkomma med anbud var enligt anbudsspecifikationen den 19 mars 2003.

22 De inkomna anbuden öppnades den 26 mars och den 1 april 2003.

23 Utvärderingskommittén sammanträde vid flera tillfällen mellan den 27 mars och den 19 juni 2003.

24 Den 19 juni 2003 upprättade utvärderingskommittén en rapport, vilken med avseende på sökandens anbud innehöll bland annat följande anmärkningar:

Kriterium nr	Anmärkningar	Poäng
1. Tekniska fördelar, hur väl anbudet följer de tekniska specifikationerna …	Den föreslagna tekniska plattformen som grundar sig på J2EE (efter FP6, eEurope, etc.) är överlägsen för NCA men har dålig precision vad gäller utveckling och underhåll av NCA. Bra allmän motivering av J2EE och konnexa fördelar. WCMS-förslaget beroende av kommissionens val, accepterar funktionerna i vald WCMS. Sökning etc., antagandena om funktionalitet grundade på [programvaran] Autonomy, är i allmänhet beskrivande och innehåller delar som kopierats efter användarvillkoren för spridning 6 CORDIS vilka tillhandahölls på hemsidan för anbudsinfordran 2002. … … Förståelsen för kraven och den nödvändiga teknologin i allmänhet är tillfredsställande och motiverar höga poäng. Det finns emellertid för många onödiga och överflödiga detaljer, konkreta förslag saknas. Många uttryck som ”skall övervägas” och ”lösningar skall tillhandahållas” utan innehåll.	21,6 /35
2. Kvalitet i den föreslagna metoden …	… … … Bra men generisk i förhållande till programvarans utformning och återanvändning. … …	14,8 /25

3. Kreativitet, innovationsgrad …	… … …	12,8 /20
4. Kvalitet av föreslagen tidsplan, administration och styrning av avtalet …	… … … … … …	12,8 /20

25 Utvärderingskommittén föreslog slutligen att det belgiska företaget Trasys anbud avseende det omtvistade kontraktet skulle antas. Kommittén grundade sitt beslut på en utvärdering av kvalitet och pris mellan sökanden och Trasys enligt följande:

Namn	Kvalitetskriterier/Poäng				
	Nr 1 (35)	Nr 2 (25)	Nr 3 (20)	Nr 4 (20)	Summa (100)
Sökanden	21,6	14,8	12,8	12,8	62,0
Trasys	25,6	16,2	14,0	13,8	69,6

Namn	Totalt pris (euro)	Kvalitetspoäng	Förhållande kvalitet/pris
Sökanden	6 095 001,16	62,0	10,17
Trasys	5 543 392,07	69,6	12,56

26 Den 16 juli 2003 beslutade kommissionen att anta utvärderingskommitténs förslag och tilldela Trasys (nedan den utvalda anbudsgivaren) det omtvistade kontraktet. Denne hade i sitt anbud angett att den aktuella uppdragstagaren, beroende på hur arbetet med det omtvistade kontraktet utvecklades, skulle vara underleverantör för minst 35 procent av kontraktet.

27 Genom skrivelse av den 1 augusti 2003 upplyste kommissionen sökanden om att dennes anbud inte hade antagits.

Förfarandet och parternas yrkanden

28 Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 30 september 2003 har sökanden väckt förevarande talan.

29 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara kommissionens beslut om att sökandens anbud är otillfredsställande,

— förplikta kommissionen att omvärdera sökandens anbud, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

30 Svaranden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

31 Sökanden begärde genom skrivelse som inkom till förstainstansrättens kansli den 16 september 2004 att få inkomma med skriftligt svar på svarandens duplik.

32 Förstainstansrätten informerade genom skrivelse av den 26 oktober 2004 sökanden om att denna begäran inte kunde bifallas.

33 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet och anmodade genom skrivelse av den 20 juni 2006, som en åtgärd för processledning i enlighet med artikel 64 i rättegångsreglerna, parterna att skriftligen besvara ett antal frågor.

34 Parterna besvarade förstainstansrättens skriftliga frågor genom skrivelser som inkom till förstainstansrättens kansli den 30 juni 2006.

35 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 13 juli 2006.

36 Sökanden inkom genom skrivelse av den 24 juli 2006 med ytterligare förklaringar till sin sakframställan.

37 Den 14 september 2006 beslutade förstainstansrätten att återuppta det muntliga förfarandet.

38 Genom skrivelser av den 15 september 2006 anmodade förstainstansrätten sökanden att skriftligen inkomma med den beräkning som gjorts under förhandlingen och förklara samtliga led i beräkningen.

39 Sökanden svarade genom skrivelse som inkom den 26 september 2006.

40 Genom skrivelse som inkom den 22 november 2006 lämnade kommissionen sitt yttrande över ovannämnda skriftliga svar.

41 Förstainstansrätten beslutade den 6 december 2006 att avsluta det muntliga förfarandet.

Rättslig bedömning

I — *Räckvidden av talan om ogiltigförklaring*

42 Sökanden har för det första yrkat att förstainstansrätten skall ogiltigförklara kommissionens beslut om att sökandens anbud är otillfredsställande och för det andra att kommissionen skall förpliktas att omvärdera sökandens anbud.

43 Vad avser det första yrkandet konstaterar förstainstansrätten att kommissionen inte beslutat att sökandens anbud inte var tillfredsställande.

44 Sökanden har vidare genom att på kopian av beslutet att tilldela det omtvistade kontraktet, vilken ingetts till förstainstansrätten som bilaga till ansökan, anteckna ”det angripna beslutet” själv angett att det är denna rättsakt som är föremål för yrkandet om ogiltigförklaring.

45 Följaktligen skall det första yrkandet avse ogiltigförklaring av beslutet att tilldela en annan anbudsgivare än sökanden det omtvistade kontraktet, då den andre anbudsgivarens anbud ansågs bättre (nedan det angripna beslutet).

46 Vad avser det andra yrkandet ankommer det, enligt fast rättspraxis, inte på gemenskapsdomstolen att inom ramen för den laglighetskontroll som den utövar rikta förelägganden till institutionerna. Det ankommer nämligen på den berörda administrationen att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att följa en dom som har meddelats inom ramen för en talan om ogiltigförklaring (förstainstansrättens dom av den 27 januari 1998 i mål T-67/94, Ladbroke Racing mot kommissionen, REG 1998, s. II-1, punkt 200, och av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-3141, punkt 53).

47 Av det anförda följer att det andra yrkandet inte kan prövas såvitt föremålet är att rikta förelägganden till kommissionen

II — *Yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet*

A — *Grunder*

48 Till stöd för sin talan om ogiltigförklaring har sökanden åberopat fyra grunder, vilka är uppdelade på flera delgrunder.

49 Sökanden har med sin första grund gjort gällande att kommissionen har underlåtit att dels meddela sökanden de upplysningar som denne begärt, dels motivera sina beslut. Sökanden anser för det första att kommissionen inte svarat på en begäran om upplysningar som framställts under anbudsförfarandet förrän efter fristen för att inkomma med anbud hade löpt ut. För det andra anser sökanden att kommissionen inte har tillhandahållit sökanden fullständiga utdrag av en eventuellt positiv rekommendation till den rådgivande kommittén för offentlig upphandling vad avser sökandens anbud och den utvalda anbudsgivarens anbud. För det tredje anser sökanden att kommissionen inte tillhandahållit sökanden namnen på den utvalda anbudsgivarens underleverantörer. För det fjärde har sökanden hävdat att en ytterligare kommitté, vilken inte föreskrivs i genomförandebestämmelserna, deltagit i utvärderingen av anbuden. Med sin andra grund har sökanden gjort gällande att kommissionen har åsidosatt principen om likabehandling av anbudsgivare, vilken föreskrivs i artikel 126 i genomförandebestämmelserna och i artikel 3.2 i direktiv 92/50, genom att för det första i anbudsspecifikationen kräva en inkörningsfas utan ersättning och för det andra genom att inte tillhandahålla flera relevanta tekniska uppgifter till alla potentiella anbudsgivare redan från inledningen av anbudsförfarandet. Med sin tredje grund har sökanden gjort gällande att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning av sökandens anbud och av den utvalda anbudsgivarens anbud. I sin replik har sökanden slutligen gjort gällande att kommissionen inte fastställt tydliga och objektiva bestämmelser när det gäller utvärdering för den aktuella anbudsinfordran.

50 Förstainstansrätten skall först undersöka den andra grunden, eftersom sökanden har åberopat att principen om likabehandling av anbudsgivare har åsidosatts från inledningen av anbudsförfarandet.

B — *Den andra grunden: Åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivare*

51 Den andra grunden vilar på dels kravet på en tre månaders inkörningsfas utan ersättning, dels bristande tillgång till viss teknisk information.

1. Den andra grundens första del: Kravet på en tre månaders inkörningsfas utan ersättning

a) Parternas argument

52 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt det allmänna förbudet mot diskriminering mellan anbudsgivarna, såsom det erkänns som en allmän princip för gemenskapsrätten och som det framgår av artikel 56 i budgetförordningen och i artikel 3.2 i direktiv 92/50. Sökanden har påstått att en inkörningsfas utan ersättning utgör en ekonomisk belastning för samtliga potentiella anbudsgivare med undantag av den aktuella uppdragstagaren. Denne har en motsvarande fördel, eftersom detta företag är det enda som inte skulle behöva inarbeta kostnaden för tre månaders inkörningsfas utan ersättning i sitt anbud.

53 Sökanden har hävdat att den omständigheten att den aktuella uppdragstagaren bildat ett konsortium med den utvalda anbudsgivaren, vilken tilldelats det omtvistade kontraktet på grund av att dess anbud hade det lägsta priset, har möjliggjort för den senare att få en ekonomisk fördel i strid med principen om likabehandling av anbudsgivare.

54 Sökanden anser att dess anbud skulle ha rangordnats högre om förhållandet mellan kvalitet och pris hade beräknats så, att kostnaderna för inkörningsfasen hade neutraliserats. Sökanden har gjort gällande att kostnaderna för inkörningsfasen skall räknas av från priset i dennes anbud.

55 Sökanden har slutligen riktat invändningar mot punkt 1.3 femte stycket i volym A i anbudsspecifikationen. Sökanden anser att denna formulering ger den aktuella uppdragstagaren möjlighet att vägra den nya uppdragstagaren att ta över tjänsten under hela inkörningsfasen på tre månader.

56 Svaranden har inledningsvis påpekat att den utvalda anbudsgivaren inte är densamma som den aktuella uppdragstagaren. Den utvalda anbudsgivaren anlitar endast den aktuella uppdragstagaren som underleverantör och är således en ny uppdragstagare för det omtvistade kontraktet.

57 Svaranden anser vidare att kravet på en inkörningsfas utan ersättning inte i sig utgör ett åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivare. Det är uppenbart att det vid övertagandet av ett kontrakt av sådan omfattning som det omtvistade kontraktet inte kan förväntas att den nya uppdragstagaren kan vara fullt verksam från den första dagen. Eftersom inkörningsfasen för varje ny uppdragstagare utgör en initialiseringsfas, skall ersättning inte utgå.

58 Svaranden har följaktligen tillbakavisat argumentet att den utvalda anbudsgivaren skulle ha haft otillbörlig nytta av vissa ekonomiska fördelar.

59 Vad avser sökandens påstående att övertagandet av tjänsterna under inkörningsfasen är beroende av den aktuella uppdragstagarens goda vilja, har svaranden åberopat att det i det äldre kontraktet med den aktuella uppdragstagaren fastställs att denne är skyldig att förbereda den nya uppdragstagarens övertagande av tjänsterna i god tid. Den aktuella uppdragstagaren är dessutom skyldig att samarbeta fullt ut med den nya uppdragstagaren.

b) Förstainstansrättens bedömning

i) Inledande anmärkning

60 Enligt fast rättspraxis innebär likabehandlingsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika (domstolens dom av den 19 oktober 1977 i de förenade målen 117/76 och 16/77, Ruckdeschel m.fl., REG 1977, s. 1753, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 3, s. 421, och av den 13 december 1984 i mål 106/83, Sermide, REG 1984, s. 4209, punkt 28).

61 Vad avser tilldelning av offentliga kontrakt är principen om likabehandling av anbudsgivare av särskild betydelse. Det följer nämligen av domstolens fasta rättspraxis att den upphandlande myndigheten är skyldig att respektera principen om likabehandling av anbudsgivare (domstolens dom av den 27 november 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani, REG 2001, s. I-9233, punkt 37, och av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, GAT, REG 2003, s. I-6351, punkt 73).

62 Den andra grundens första del skall bedömas mot bakgrund av ovannämnda principer.

ii) Det påstådda åsidosättandet av principen om likabehandling av anbudsgivare

1) Allmänt

63 Det skall inledningsvis erinras om att sökanden har förebrått kommissionen för att ha åsidosatt principen om likabehandling på grund av kravet i anbudsspecifikationen på en inkörningsfas utan ersättning.

64 Enligt sökanden har kommissionen, mot bakgrund av rättspraxis (se förstainstansrättens dom av den 17 mars 2005 i mål T-160/03, AFCon Management Consultants m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. II-981, punkt 75 och där angiven rättspraxis), inskränkt samtliga anbudsgivares lika möjligheter.

2) Den diskriminerande karaktären av kravet på en inkörningsfas utan ersättning

Allmänt

65 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt principen om likabehandling av anbudsgivare, vilken föreskrivs i artikel 3.2 i direktiv 92/50 och i artikel 126 i genomförandebestämmelserna.

66 Det skall i detta avseende påpekas att en inkörningsfas utan ersättning, enligt punkt 1.7 i volym A i anbudsspecifikationen, skall tillämpas utan åtskillnad på samtliga anbud.

67 Frågan uppstår följaktligen huruvida kravet på en inkörningsfas utan ersättning i anbudsspecifikationen är av diskriminerande karaktär.

Den inneboende fördelen av kravet på en inkörningsfas utan ersättning för den aktuella uppdragstagaren och en underleverantör som är knuten till denne genom ett underleverantörsavtal

68 Kravet på en inkörningsfas som möjliggör för den nya uppdragstagaren att göra sig bekant med den gamla versionen av den teknologi som skall ersättas syftar till att en hög kvalitetsnivå på tjänsterna skall upprätthållas under denna fas. Det skall i detta avseende påpekas att under denna fas ersätts dels de aktuella tjänsterna enligt kontraktet som slutits med den aktuella uppdragstagaren, dels är den nye uppdragstagaren ännu inte i stånd att fullt ut garantera kvalitén på de tjänster som krävs för den nya versionen av teknologin. Inkörningsfasen föreskrivs således i den nya uppdragstagarens intresse. Denna gör det möjligt för den nya uppdragstagaren att fullständigt och i god tid sätta sig in i en teknologi med vilken denne skall arbeta, medan den nya uppdragstagaren ännu endast kan tillhandahålla begränsade tjänster. Mot denna bakgrund är den omständigheten att en sådan inkörningsfas inte medger rätt till ersättning således inte diskriminerande i sig.

69 Enligt sökanden är det emellertid i förevarande fall den särskilda situation som den aktuella uppdragstagaren befinner sig i efter publiceringen av anbudsspecifikationen i vilken föreskrivs en inkörningsfas utan ersättning, nämligen att denne skall vara underleverantör till en av anbudsgivarna beträffande det omtvistade kontraktet, som gör ett sådant krav diskriminerande.

70 Förstainstansrätten påpekar att den fördel som en aktuell uppdragstagare åtnjuter under inkörningsfasen inte är en följd av den upphandlande myndighetens uppträdande. Under förbehåll att systematiskt utesluta en sådan uppdragstagare från alla nya anbudsinfordringar, eller till och med förbjuda denna att vara underleverantör för en del av kontraktet, är nämligen den fördel som en aktuell uppdragstagare eller en underleverantör som är knuten till denne genom ett underleverantörsavtal i själva verket oundviklig, eftersom den utgör en inneboende fördel i samtliga fall där en upphandlande myndighet beslutar att inleda en anbudsinfordran för att tilldela ett kontrakt som, fram till dess, utförts av en enda uppdragstagare. Denna omständighet utgör ett slags ”de facto inneboende fördel”.

71 Domstolen har nyligen slagit fast att direktiv 92/50 samt de övriga direktiven om offentlig upphandling utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken en anbudsgivare som har ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling med avseende på bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster inte får begära att få delta eller lämna ett anbud i en upphandling av dessa bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster, utan att denna person ges möjlighet att i det konkreta fallet visa att erfarenheterna från dessa aktiviteter inte leder till en snedvridning av konkurrensen (domstolens dom av den du 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, REG 2005, s. I-1559, punkt 36).

72 Om, enligt den ovannämnda domen, inte ens den särskilda kunskap som en anbudsgivare fått genom arbete som har en direkt koppling till den upphandlande myndighetens förberedelser för den aktuella upphandlingen innebär att denne med automatik bör uteslutas från nämnda förfarande, så finns det således än mindre anledning till sådan uteslutning när denna särskilda kunskap enbart har sin grund i dess medverkan, tillsammans med den upphandlande myndigheten, i förberedelserna av anbudsinfordran.

Neutralisering av den inneboende fördelen i kravet på en inkörningsfas utan ersättning

73 Det följer likaledes av ovan i punkt 71 angiven rättspraxis att principen om likabehandling av anbudsgivare inte innebär att den upphandlande myndigheten är tvungen att fullständigt neutralisera samtliga fördelar som en anbudsgivare vars underleverantör är den aktuella uppdragstagaren åtnjuter.

74 Om alla fördelar som en aktuell uppdragstagare eller en underleverantör som är knuten till denne genom ett underleverantörsavtal åtnjuter neutraliserades i alla avseenden, skulle detta dessutom få följder som står i strid med den upphandlande institutionens intressen i den mån som detta skulle medföra extra kostnadskrävande insatser för institutionen.

75 Respekten för principen om likabehandling kräver likväl, i detta särskilda sammanhang, en avvägning av de aktuella intressena.

76 I syfte att i största möjliga utsträckning skydda principen om likabehandling av anbudsgivare och förhindra att den upphandlande institutionens intressen åsidosätts, bör möjliga fördelar för den aktuella uppdragstagaren eller en anbudsgivare som är knuten till denne genom ett underleverantörsavtal likväl neutraliseras. Detta bör dock endast ske i den mån det kan ske på ett sätt som är tekniskt enkelt att genomföra, ekonomiskt acceptabelt och inte åsidosätter den aktuella uppdragstagarens eller nämnda anbudsgivarens rättigheter.

77 Vad gäller avvägningen av de aktuella ekonomiska intressena erinrar förstainstansrätten om att principen om likabehandling av anbudsgivare följer av bestämmelserna

i avsnitt 1 (artiklarna 56–64a) i fjärde avdelningen i Budgetförordningen. I artikel 2 i budgetförordningen, vilken ingår bland de artiklar som rör de allmänna principerna i denna förordning, anges att ”[b]udgetanslagen måste användas i enlighet med principerna om sund ekonomisk förvaltning”. Enligt artikel 248.2 EG utgör för övrigt en sund ekonomisk förvaltning en allmän gemenskapsrättslig förvaltningsprincip som erkänns i fördraget. Europeiska gemenskapernas revisionsrätt skall säkerställa att den följs.

78 Som framgår av punkt 68 ovan, ersätts i förevarande fall under inkörningsfasen inte bara de aktuella tjänsterna enligt kontraktet som slutits med den aktuella uppdragstagaren, utan den nya uppdragstagaren är ännu inte i stånd att fullt ut garantera kvaliteten på de tjänster som krävs för den nya versionen av CORDIS. Inkörningsfasen innebär inte heller endast att kvalitetsmålen i anbudsinfordran säkerställs på bästa sätt, utan ger även den nye uppdragstagaren möjlighet att under en period sätta sig in i teknologin.

79 Eftersom den aktuella uppdragstagarens rättigheter inte åsidosätts och eftersom dubbel ersättning under inkörningsfasen skulle stå i strid med ett av de huvudsakliga syftena med tilldelning av offentliga kontrakt, nämligen att underlätta anskaffandet av de avsedda tjänsterna på det mest ekonomiska sättet, skulle det vara att gå för långt att vid genomförandet av det aktuella kontraktet avstå från kravet på en inkörningsfas utan ersättning enbart på grund av att en av de potentiella anbudsgivarna eventuellt var knuten till den aktuella uppdragstagaren genom ett underleverantörsavtal.

80 Förstainstansrätten finner följaktligen i förevarande mål att den eventuella fördel som en anbudsgivare har som är knuten till den aktuella uppdragstagaren genom ett underleverantörsavtal inte innebär att den upphandlande myndigheten, för att inte åsidosätta principen om likabehandling av anbudsgivare, är tvungen att avstå från kravet på en inkörningsfas utan ersättning i anbudsspecifikationen.

3) Möjligheten att hindra den nya uppdragstagaren från att ta över samtliga tjänster innan inkörningsfasen på tre månader gått ut

81 Vad avser den påstådda möjligheten att hindra övertagandet av tjänster innan inkörningsfasen på tre månader gått ut, skall det erinras om att i punkt 1.3 i volym A i anbudsspecifikationen anges att ”[o]m den projektansvarige vid kommissionen och uppdragstagaren är överens kan delar av eller hela tjänsten tas över redan under inkörningsfasen”. Vidare anges i punkt 1.7 i volym A i anbudsspecifikationen att ”[o]m delar av eller hela tjänsten tas över under inkörningsfasen (se punkt 1.3) får den nya uppdragstagaren betalt för övertagna delar från tidpunkten för framgångsrikt övertag”.

82 Frasen ”[o]m … och uppdragstagaren är överens” skall förstås mot bakgrund av samtliga villkor för övertagande av tjänster till stöd för CORDIS och särskilt det äldre kontraktet mellan kommissionen och den aktuella uppdragstagaren.

83 Vad gäller genomförandet av övertagandet av tjänsterna till stöd för CORDIS framgår av punkt 3.2.1.2 i bilaga II till det äldre kontraktet, i dess lydelse enligt tillägg nr 2, att den aktuella uppdragstagaren var skyldig att förbereda och medverka till ett fullständigt övertagande av de nya uppdragstagarna, smidigt och i rätt tid samt att samarbeta fullt ut med den nya uppdragstagaren för att säkerställa en kontinuitet av den höga kvaliteten på tjänsterna till stöd för CORDIS under övertagandefasen.

84 Den aktuella uppdragstagaren var därför, med mindre denne skulle bryta mot avtalet, skyldig att i förekommande fall anpassa sig till kravet på en eventuell förkortning av inkörningsfasen på tre månader, för att uppfylla sin skyldighet till aktivt samarbete.

85 Sökanden har slutligen inte visat på vilket sätt den aktuella uppdragstagaren hade ett ekonomiskt intresse av att hindra en ny uppdragstagare från att i förtid ta över tjänsterna till stöd för CORDIS, eftersom den aktuella uppdragstagaren under alla omständigheter inte skulle förlora sin rätt till ersättning under hela den egna kontraktstiden.

86 Av vad som anförts framgår således att punkt 1.3 femte stycket i volym A i anbudsspecifikationen inte innebär att den aktuella uppdragstagaren får hindra den nye uppdragstagaren från att överta tjänsterna till stöd för CORDIS före utgången av inkörningsfasen på tre månader.

87 Sökandens argument kan därför inte godtas.

88 Av det ovan anförda följer att talan inte kan vinna bifall på den andra grundens första del.

2. Den andra grundens andra del: Underlåtenhet att tillhandahålla flera relevanta tekniska uppgifter till samtliga potentiella anbudsgivare redan vid inledningen av anbudsförfarandet

89 Sökanden har kritiserat kommissionen för att inte ha tillhandahållit samtliga potentiella anbudsgivare två kategorier av relevant teknisk information, nämligen dels uppgifter om kommissionens förvärv av programvaran Autonomy, dels uppgifter om de tekniska specifikationerna och källkoden för CORDIS.

a) Parternas argument

i) Tillgång till uppgifter om förvärvet av programvaran Autonomy

90 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte i tid tillhandahållit samtliga potentiella anbudsgivare uppgifter avseende förvärvet av programvaran Autonomy.

91 I anbudsspecifikationen och i de allmänna tekniska handlingar som tillhandahållits de potentiella anbudsgivarna anges inte den omständigheten att en lösning på många av de tekniska problem som uppkommit i CORDIS redan hade fått sin lösning genom förvärvet av Autonomy.

92 Sökanden anser att programvaran Autonomy är ”en av hörnstenarna” i CORDIS och att det rör sig om ett intelligent operativsystem som gör det möjligt att automatisera operationerna för alla former av data som används i dag för hantering av kommunikation och affärer. Dess grundläggande teknologi tillhandahåller en plattform för automatisk klassificering, hyperlänkar, återskapande och hantering av ostrukturerade dataprofiler, vilket möjliggör automatiskt tillhandahållande av stora mängder individualiserade data.

93 Vad avser del 1 har sökanden förklarat att den omfattade insamling och förberedelse av data samt rekommendationer till kommissionen för tjänster för slutanvändare. Ett anbud avseende del 1 kunde således till exempel innehålla ett konstaterande av behovet av ytterligare en sökmotor, vilken på grundval av en individuell sökning kunde skilja mellan vissa data i CORDIS, som det engelska uttrycket ”the bank”, vilket kan betyda både ”banken” och ”stranden”. Vad gäller det omtvistade kontraktet, är dess syfte att finna lösningar i detta avseende.

94 Sökanden har hävdat att bristen på uppgifter vad gäller förvärvet av programvaran Autonomy vid inledningen av anbudsförfarandet gjorde det nödvändigt för denne att omdefiniera hela sin tekniska struktur och att ompröva sammansättningen av sin personal, eftersom introduktionen av Autonomy påverkade åtskilliga andra funktioner.

95 Den utvalda anbudsgivaren kunde däremot, med stöd av sin blivande underleverantör som är den aktuella uppdragstagaren, ägna alla sina resurser till att utarbeta bästa tänkbara tekniska anbud genom att dra nytta av sin insiderinformation.

96 Sökanden har ifrågasatt kommissionens påstående att den senare var öppen för att använda ett bättre klassificeringssystem än vad som fanns i programvaran Autonomy. Enligt sökanden är ett sådant tillvägagångssätt motstridigt eftersom den kunde leda till att den utvalda anbudsgivaren för del 1 baserar sitt anbud på användningen av programvaran Autonomy och den utvalda anbudsgivaren för det omtvistade kontraktet föreslår en lösning som bygger på ett annat klassificeringsverktyg. Det förefaller vidare föga sannolikt att kommissionen, efter att ha betalat några hundra tusen euro för programvaran Autonomy, skulle riskera att den aktuella anbudsinfordran resulterade i valet av ett annat verktyg än denna programvara.

97 Svaranden instämmer i princip med sökandens beskrivning av programvaran Autonomys funktionalitet samt syftet med del 1 och syftet med det omtvistade kontraktet.

98 Svaranden har emellertid bestritt att dess förvärv av programvaran Autonomy inneburit att anbudsgivarna varit tvungna att revidera CORDIS systemarkitektur, eftersom detta verktyg för systematisk klassificering inte ingår i denna arkitektur.

99 Svaranden anser att förvärvet av programvaran Autonomy inte skulle ha lett till någon förändring av anbudsspecifikationen. Svaranden har påpekat att den är öppen för alla förslag avseende förvärv av ett bättre klassificeringssystem än Autonomy samt för alla andra nya uppslag. Kommissionen har hänvisat till punkt 6.2.3.3 i volym B i anbudsspecifikationen som har rubriken ”Indexering, särskilda synpunkter och klassificering” och förklarat att anbudsgivarna till det omtvistade kontraktet endast behövde inkomma med lösningar som medgav komplexa sökningar i CORDIS. Eftersom programvaran Autonomy fanns tillgänglig på marknaden hade sökanden, i sitt anbud, kunnat inarbeta ett förslag att använda denna programvara eller varje annat verktyg av detta slag. Sålunda har den anbudsgivare som placerades på andra plats vid tilldelningen av kontraktet inkommit med ett anbud av mycket god kvalitet genom att föreslå ett annat system som var nyskapande vad avser indexering och klassificering.

100 Under förhandlingen angav kommissionen, som ett svar på en fråga från förstainstansrätten, att kommissionen på den särskilda hemsidan för den aktuella anbudsinfordran lämnat upplysningar om programvaran Autonomy som svar på en fråga från anbudsgivarna i detta avseende. Kommissionen gjorde detta enbart i syfte att säkerställa insyn.

ii) Tillgång till dokumentation om CORDIS tekniska arkitektur och källkod

101 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt principen om likabehandling av anbudsgivare genom att endast ge den utvalda anbudsgivaren tillgång till vissa tekniska uppgifter och därigenom ge denne möjlighet att lämna ett avsevärt mer konkurrenskraftigt anbud än samtliga övriga anbudsgivare vilka varit tvungna att lämna anbud som var dyrare.

102 Sökanden har preciserat att den aktuella uppdragstagaren ensam hade tillgång till tekniska uppgifter om projektets faktiska tillstånd, särskilt om källkoden för CORDIS.

Sökanden har gjort gällande att inga relevanta och uppdaterade tekniska uppgifter tillhandhållits de övriga anbudsgivarna, trots att sådana uppgifter fanns tillgängliga. De enda användbara uppgifter som tillhandahållits de potentiella anbudsgivarna var en handling som beskrev de tekniska specifikationerna för det aktuella systemet, vilket faktiskt användes av kommissionen vid tiden för den aktuella anbudsinfordran, samt källkoden för detta system, detaljerat och väl beskriven.

103 Vad avser CD 1 och CD 2 och inventarieförteckningen som tillhandahållits de potentiella anbudsgivarna, har sökanden gjort gällande att de där angivna tekniska uppgifterna enbart rör den gamla versionen av CORDIS. Dessa uppgifter omfattade endast tiden fram till maj 2002 och innehöll i allt väsentligt osorterad statistik samt mycket begränsade data av medelmåttig kvalitet, som följaktligen var föråldrade, obsoleta och av begränsat värde. Vid förhandlingen framhöll slutligen sökanden att på CD 2 var de sidor som innehöll två diagram för beskrivningen av CORDIS arkitektur, det vill säga ”arkitektur i tre nivåer” och ”serverarkitektur för Internetapplikationer”, bristfälliga.

104 Vad gäller inventarieförteckningen har sökanden påstått att en avsevärd del av programvaran är specifik för maskinvaran. En anbudsgivare till det omtvistade kontraktet var således tvungen att beskriva de föreslagna applikationerna med ett språk och en källkod som endast avser denna maskinvara. Sökanden anser att inventarieförteckningen var otydlig. Det var nämligen inte möjligt att utifrån inventarieförteckningen avgöra var de för maskinvaran specifika programmen fanns. Det var särskilt inte möjligt att avgöra vilka applikationer som fanns i vilken maskinvara eller på vilket sätt de fanns där.

105 Sökanden har, vad gäller betydelsen av källkoden för anbuden avseende det omtvistade kontraktet, förklarat att en väl dokumenterad källkod utgör hörnstenen för varje projekt när det gäller informationsteknologi. I förevarande fall skulle CORDIS, utan kännedom om källkoden, vara en ”svart låda”. Sökanden har hävdat att en

anbudsgivare måste beakta flera alternativ, emellertid utan att kunna uttömma alla, för att försöka förutse samtliga möjliga situationer som denne kan ställas inför under genomförandefasen. Sökanden anser vidare att om anbudsgivaren, trots allt detta, ändå lyckas, så måste denne räkna med en avsevärd kostnad för att analysera tusentals rader av okänd källkod samt för att ta fram de analyser och uppgifter som saknas.

106 Sökanden har tillagt att kännedom om källkoden även är nödvändig för att kunna beräkna priset på anbudet. Beräkningen av anbud för kontrakt inom området för ny teknologi underlättas, när det är fråga om övertagande av en befintlig applikation, väsentligt genom att en specialiserad programvara för kostnadsberäkning, såsom Cocomo 2 (COnstructive-COst-MOdel), används. Antalet rader källkod utgör den grundläggande uppgiften för användningen av programvaran Cocomo 2. Vid användningen av programvaran Cocomo 2 är nämligen den första uppgiften som skall matas in, antalet rader källkod.

107 Vad gäller svarandens argument att avsikten var att främja kreativitet, har sökanden hävdat att en noggrann och detaljerad kännedom om den äldre versionen av CORDIS var absolut nödvändig för att kunna skapa framtida projekt. Sökanden har hävdat att även om en anbudsgivare var extremt kreativ, skulle anbudsgivaren komma att misslyckas om den hade att förebereda anbudet på grundval av felaktiga antaganden och felaktiga riktlinjer.

108 Svaranden anser att den utvalda anbudsgivaren inte ensam har haft tillgång till de relevanta uppgifterna. Detta bevisas av att den utvalda anbudsgivaren har räknat med fler mantimmar än sökanden.

109 Svaranden har hävdat att allt gjorts under anbudsförfarandet för att tillhandahålla fullständiga uppgifter om den använda versionen av CORDIS. Svaranden har preciserat att uppgifter beskrevs i volymerna A och B i anbudsspecifikationen. Ytterligare uppgifter tillhandahölls under den informationsdag som anordnades den 7 januari 2003 och på den särskilda hemsidan för den aktuella anbudsinfordran.

110 Vad gäller innehållet på CD 1 och CD 2 har svaranden preciserat att CD 1 innehöll specifikationerna för CORDIS arkitektur i dess senaste version, vilken användes till slutet av anbudsförfarandet, samt ett särskilt navigationsverktyg avsett att förenkla anbudsgivarnas användning av CD 1. CD 2 innehöll de funktionella och tekniska specifikationerna för CORDIS, testresultat, diagram för beskrivningen av CORDIS arkitektur, detaljer för applikationerna, provplanerna och en användarguide med ett dokument för varje databas. Vad avser de två saknade diagrammen för beskrivningen av CORDIS arkitektur, det vill säga ”arkitektur i tre nivåer” och ”serverarkitektur för Internetapplikationer” (se ovan punkt 103) har svaranden förklarat att dessa faktiskt inte var synliga. Dessa arkitekturer hade emellertid beskrivits i texten och utgjorde standardkoncept för informationsteknologi som inte hörde specifikt till CORDIS. Svaranden har påpekat att denne inte upplysts om att de två diagrammen inte syntes förrän den 14 mars 2003, det vill säga fredag eftermiddag före fristen för att inkomma med anbud (den 19 mars 2003). Svaranden tillhandahöll anbudsgivarna de saknade diagrammen klockan 12 tisdagen den 18 mars 2003.

111 Svaranden har uttryckligen medgett att källkoden inte har tillhandahållits anbudsgivarna. Svaranden har angett att källkoden varken är nödvändig eller relevant för att inge och beräkna anbuden och särskilt inte för att beräkna kostnaderna. Källkoden är inte av intresse förrän vid övertagandet av tjänsten. Det är av detta skäl som det i punkt 6.8 i volym B i anbudsspecifikationen föreskrivs att den aktuella uppdragstagaren skall överlämna alla relevanta objekt, bland annat källkoden, till den nya uppdragstagaren.

112 Under förhandlingen angav svaranden som ett svar på en fråga från förstainstansrätten att det enligt svarandens uppfattning inte fanns några särskilda skäl, som skyddet för immateriella rättigheter, som hade kunnat utgöra hinder för att källkoden tillsändes de potentiella anbudsgivarna.

113 Vad gäller inventarieförteckningen har svaranden gjort gällande att det omtvistade kontraktet inte avsåg mottagande av huvuddelen av hårdvara och tillgänglig programvara för CORDIS-projektet, eftersom detta skulle ske under del 3. Svaranden har förklarat att det bästa sättet att utarbeta ett anbud avseende framtida tjänster till stöd för CORDIS inte nödvändigtvis är att beakta den nuvarande materielen, eftersom viss materiel är föråldrad. Det angavs därför i anbudsspecifikationen att det var tillåtet för anbudsgivarna att föreslå utbyteslösningar.

114 Under förhandlingen angav svaranden, som ett svar på en fråga från förstainstansrätten angående varför kommissionen inte från början av anbudsförfarandet hade tillhandahållit samtliga tekniska uppgifter, att vid inledningen av anbudsförfarandet var alla förklarande handlingar, särskilt inventarieförteckningen, ännu inte färdigställda. Dessa tekniska handlingar har följaktligen tillhandahållits de potentiella anbudsgivarna successivt allteftersom förberedelsearbetet fortskridit. Svaranden har påpekat att anbudsförfarandet tagit 4 månader i stället för de vanliga 36 dagarna. De potentiella anbudsgivarna har därför haft tillräckligt med tid för att anpassa sina anbud till de nya uppgifterna. Svaranden har vidare anfört att i anbudsspecifikationen har det tydligt angetts att de saknade uppgifterna skulle hållas tillgängliga på den särskilda hemsidan för den aktuella anbudsinfordran vid ett senare tillfälle.

iii) Betydelsen för utformningen av sökandens anbud av att denne antingen inte haft kännedom eller fått kännedom för sent om förvärvet av programvaran Autonomy samt om CORDIS tekniska arkitektur och källkod

1) Betydelsen av kommissionens ifrågasatta agerande för kvaliteten på sökandens anbud

115 Sökanden har, inom ramen för sin argumentation om kommissionens påstådda uppenbart oriktiga bedömning av sökandens och den utvalda anbudsgivarens anbud (den tredje grunden), kritiserat vissa påstått negativa anmärkningar avseende sökandens anbud i utvärderingskommitténs rapport.

116 Sökanden har gjort gällande att det framgår av flera negativa anmärkningar i utvärderingskommitténs rapport (se punkt 24 ovan) att kvaliteten på anbudet påverkats negativt av de saknade eller för sent tillhandahållna tekniska uppgifterna. Sökanden har i detta avseende åberopat den första, den andra, den tredje och den sjätte anmärkningen vad gäller det första kvalitetskriteriet och den fjärde anmärkningen vad gäller det andra kvalitetskriteriet.

117 Vad avser den första anmärkningen och det första kvalitetskriteriet anser sökanden i huvudsak att för det fall vissa tekniska detaljer hade presenterats kortfattat, så beror det på att de tillgängliga tekniska uppgifterna var otillräckligt detaljerade i detta avseende. Vad avser den andra anmärkningen har sökanden gjort gällande att eftersom sökanden inte hade tillgång till samma uppgifter som den aktuella uppdragstagaren var det nödvändigt att ”utveckla långa scenarier” för att förutse alla eventuella strukturer och tillämpningar. Vad avser den tredje anmärkningen har sökanden hävdat att om dess anbud ansågs vara för beskrivande med avseende på sökning och funktionalitet så beror det på att de potentiella anbudsgivarna inte hade fått kännedom om programvaran Autonomys centrala betydelse för CORDIS tekniska plattform förrän

mycket sent. Vad avser den sjätte anmärkningen anser sökanden att om dess anbud ansågs vara överdrivet detaljerat och innehålla dubbla uppgifter samt sakna konkreta förslag, så var detta på grund av nödvändigheten av att upprätthålla ett existerande informationssystem om vilket samtliga anbudsgivare, utom den aktuella uppdragstagaren, saknade en helhetsbild.

118 Vad avser det andra kvalitetskriteriet och den fjärde anmärkningen har sökanden gjort gällande att en mer detaljerad bedömning av CORDIS inte var möjlig, eftersom detta skulle ha krävt mer uppgifter om genomförandet av CORDIS vid den aktuella tidpunkten. Endast en anbudsgivare med tillgång till aktuell intern information skulle därför ha kunnat riskera att utforma kategoriska ställningstaganden i detta avseende.

119 Svaranden har bestritt påståendet att den utvalda anbudsgivaren fått bättre omdömen på grund av sin insiderinformation om uppgifter och materiel. Svaranden har anfört några exempel för att påvisa svagheten i sökandens argument.

120 Vad avser det första kvalitetskriteriet har kommissionen särskilt förklarat att vid utvärderingen av den utvalda anbudsgivarens anbud, så kritiserades denna för att det tekniska förslaget baserades på den existerande tekniken och hade brister vad gäller innovationsgrad.

121 Vad avser det andra kvalitetskriteriet (fjärde anmärkningen) har svaranden särskilt hänvisat till punkt 6.2.1 i volym B i anbudsspecifikationen avseende det omtvistade kontraktet. Enligt denna skall anbudsgivarna endast beskriva de grundläggande behoven avseende vad som är nödvändigt för driften och utvecklingen av CORDIS. Vad avser hur detta skall ske, angavs endast minimikrav i anbudsspecifikationen

2) Betydelsen av kommissionens ifrågasatta agerande för priset i sökandens anbud

122 Sökanden har som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten angett att till följd av att uppgifter saknades eller tillhandahölls sent från kommissionen under anbudsförfarandet, har sökanden ökat sitt anbud med en riskfaktor i storleksordningen 25–30 procent. Fördelningen av riskfaktorn avseende dessa uppgifter är följande:

— 7 procent för databaser,

— 7 procent för programvaran Autonomy,

— 5 procent för källkoden,

— 11 procent för specifikationerna avseende den tekniska utformningen (programvarans logiska utformning) och dokumentationen.

123 Sökanden förklarade under förhandlingen att beräkningarna gjorts med hjälp av programvaran Cocomo 2. Som svar på en fråga från förstainstansrätten preciserade sökanden syftet och funktionen med Cocomo 2.

124 Programvaran Cocomo 2 bygger således på en matematisk formel som grundar sig på raderna av källkod och som gör det möjligt att beräkna den nödvändiga insatsen för att genomföra allt det arbete som dessa vilar på. Den motsvarande ekvationen innehåller 22 parametrar, vilka representerar motsvarande faktorer i det verkliga livet som kan ha betydelse för den nödvändiga insatsen för att utveckla ett program eller för att genomföra alla uppgifter som har samband med programvaran. De 17 parametrar som anger multipla kostnadsinduktorer kallas ”insatsmultiplikatorer” och de 5 parametrarna för tillkommande kostnader kallas ”skalmultiplikatorer”.

125 För varje parameter tillhandhålls vidare i denna modell sex möjliga kvalifikationer samt detaljerade anvisningar för val av adekvat kvalifikation. Varje parameter kan således, beroende på vilket fall som avses, tilldelas en av följande kvalifikationer: Mycket svag, Svag, Normal, God, Mycket god, Utmärkt. Varje kvalifikation motsvaras av ett numeriskt värde i poäng. Dessa poäng är i fallande ordning i förhållande till den erhållna kvalifikationen, det vill säga, ju lägre poäng desto högre kvalifikation.

126 Den beräknade insatsen för ett projekt med en bestämd omfattning av källkod uttrycks i personer per månad (PM) och beräknas enligt följande formel (A och B är konstanter):

$$PM = A \times \text{Källkodens omfattning}^{E} \times \prod_{i=1}^{N} ME_i$$

i vilken

$$E = B + 0{,}01 \times \sum_{j=1}^{5} FE$$

127 Enligt sökanden kan det, vad gäller den aktuella anbudsinfordran, antas att de 22 parametrarna får samma värde för var och en av anbudsgivarna, oberoende av den tidigare kunskap de haft om CORDIS och den tillgängliga materielen i den aktuella anbudsinfordran, med undantag av de två parametrar som motsvarar dels kunskap om uppbyggnaden av den applikation som skall utvecklas, dels den miljö som används beträffande applikationen. Det senare rör sig om parametern PREC, som betecknar graden av icke-nyskapande, och parametern AEXP, som betecknar erfarenhet av applikationen. Parametern PREC utgör en av de 5 skalmultiplikatorerna. Parametern AEXP utgör en av de 17 insatsmultiplikatorerna.

128 Enligt sökanden kan den ovan i punkt 126 angivna formeln användas två gånger för att beräkna inverkan på de två nedan angivna fallen:

— Det fall att en anbudsgivare har en mycket god kännedom om den äldre versionen av CORDIS. Det antas att kvalifikationen mycket god kan tilldelas var och en av parametrarna PREC och AEXP.

— Det fall att en anbudsgivare har en mycket begränsad kännedom om den äldre versionen av CORDIS. Det antas att kvalifikationen mycket svag kan tilldelas var och en av parametrarna PREC och AEXP.

129 Enligt sökanden ger en sådan beräkning, vid antagandet att omfattningen av källkoden är 5 000 rader, en uppskattad insats av 15,4 PM för den anbudsgivare som avses i det första exemplet och 25,9 PM för den anbudsgivare som avses i det andra exemplet. Detta visar att den uppskattade insatsen för sökanden är omkring 40 procent högre än för en anbudsgivare som har fullständig kännedom om alla tekniska uppgifter och källkoden för den äldre versionen av CORDIS. Sökanden har vidare gjort gällande

att även om parametrar motsvarande de kvalifikationer som skall jämföras som God och Svag eller God och Mycket svag användes för beräkningen, skulle en skillnad på 30 procent erhållas.

130 Svaranden anser för det första att den beräkning som gjordes på grundval av Cocomo 2 borde ha utförts av en oberoende expert.

131 Svaranden har påstått att sökandens val vad avser de kvalifikationer som tilldelats parametrarna PREC och AEXP var subjektivt. Svaranden har förtydligat att i anbudshandlingarna har sökanden framställt sig som ett företag med stor erfarenhet inom områdena data och kommunikation medan sökanden senare, när riskfaktorn med anledning av de påstått saknade tekniska uppgifterna åberopas, framställt sig som en anbudsgivare med låga eller medelgoda kunskaper på området.

132 Svaranden har ifrågasatt huruvida den grund på vilken sökanden gett sig själv ett omdöme motsvarande kvalifikationen Mycket svag för parametrarna PREC och AEXP är motiverad. Svaranden har påstått att sökanden borde ha gett kvalifikationen normal för beräkningen i Cocomo 2.

133 Svaranden har även ifrågasatt det omdöme som motsvarar kvalifikationerna Mycket god för den utvalda anbudsgivaren. Genom detta har sökanden bortsett från den omständigheten att den utvalda anbudsgivaren inte heller är en uppdragstagare som har fullständig kännedom om CORDIS-systemet, även om det borde tas med i beräkningen att den aktuella uppdragstagaren är underleverantör avseende en del av det omtvistade kontraktet.

134 Vad gäller PREC-parametern har svaranden förklarat att den omfattar följande delar: Det aktuella företagets förståelse av produktens syfte, erfarenhet av liknande programvarusystem, samtidig utveckling av ny materiel och nya operativsystem som är kopplade till projektet och nödvändigheten av en innovativ arkitektur för databehandling (algoritmer). Svaranden har ifrågasatt huruvida sökanden kan kvalificera sig själv som Mycket svag i samtliga dessa delar. Detta skulle betyda att sökanden har en allmän kunskap om produktens syfte, en begränsad erfarenhet, ett avsevärt behov av samtidig utveckling och ett betydande behov av algoritmer för innovativ databehandling.

135 Vad gäller AEXP-parametern har svaranden förklarat att sökanden på nytt gett sig ett omnämnande motsvarande Mycket svag. Detta motsvarar en erfarenhet av mindre än två månader med den aktuella applikationen. Sökanden har även påstått att den inte har någon erfarenhet av den typ av projekt som den aktuella anbudsinfordran avser, och dess anställda påstås ha en mycket svag erfarenhet av denna typ av applikation.

136 Svaranden anser vidare att sökanden inte har förklarat uppdelningen av riskfaktorn om 30 procent på flera delar, vilka avser databaser (7 procent), programvaran Autonomy (7 procent), källkoden (5 procent) och de tekniska specifikationerna (11 procent).

137 Kommissionen anser att kostnadsökningen på 11 procent räknat i arbetsdagar på grund av den påstådda bristen på tillhandahållande av de tekniska specifikationerna skall strykas, eftersom sökanden mycket väl hade tillgång till dessa specifikationer. De två diagram med CORDIS arkitektur som inte var synliga på CD 2 motsvarar inte en riskfaktor på 11 procent.

138 Svaranden har även invänt mot kostnadsökningen på 7 procent avseende påståendet att sökanden fått kännedom om förvärvet av Autonomy för sent, i beaktande av att denna programvara är välkänd på marknaden.

139 Svaranden har slutligen ifrågasatt huruvida källkoden endast skall motsvara en riskfaktor på 5 procent medan, enligt svaranden, all sökandens argumentation består i att åberopa att bristen på tillhandahållande av de tekniska specifikationerna (vilket sökanden har tilldelat en koefficient om 11 procent) och källkoden var mycket allvarlig.

b) Förstainstansrättens bedömning

i) Inledande anmärkningar

140 Sökanden har gjort gällande att kommissionen, genom att ge tillgång till vissa nödvändiga uppgifter endast till den utvalda anbudsgivaren, har åsidosatt principen om icke-diskriminering av anbudsgivare.

141 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om den särskilda betydelse som principen om likabehandling har vid tilldelning av offentliga kontrakt (se punkterna 60 och 61 ovan). I ett sådant upphandlingsförfarande är nämligen kommissionen skyldig att se till att principen om likabehandling iakttas under varje etapp av anbudsförfarandet och att alla anbudsgivare följaktligen får samma möjligheter (se domen i det ovan i punkt 64 nämnda målet AFCon Management Consultants m.fl. mot kommissionen, punkt 75 och där angiven rättspraxis).

142 Det följer av rättspraxis att principen om likabehandling innebär en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas (domstolens dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, REG 2002, s. I-5553, punkt 45, och av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., REG 2002, s. I-11617, punkt 91).

143 Syftet med principen om likabehandling av anbudsgivare är att främja en sund och effektiv konkurrens mellan de företag som deltar i en offentlig upphandling. Enligt denna princip krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och den innebär således att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction, REG 2001, s. I-7725, punkt 34, och domen i det ovan i punkt 142 nämnda målet Universale-Bau m.fl., punkt 93).

144 Principen om insyn följer av nyss nämnda princip, och dess syfte är huvudsakligen att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Den innebär att samtliga villkor och bestämmelser för upphandlingsförfarandet skall vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i anbudsspecifikationen, på ett klart, precist och entydigt sätt (domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, REG 2004, s. I-3801, punkterna 109–111).

145 Principen om insyn innebär således även att alla tekniska uppgifter som behövs för förståelsen av meddelandet om upphandling eller anbudsspecifikationen skall tillhandahållas samtliga företag som deltar i ett anbudsförfarande så snart som möjligt dels för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare skall kunna förstå den exakta räckvidden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten skall kunna kontrollera på ett effektivt sätt om anbuden från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna för det aktuella kontraktet.

ii) Den påstådda bristen på likabehandling i förhållande till den utvalda anbudsgivaren vad gäller tillgång till vissa tekniska uppgifter

1) Allmänt

146 Det skall inledningsvis erinras om att sökanden förebrår kommissionen för att ha åsidosatt principen om likabehandling på grund av att andra anbudsgivare än den utvalda anbudsgivaren tillhandahållits vissa tekniska uppgifter för sent. Mot bakgrund av den rättspraxis som nämnts ovan i punkterna 60 och 61 och i punkterna 141–144 görs det gällande att kommissionen har inskränkt samtliga anbudsgivares lika möjligheter samt åsidosatt principen om insyn som följer av principen om likabehandling.

147 Det skall vidare konstateras att en sådan begränsning av anbudsgivares lika möjligheter och ett sådant åsidosättande av principen om insyn utgör, om det visas att så skett, en oegentlighet hänförlig till det administrativa förfarandet, som begränsar de berörda parternas rätt till information. Enligt fast rättspraxis kan emellertid en oegentlighet hänförlig till förfarandet leda till ogiltigförklaring av det aktuella beslutet endast om det visas att det administrativa förfarandet utan oegentligheten i fråga skulle ha kunnat leda till ett annat resultat, för det fall sökanden hade haft tillgång till de aktuella uppgifterna redan från inledandet av förfarandet och om det i detta avseende fanns en möjlighet, om än liten, att sökanden hade kunnat få till stånd ett annat resultat beträffande det administrativa förfarandet (se domstolens dom av den 2 oktober 2003 i mål C-194/99 P, Thyssen Stahl mot kommissionen, REG 2003, s. I-10821, punkt 31 och där angiven rättspraxis, samt förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen T-191/98 och T-212/98–T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-3275, punkterna 340 och 430).

148 Förstainstansrätten skall inledningsvis undersöka huruvida den påstådda bristen på likabehandling, vilken består i att andra anbudsgivare än den utvalda anbudsgivaren har tillhandahållits vissa tekniska uppgifter för sent, i sig kan utgöra en oegentlighet hänförlig till förfarandet genom att användbara uppgifter för att utarbeta anbudet inte hade tillhandahållits alla anbudsgivare så snart som möjligt.

149 För det fall det visas att en sådan oegentlighet har förekommit skall förstainstansrätten vidare undersöka huruvida frånvaron av denna oegentlighet hade kunnat medföra att förfarandet fick en annan utgång. Med denna utgångspunkt skulle en sådan oegentlighet endast utgöra ett åsidosättande av anbudsgivarnas rätt till lika möjligheter om sökanden på ett tillräckligt detaljerat sätt hade kunnat göra sannolikt att förfarandet skulle ha fått en annan utgång vad gäller sökanden.

2) Huruvida kommissionen tillhandahållit vissa tekniska uppgifter för sent

150 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att den utvalda anbudsgivaren, innan anbudsförfarandet inleddes, hade fullständig kännedom om alla tekniska specifikationer för databaserna i CORDIS samt om programvaran Autonomy, eftersom dess underleverantör, vilken enligt det ingivna anbudet skall utföra minst 35 procent av de föreslagna uppgifterna, var den aktuella uppdragstagaren vid tiden för inledandet av anbudsförfarandet.

151 Det är för övrigt ostridigt att kommissionen hade tillgång till de tekniska specifikationerna för databaserna i CORDIS redan innan anbudsförfarandet inleddes, nämligen i slutet av november 2002.

152 Svaranden har vidare inte bestritt att den endast gradvis, under anbudsförfarandets gång, tillhandahållit alla potentiella anbudsgivare de tekniska specifikationerna för databaserna i CORDIS.

153 Kommissionen hade nämligen tillhandahållit en del av de tekniska specifikationerna för databaserna i CORDIS först en månad efter det att anbudsförfarandet inleddes den 20 december 2002 genom att CD 2 och andra tekniska uppgifter publicerades först den 5 februari 2003 genom inventarieförteckningen, det vill säga endast sex veckor innan fristen att komma in med anbud löpte ut.

154 Svarandens motivering att alla uppgifter inte var klara då anbudsförfarandet inleddes kan inte godtas, eftersom svaranden, i syfte att alla potentiella anbudsgivare skulle ha samma möjligheter, hade kunnat vänta med anbudsförfarandet för att kunna tillhandahålla alla potentiella anbudsgivare samtliga omnämnda uppgifter.

155 Förstainstansrätten konstaterar vidare att eftersom dess blivande underleverantör för utförandet av en del av det omtvistade kontraktet var den vid tiden för inledningen av anbudsförfarandet aktuella uppdragstagaren, hade den utvalda anbudsgivaren, redan från inledningen av anbudsförfarandet, kunnat ha fullständig kännedom om programvaran Autonomys funktion på grund av att en provversion hade installerats i den version av CORDIS som användes vid denna tidpunkt. Den utvalda anbudsgivarens blivande underleverantör hade dessutom förberett kommissionens förvärv av programvaran Autonomy, vilket ägde rum under anbudsförfarandet. Det är följaktligen i hög grad sannolikt att den utvalda anbudsgivaren hade full kännedom om nämnda förvärv redan från början.

156 Svaranden har inte bestritt att de övriga anbudsgivarna endast upplystes om detta förvärv genom publiceringen av handlingen ”Superquest – Implementation of Release 6 and beyond” den 18 februari 2002, det vill säga endast en månad innan den föreskrivna fristen för att komma in med anbud löpte ut.

157 Förstainstansrätten finner således att kommissionen tillhandahållit alla potentiella anbudsgivare uppgifter om de tekniska specifikationerna för databaserna i CORDIS samt om förvärvet av Autonomy endast successivt under anbudsförfarandets gång, medan den utvalda anbudsgivaren hade tillgång till dessa uppgifter redan från inledningen av detta förfarande, eftersom den aktuella uppdragstagaren skulle vara underleverantör till den utvalda anbudsgivaren för en del av det omtvistade kontraktet.

3) Skyldigheten att neutralisera den utvalda anbudsgivarens fördelar

158 Förstainstansrätten erinrar om övervägandena vad gäller undersökningen av huruvida kravet i anbudsspecifikationen på en inkörningsfas utan ersättning (se punkterna 68–80 ovan) är diskriminerande. Enligt dessa överväganden krävs, enligt principen om likabehandling av anbudsgivare, att möjliga fördelar som den aktuella uppdragstagaren eller en anbudsgivare som är knuten till denne genom ett underleverantörsavtal kan ha neutraliseras endast i den mån det inte är absolut nödvändigt att bibehålla dessa fördelar, det vill säga då neutralisering kan ske på ett sätt som är enkelt att genomföra, då den är ekonomiskt acceptabel och då den inte åsidosätter den aktuella uppdragstagarens eller nämnda anbudsgivares rättigheter.

159 I förevarande fall hade kommissionen tillgång till fullständiga uppgifter om de tekniska specifikationerna för databaserna i CORDIS redan från inledningen av det aktuella anbudsförfarandet. Det hade således utan svårighet varit möjligt för kommissionen att tillhandhålla alla anbudsgivare dessa uppgifter i form av en bilaga till anbudsspecifikationen. Förstainstansrätten konstaterar vidare att det även hade varit

enkelt, och inte förorsakat några ytterligare kostnader, för kommissionen att upplysa alla potentiella anbudsgivare om förvärvet av programvaran Autonomy omedelbart efter det att det hade ägt rum, det vill säga i slutet av december 2002. Svaranden har dessutom uttryckligen medgett att det inte fanns några särskilda skäl, såsom skyddet för immaterialrättigheter, som utgjorde hinder för att överlämna källkoden till tredje man.

160 Av det ovan sagda följer att i förevarande mål var det, med hänsyn till principen om likabehandling av anbudsgivare, nödvändigt att neutralisera de fördelar som den aktuella uppdragstagaren eller den utvalda anbudsgivaren hade. Följaktligen utgör den bristande likhet i behandlingen som består i att vissa tekniska uppgifter tillhandhållits andra anbudsgivare än den utvalda anbudsgivaren för sent en oegentlighet i förfarandet.

161 Det skall följaktligen undersökas huruvida frånvaron av denna oegentlighet hade kunnat leda till ett annat reslutat för det aktuella anbudsförfarandet.

iii) Betydelsen av de uppgifter som av kommissionen tillhandahållits för sent för anbuden avseende det omtvistade kontraktet

162 Förstainstansrätten erinrar om att om det visas att de uppgifter som tillhandahållits de andra anbudsgivarna än den utvalda anbudsgivaren för sent saknar betydelse för utarbetandet av anbuden avseende det omtvistade kontraktet, utgör en försening av tillhandahållandet i vilket fall som helst inte en fördel för den utvalda anbudsgivaren och därmed inte en brist i förfarandet som innebär att principen om likabehandling av anbudsgivare har åsidosatts, vilket sökanden har hävdat.

1) Betydelsen av uppgifterna avseende förvärvet av programvaran Autonomy

163 Vad gäller betydelsen av uppgifterna avseende förvärvet av programvaran Autonomy, konstaterar förstainstansrätten för det första att det framgår av parternas gemensamma beskrivningar att programvaran Autonomy är ett komplext klassificeringsverktyg som möjliggör för slutanvändarna att genomföra mångkontextuella sökningar och särskilt sökningar på flera språk.

164 Det framgår för det andra av beskrivningen av det omtvistade kontraktet i punkt 4 i volym A i anbudsspecifikationen att anbudsgivarna för detta kontrakt i sina anbud skulle beakta förslag för att säkerställa utvecklingen av den tekniska infrastruktur som används av uppdragstagarna för de övriga delarna och kommissionen, bland annat ”administrationssystemet för webbinnehållet” och att den utvalda anbudsgivaren för det omtvistade kontraktet skulle utveckla ”nya verktyg och funktioner, vissa av dem i experimentsyfte”.

165 För det tredje har anbudsgivarna till det omtvistade kontraktet enligt punkt 6.2.3.3 i volym B i anbudsspecifikationen, som har rubriken ”Indexering, särskilda synpunkter och klassificering”, ”… möjlig[het] att använda disponibla produkter för att genomföra exempelvis en klassificeringslösning. Dessa skall dock kunna användas långsiktigt och vara kompatibla med CORDIS struktur.”

166 Det framgår av beskrivningen av de tjänster som en anbudsgivare till det omtvistade kontraktet skall erbjuda samt av punkt 6.2.3.3 i volym B i anbudsspecifikationen att anbudsgivarna var fria att föreslå all programvara för komplex klassificering som finns tillgänglig på marknaden, däribland programvaran Autonomy.

167 Av detta följer att enbart den omständigheten att kommissionen köpt programvaran Autonomy under anbudsförfarandet inte inneburit att kommissionen behandlat ett anbud i vilket ett annat komplext sökverktyg föreslås mindre förmånligt.

168 Detta konstaterande bekräftas för övrigt av att det i utvärderingsrapporten, vad gäller kvalitetskriterium nr 1, anges att den anbudsgivare som placerats på andra plats vid tilldelningen av det omtvistade kontraktet av utvärderingskommittén ansetts ha lämnat ett anbud av mycket god kvalitet. Denna anbudsgivare hade nämligen föreslagit ett annat system vilket var nyskapande vad avser indexering och klassificering. Av detta framgår att kommissionen följt de relevanta kriterier som angetts i anbudsspecifikationen.

169 Härav följer att kännedom om kommissionens förvärv av programvaran Autonomy, under hela anbudsförfarandet, inte kunnat ha någon som helst betydelse för utvärderingen av anbuden.

170 Mot bakgrund av ovanstående finner förstainstansrätten att, vad gäller uppgifterna om förvärvet av programvaran Autonomy, sökanden inte på ett tillfredsställande sätt har visat på vilket sätt kännedom om kommissionens förvärv av programvaran Autonomy hade kunnat utgöra någon som helst fördel för den utvalda anbudsgivaren, vad gäller anbudet för det omtvistade kontraktet.

2) Betydelsen av uppgifterna i dokumentationen om CORDIS tekniska arkitektur och källkod

171 Förstainstansrätten konstaterar för det första, vad gäller den påstått ofullständiga dokumentationen avseende CORDIS tekniska arkitektur, att svaranden inte har bestritt att de tekniska uppgifter som fanns på CD 1 och CD 2 allmänt sett skulle komplettera de uppgifter som redan fanns i anbudsspecifikationen.

172 Förstainstansrätten anser för det andra, vad gäller inventarieförteckningen, att sökanden på ett övertygande sätt och utan att svaranden har kunnat vederlägga dess påståenden har visat att kännedom om materiel och programvara som användes vid den aktuella tidpunkten hade kunnat hjälpa en anbudsgivare att förbereda sitt anbud avseende det omtvistade kontraktet. Anbudsgivaren hade nämligen att dels säkerställa kompatibilitet mellan den nya materielen och den gamla, dels säkerställa att de nya applikationerna fungerade med befintlig materiel.

173 Härav följer att kännedom om de tekniska uppgifter som kommissionen tillhandahållit för sent och som återfanns på CD 1 och CD 2 samt i inventarieförteckningen hade kunnat utgöra en fördel vid anbuden avseende det omtvistade kontraktet.

174 Vad gäller källkoden skall det erinras om att det framgår av punkt 4 i volym A i anbudsspecifikationen att anbudsgivarna till det omtvistade kontraktet i sina anbud skulle beakta förslag för att säkerställa utvecklingen av den tekniska infrastruktur som används av uppdragstagarna för de övriga delarna och kommissionen, bland annat ”administrationssystemet för webbinnehållet” och ”systemet för informationsspridning”, och att den utvalda anbudsgivaren för det omtvistade kontraktet skulle utveckla ”nya verktyg och funktioner”. Det skall följaktligen konstateras att förhandskännedom om de grundläggande tekniska uppgifter som angetts i föregående punkter utgjorde en fördel då anbudet skulle utarbetas. Hantering och spridning av komplexa data som tillhandhålls av en uppdragstagare för del 1 avseende CORDIS sker nämligen vanligtvis med specialiserad programvara.

175 Det är följaktligen klarlagt att fullständig kännedom om källkoden för applikationerna för underhåll och spridning i den äldre versionen av CORDIS var till nytta vid utvecklingen av nya verktyg eller funktioner som skulle integreras i den nya versionen av CORDIS.

176 Sökanden har vidare på ett övertygande sätt, och utan att svaranden har anfört några omständigheter till stöd för motsatt ståndpunkt, visat att den beräkningsmodell som programvaran Cocomo 2 vilar på, vilken ofta används för att beräkna den nödvändiga insatsen för att genomföra ett visst projekt inom området för ny teknologi, kräver en beräkning av antalet rader källkod i projektet.

177 Följaktligen hade kännedom om källkoden för den äldre versionen av CORDIS varit till nytta vid beräkningen av källkoden för den nya versionen utifrån rimliga uppskattningar.

178 Den omständigheten att den aktuella uppdragstagaren och den utvalda anbudsgivaren var de enda som hade kännedom om CORDIS tekniska arkitektur, den materiel och de programvaror som användes vid den aktuella tidpunkten och särskilt om källkoden kunde följaktligen ge den utvalda anbudsgivaren, åtminstone delvis, en omotiverad fördel vid inledningen av anbudsförfarandet.

179 Eftersom svaranden inte har bestritt att de tekniska uppgifter som tillhandahållits de potentiella anbudsgivarna för sent hade kunnat vara till nytta för anbuden avseende det omtvistade kontraktet, är det således inte uteslutet att kommissionens ifrågasatta agerande hade kunnat utgöra en fördel för den aktuella uppdragstagaren och den utvalda anbudsgivaren vad gäller ett anbud avseende det omtvistade kontraktet.

180 Kommissionen har följaktligen, genom att inte tillhandahålla samtliga anbudsgivare vissa tekniska uppgifter så snart som möjligt, gjort sig skyldig till en oegentlighet i förfarandet genom att åsidosätta sökandens rätt till information.

181 Det skall därför undersökas huruvida denna oegentlighet har inverkat menligt på anbudsgivarnas lika möjligheter såtillvida att frånvaron av denna oegentlighet möjligen skulle ha kunnat medföra att sökanden hade tilldelats det omtvistade kontraktet.

182 Detta skulle emellertid inte vara fallet om, trots att kommissionen inte hade tillhandahållit alla tekniska uppgifter avseende den äldre versionen av CORDIS till samtliga anbudsgivare redan från inledningen av anbudsförfarandet, det visade sig att dessa uppgifter inte skulle ha haft någon betydelse för sökandens anbud.

iv) Betydelsen av de uppgifter som av kommissionen tillhandahållits för sent för sökandens anbud

1) Betydelsen av att vissa tekniska uppgifter har tillhandahållits för sent för kvaliteten på sökandens anbud

183 Förstainstansrätten anser mot bakgrund av ovanstående att den omständigheten att de aktuella tekniska uppgifterna har tillhandahållits för sent kan ha medfört eventuella onödiga insatser och tidsförlust för samtliga anbudsgivare, med undantag för den utvalda anbudsgivaren, vilket således har kunnat påverka kvaliteten på sökandens anbud.

184 Oaktat detta principiella konstaterande skulle under alla omständigheter inte ens fullständig kännedom om de aktuella uppgifterna ha haft en avgörande betydelse för bedömningen av sökandens anbud i dess helhet.

185 Sökanden har för det första gjort gällande att kännedom om nämnda uppgifter skulle ha ökat särskilt det kvalitativa värdet av anbudet, huvudsakligen med avseende på det första kvalitetskriteriet (tekniska fördelar) (se punkt 117 ovan). Förstainstansrätten erinrar om att enligt punkt 3.3 i volym A i anbudsspecifikationen var det maximala antalet poäng för detta kriterium 35 och att sökandens anbud tilldelades 21,6 poäng.

186 För det andra har sökanden gjort gällande att den fjärde anmärkningen avseende det andra kvalitetskriteriet (Bra men generisk i förhållande till programvarans utformning och återanvändning) är negativ och att detta beror på att uppgifterna om genomförandet av CORDIS inte var tillgängliga för sökanden vid den aktuella tidpunkten. Detta påstående är alltför vagt, eftersom det framgår av punkt 6.2.1 i volym B i anbudsspecifikationen, vad gäller det omtvistade kontraktet, att anbudsgivarna endast skall beskriva de grundläggande behoven vad gäller den tekniska och funktionella utvecklingen av den nya versionen av CORDIS. Denna anmärkning är dessutom bara en av sex anmärkningar avseende bedömningen av det andra kvalitetskriteriet, vilket kunde ge maximalt 25 poäng. Sökanden har därvid erhållit 14,8 poäng.

187 Det framgår av den tabell som återfinns i utvärderingskommitténs rapport att den, för att bestämma ”det mest kostnadseffektiva anbudet” i den mening som avses i punkt 3.3 i volym A i anbudsspecifikationen och beräkna förhållandet mellan kvalitet och pris för de olika anbuden, använt sig av följande formel:

$$\text{förhållande} = \frac{\text{Poäng (kvalitet)}}{\text{totalpris}} \times 1\,000\,000$$

188 Genom att tillämpa nämnda formel på sökandens anbud, det vill säga genom att sätta in dels det totala priset för sökandens anbud (6 095 001,16 euro), dels det maximala antalet poäng för det första kvalitetskriteriet (35 poäng) och dels de poäng som sökandens anbud faktiskt erhållit för kriterierna nr 2–4, det vill säga 14,8, 12,8 och 12,8 poäng (se punkt 24 ovan), erhålls följande förhållande:

$$\frac{(35+14{,}8+12{,}8+12{,}8) \times 1\,000\,000}{6\,095\,001{,}16} = 12{,}37$$

189 Eftersom förhållandet mellan kvalitet och pris för den utvalda anbudsgivaren var 12,56, visar beräkningen att även om sökanden redan vid inledningen av anbudsförfarandet hade kunnat utarbeta sitt anbud med full kännedom om de tekniska uppgifter som saknades eller som tillhandahölls för sent, och även om sökanden till följd av detta hade kunnat få det maximala antalet poäng för kvalitetskriterium nr 1 (det vill säga 35 poäng), skulle förhållandet mellan kvalitet och pris för sökandens anbud likväl varit sämre än för den utvalda anbudsgivarens anbud, eftersom priset i sökandens anbud var förhållandevis högt.

190 Förstainstansrätten konstaterar följaktligen att det är uppenbart att kommissionens agerande, hur klandervärt det än må ha varit, endast hade kunnat påverka tilldelningen av det omtvistade kontraktet till den utvalda anbudsgivaren i den mån priset i sökandens anbud faktiskt hade påverkats av att de tekniska uppgifterna tillhandhölls för sent.

2) Betydelsen av att vissa tekniska uppgifter tillhandahölls för sent för priset i sökandens anbud

191 Mot bakgrund av den totala inverkan av ett för sent tillhandahållande av de aktuella tekniska uppgifterna, begärde förstainstansrätten att sökanden skulle visa på vilket sätt sökanden anser att kommissionens ifrågasatta agerande hade inneburit en nackdel för sökanden vid bestämmandet av priset i anbudet.

192 Som svar på denna fråga har sökanden framlagt beräkningar som gjorts med hjälp av programvaran Cocomo 2. Denna programvara möjliggör en uppskattning av den insats som krävs vid utvecklingen av ett informationsteknikprojekt, uttryckt i PM.

193 Svaranden har inte bestritt att den använda beräkningsmetoden är en seriös metod som är väl etablerad på marknaden.

194 Svaranden har, i stället för att ifrågasätta huruvida programvaran Cocomo 2 är en seriös metod, begränsat sig till att ifrågasätta hur denna metod tillämpats av sökanden. Svaranden har således begränsat sig till att ifrågasätta de kvalifikationer som tilldelats parametrarna PREC och AEXP på vilka sökanden grundat sina beräkningar för att visa att anbudet skulle ha varit åtminstone 30 procent billigare om sökanden hade haft full kännedom om alla de tekniska uppgifter som saknades eller som tillhandahölls för sent, redan från inledningen av anbudsförfarandet. Svaranden har vidare ifrågasatt den faktiska uppdelningen av riskfaktorn i flera delar avseende databaserna, programvaran Autonomy, källkoden och specifikationerna avseende den tekniska utformningen och dokumentationen.

195 Vad för det första avser de kvalifikationer som tilldelats de parametrar som sökanden använt sig av vid sina beräkningar, konstaterar förstainstansrätten att i den mån svarandens argumentation syftar till att ifrågasätta nämnda kvalifikationer har svaranden inte beaktat syftet med beräkningarna.

196 De beräkningar som utförts med hjälp av programvaran Cocomo 2 har nämligen inte till syfte att göra en direkt jämförelse mellan sökandens och den utvalda anbudsgivarens anbud. Beräkningarna visar i stället skillnaden mellan det pris som faktiskt angavs av sökanden och det pris som sökanden troligen skulle ha kunnat ange i sitt anbud om denne haft full kännedom om alla de tekniska uppgifter som saknades eller som tillhandahölls för sent.

197 För att genomföra denna hypotetiska jämförelse har sökanden med rätta tilldelat parametrarna PREC och AEXP kvalifikationen ”Mycket hög” för att beräkna den nödvändiga insatsen för en hypotetisk anbudsgivare som hade tillgång till alla relevanta tekniska uppgifter redan från inledningen av anbudsförfarandet, uttryckt i PM.

198 Vad gäller parametrarna för beräkning av det pris som faktiskt angavs i sökandens anbud, skall det för övrigt konstateras att även om parametrarna PREC och AEXP tilldelades kvalifikationen ”Normal”, vilket svaranden begärt, skulle en beräkning enligt den standardformel som används av Cocomo 2 (se punkt 126 ovan) ge ett värde på omkring 19,8 PM för det hypotetiska anbud som sökanden räknat med. Ett sådant resultat visar således en skillnad för den uppskattade insatsen på minst 22 procent mellan ett anbud som ingetts av en anbudsgivare som haft full kännedom om alla nödvändiga uppgifter och ett anbud som ingetts av en anbudsgivare som haft en medelgod kännedom.

199 Följaktligen kan svarandens invändningar inte omkullkasta sökandens argumentation, enligt vilken den omständigheten att vissa tekniska uppgifter saknats eller tillhandahållits för sent medfört en avsevärd ökning av det pris som sökanden angett i sitt anbud.

200 Förstainstansrätten erinrar vidare, vad för det andra avser den faktiska fördelningen av riskfaktorn i flera delar avseende den tekniska arkitekturen, källkoden för CORDIS och förvärvet av programvaran Autonomy (se punkt 122 ovan), om att frågan som skall avgöras är huruvida kommissionens brist på likabehandling av anbudsgivarna märkbart har kunnat påverka sökandens anbud. Fördelningen av prisökningsfaktorn har emellertid ingen betydelse i detta avseende.

201 De beräkningar som sökanden har utfört med hjälp av programvaran Cocomo 2 grundar sig nämligen huvudsakligen på den allmänna kvalifikationen (från ”Mycket svag” till ”Normal” som högst) av kännedomen om tekniska data för den äldre versionen av CORDIS, uttryckt i parametrarna PREC och AEXP, utan att fördelningen genom olika tekniska uppgifter har någon betydelse överhuvudtaget. Svarandens invändning i detta avseende kan följaktligen inte godtas.

202 Förstainstansrätten erinrar även om att förevarande undersökning avser verkningarna av de oegentligheter i förfarandet som bestod i att vissa för utarbetandet av anbuden användbara tekniska uppgifter tillhandahållits för sent. Det har emellertid redan slagits fast ovan i punkt 150 att en sådan oegentlighet utgör ett åsidosättande av anbudsgivarnas rätt till lika möjligheter om frånvaron av denna oegentlighet hade kunnat medföra att förfarandet fick en annan utgång vad avser sökanden. Det är följaktligen inte nödvändigt att visa att sökanden med säkerhet skulle ha tilldelats det omtvistade kontraktet. Det är tillräckligt att sökanden visar att denne, utan nämnda åsidosättande, skulle ha haft en möjlighet att tilldelas det omtvistade kontraktet.

203 Mot bakgrund av den beräkning som gjordes på grundval av Cocomo 2 och som åberopats av sökanden finner förstainstansrätten att det på ett trovärdigt sätt har visats att de potentiella anbudsgivarnas bristande tillgång till dokumentationen avseende CORDIS tekniska arkitektur och källkod har kunnat medföra en avsevärd negativ effekt på priset i sökandens anbud och därmed berövat denne möjligheten att tilldelas det omtvistade kontraktet.

204 Förstainstansrätten finner, mot bakgrund av vad som sagts ovan, att kommissionen har åsidosatt principen om likabehandling av anbudsgivare genom att inte, redan från inledningen av anbudsförfarandet, tillhandahålla samtliga potentiella anbudsgivare dokumentationen avseende CORDIS tekniska arkitektur och källkod, och att detta åsidosättande har kunnat påverka tilldelningen av det omtvistade kontraktet.

205 Talan skall således bifallas på den andra grundens andra del.

206 Följaktligen, och utan att det är nödvändigt att pröva de andra grunder som sökanden åberopat, skall det angripna beslutet ogiltigförklaras då det åsidosätter principen om likabehandling av anbudsgivare enligt artikel 3.2 i direktiv 92/50 och artikel 126 i genomförandebestämmelserna.

Rättegångskostnader

207 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom svaranden har tappat målet, skall sökandens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

följande:

1) Kommissionens beslut av den 16 juli 2003 att tilldela kontraktet i anbudsinfordran ENTR/02/55 – CORDIS del 2 ogiltigförklaras.

2) Kommissionen skall ersätta rättegångskostnaderna.

Jaeger Azizi Cremona

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 12 mars 2008.

E. Coulon M. Jaeger

Justitiesekreterare Ordförande

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser ..... II - 346

Bakgrund till tvisten ..... II - 348

I — CORDIS ..... II - 348

II — Den aktuella anbudsinfordran, den utvalda anbudsgivaren och den omtvistade tilldelningen av kontraktet ..... II - 349

Förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 360

Rättslig bedömning ..... II - 362

I — Räckvidden av talan om ogiltigförklaring ..... II - 362

II — Yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet ..... II - 364

A — Grunder ..... II - 364

B — Den andra grunden: Åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivare ..... II - 365

1. Den andra grundens första del: Kravet på en tre månaders inkörningsfas utan ersättning ..... II - 365

a) Parternas argument ..... II - 365

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 367

i) Inledande anmärkning ..... II - 367

ii) Det påstådda åsidosättandet av principen om likabehandling av anbudsgivare ..... II - 368

1) Allmänt ..... II - 368

2) Den diskriminerande karaktären av kravet på en inkörningsfas utan ersättning ..... II - 368

Allmänt ..... II - 368

Den inneboende fördelen av kravet på en inkörningsfas utan ersättning för den aktuella uppdragstagaren och en underleverantör som är knuten till denne genom ett underleverantörsavtal ..... II - 369

Neutralisering av den inneboende fördelen i kravet på en inkörningsfas utan ersättning ..... II - 371

3) Möjligheten att hindra den nya uppdragstagaren från att ta över samtliga tjänster innan inkörningsfasen på tre månader gått ut ..... II - 373

2. Den andra grundens andra del: Underlåtenhet att tillhandahålla flera relevanta tekniska uppgifter till samtliga potentiella anbudsgivare redan vid inledningen av anbudsförfarandet ..... II - 374

a) Parternas argument ..... II - 375

i) Tillgång till uppgifter om förvärvet av programvaran Autonomy ..... II - 375

ii) Tillgång till dokumentation om CORDIS tekniska arkitektur och källkod ..... II - 377

iii) Betydelsen för utformningen av sökandens anbud av att denne antingen inte haft kännedom eller fått kännedom för sent om förvärvet av programvaran Autonomy samt om CORDIS tekniska arkitektur och källkod ..... II - 382

1) Betydelsen av kommissionens ifrågasatta agerande för kvaliteten på sökandens anbud ..... II - 382

2) Betydelsen av kommissionens ifrågasatta agerande för priset i sökandens anbud ..... II - 384

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 389

i) Inledande anmärkningar ..... II - 389

ii) Den påstådda bristen på likabehandling i förhållande till den utvalda anbudsgivaren vad gäller tillgång till vissa tekniska uppgifter ..... II - 391

1) Allmänt ..... II - 391

2) Huruvida kommissionen tillhandahållit vissa tekniska uppgifter för sent ..... II - 392

3) Skyldigheten att neutralisera den utvalda anbudsgivarens fördelar ..... II - 394

iii) Betydelsen av de uppgifter som av kommissionen tillhandahållits för sent för anbuden avseende det omtvistade kontraktet .. II - 395

1) Betydelsen av uppgifterna avseende förvärvet av programvaran Autonomy ..... II - 396

2) Betydelsen av uppgifterna i dokumentationen om CORDIS tekniska arkitektur och källkod ..... II - 397

iv) Betydelsen av de uppgifter som av kommissionen tillhandahållits för sent för sökandens anbud ..... II - 400

1) Betydelsen av att vissa tekniska uppgifter har tillhandahållits för sent för kvaliteten på sökandens anbud ..... II - 400

2) Betydelsen av att vissa tekniska uppgifter tillhandahölls för sent för priset i sökandens anbud ..... II - 403

Rättegångskostnader ..... II - 406