

BESLUT MEDDELAT AV FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE
den 10 november 2004 *

I mål T-303/04 R,

European Dynamics SA, Aten (Grekland), företrätt av advokaten S. Pappas,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företräd av L. Parpala och E. Manhaeve, båda i egenskap av ombud, biträdda av advokaten J. Stuyck, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

angående en talan om uppskov med verkställigheten av dels kommissionens beslut av den 4 juni 2004 [DIGIT/R2/CTR/mas D (2004) 324] om att efter infordran av anbud för tillhandahållande av databehandlingstjänster rangordna anbudet från sammanslutningen vari sökanden är medlem på endast andra plats, dels kommissionens beslut av den 14 juli 2004 [DG DIGIT/R2/CTR/mas D (2004) 811] att avslå sökandens klagomål av den 21 juni, den 1, den 5 och den 8 juli 2004 mot att kontraktet tilldelats en annan sammanslutning,

* Rättegångsspråk: engelska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE

följande

Beslut

Bakgrund till tvisten

- 1 European Dynamics SA är verksam inom området för informationsteknologi och kommunikation, bland annat för de europeiska institutionernas räkning.
- 2 Till följd av meddelande om upphandling ADMIN/DI/0005 ESP (External Service Providers) av den 16 mars 2001, slöt kommissionen flera ramavtal för tillhandahållande av externa tjänster avseende informationssystem. Kommissionen tillämpade härvid tilldelningssystemet för kontrakt med flera avtalsparter enligt § 1.4 i Allmänna bestämmelser för kontrakt på dataområdet, som publicerades den 11 juni 1998 (nedan kallat kaskadsystemet). Hela kontraktet delades in i nio delar, bland vilka del 4 omfattade tillhandahållande av externa tjänster avseende tillämpningar för data- och informationshantering (nedan kallad ESP del 4) och del 5 omfattade externa tjänster beträffande webbtillämpningar (nedan kallad ESP del 5).

- 3 Den 16 oktober 2001 slöts ett ramavtal med referensnummer DI-02432-00, med den avtalspartner som utsetts på första plats i kaskadsystemet för ESP del 4, nämligen sammanslutningen bestående av Trasys SA och Cronos Luxembourg SA — sedermera Sword Technologies SA (nedan kallad sammanslutningen ESP 4).
- 4 Den 5 november 2001 slöts ramavtal DI-02432-00 med den avtalspartner som utsetts på första plats i kaskadsystemet för ESP del 5, nämligen sammanslutningen bestående av European Dynamics, IRIS SA, Datacep SA, Primesphere SA och Reggiani SpA (nedan kallad sammanslutningen ESP 5).
- 5 Kommissionen publicerade den 23 november 2001 ett budgettak grundat på annonserade volymeräkningar för delarna ESP 4 och ESP 5. Dessa fastställdes till ett totalt belopp av 42 885 318 euro respektive 34 656 804 euro för avtalstiden fram till oktober 2006.
- 6 Den faktiska användningen av kontrakten i ESP del 4 visade sig vara mera kostsam än väntat (det följer av handlingarna att i slutet av mars 2003, då mindre än en tredjedel av den maximala totala kontraktstiden för ESP del 4 hade förflutit, hade mer än tre fjärdedelar av avsatta medel spenderats). Kommissionen beslöt därför att höja budgettaket för ESP del 4 och att förbereda ett nytt meddelande om offentlig upphandling av tjänster av samma slag som de som avsågs för ESP del 4, för perioden fram till oktober 2006.
- 7 Genom beslut av den 28 april 2003 höjde kommissionen budgettaket för ESP del 4 med 20 miljoner euro, och den 10 maj 2003 offentliggjordes ett meddelande om tilldelning med referensnummer ADMIN/PN/2003/105 i Europeiska unionens offentliga tidning.

- 8 Sammanslutningen ESP 5 tillställde den 23 maj 2003 chefen för generaldirektoratet (DG) Informationssamhället en skrivelse, vari de informerade honom om sin oro över budgetökningen för ESP del 4. Sammanslutningen ESP 5 gjorde gällande att kommissionen borde ha gjort större bruk av ESP del 5, som hade använts i mindre utsträckning än vad som inledningsvis förutsetts.
- 9 Av handlingarna i målet framgår att skrivelsen av den 23 maj 2003 följdes av skriftväxling mellan kommissionen och sammanslutningen ESP 5, bland annat av en skrivelse av den 4 juli 2003 från kommissionen som förklarade genomförandet av delarna ESP 4 och ESP 5. Skriftväxlingen följdes även av möten mellan parterna liksom av en diskussion som arrangerats av kommissionen den 6 november 2003 då sammanslutningen ESP 5 fick tillfälle att förklara vilken potential de tjänsterna som täcks av ESP del 5 hade för kommissionens generaldirektorat.
- 10 Kommissionen publicerade den 27 december 2003 ett meddelande om offentlig upphandling med referensnummer ADMIN/DI2/PO/2003/192 ESP-DIMA för "tillhandahållande av Internet och Intranättjänster beträffande Europeiska kommissionens system för data- och informationshantering [inklusive] utveckling, underhåll och andra närliggande tjänster" (nedan kallat anbudsinfordran ESP-DIMA).
- 11 Den juridiska rådgivaren för sammanslutningen ESP krävde i skrivelse av den 19 januari 2004 att kommissionen skulle ogiltigförklara anbudsinfordran ESP-DIMA och gjorde gällande att kommissionen, i stället för att göra en ny upphandling av tjänster för att ersätta ESP del 4, borde utnyttja ESP del 5.
- 12 Begäran avslogs i skrivelse av den 30 januari 2004, i vilken GD Informationssamhället preciserade att användningen av ESP del 5 i stället för ESP del 4 eller kontraktet ESP-DIMA inte var möjligt, eftersom ESP del 5 å ena sidan och ESP del 4 liksom kontraktet ESP-DIMA å andra sidan, har skilda ändamål och avser tillämpningen av Internet och Intranät respektive tillämpningar för data- och informationshantering.

- 13 Den 20 februari 2004 lämnade företagen European Dynamics, IRIS, Datacep och Reggiani (det vill säga företagen i sammanslutningen ESP 5, med undantag för företaget Primesphere, nedan kallad sammanslutningen ED) ett gemensamt anbud med anledning av anbudsinfordran ESP-DIMA.
- 14 Den 2 juni 2004 tilldelade kommissionen kontraktet för ESP-DIMA. Anbudsgivaren vars anbud antogs på första plats i kaskadsystemet var en sammanslutning bestående av företagen Trasys och Sword Technologies samt Intrasoft International SA och TXT SpA (sammanslutningen ESP 4 samt två ytterligare parter, nedan kallad sammanslutningen ESP-DIMA). Sammanslutningen ED valdes som andra avtalspart i kaskadsystemet följd av andra anbudsgivare på tredje och fjärde plats.
- 15 Resultatet meddelades alla anbudsgivare, däribland sammanslutningen ED, genom skrivelse av den 4 juni 2004 (nedan kallat beslutet om tilldelning).
- 16 European Dynamics begärde i fax av den 8 juni 2004 ytterligare uppgifter beträffande beslutet om tilldelning. Kommissionen svarade genom skrivelse av den 9 juni 2004 i vilken den gav mer omfattande information om resultaten av den tekniska utvärderingen av vart och ett av de relevanta kriterierna.
- 17 European Dynamics begärde, i skrivelse av den 21 juni 2004 till GD Informationssamhället, att få en kopia av utvärderingsrapporten av samtliga anbud som lämnats med anledning av anbudsinfordran ESP-DIMA, särskilt uppgifter avseende sökandens sammanslutning och den sammanslutning som tilldelats anbudet, liksom namn på de ansvariga för utvärderingen.

- 18 Den 29 juni 2004 ägde ett möte rum mellan European Dynamics och GD Informationssamhället, under vilket parterna diskuterade utvärderingen av anbuden liksom European Dynamics oro beträffande genomförandet av ESP del 4 jämfört med ESP del 5. Kommissionen skickade den 6 juli 2004 ett protokoll från mötet till European Dynamics. Samma dag bekräftade kommissionen att inget avtal ännu hade slutits med anledning av tilldelningen av kontraktet ESP-DIMA.
- 19 Efter detta möte tillställde European Dynamics kommissionen flera skrivelser, bland annat den 1, den 5 och den 8 juli 2004 i vilka den ifrågasatte lagenligheten av upphandlingsförfarandet ESP-DIMA och beslutet om tilldelning. European Dynamics gjorde gällande att tilldelningen av kontraktet ESP-DIMA inte var berättigat, eftersom ESP del 5 borde ha använts i stället för ESP del 4. En intressekonflikt förelåg enligt sökanden hos en ledamot av utvärderingskommittén, den använda värderingsskalan för den tekniska utvärderingen var vidare inte lämplig och det antagna anbudet var av sämre kvalitet och erbjöd ett mycket begränsat databehandlingssystem. I nämnda skrivelser, begärde European Dynamics en kopia av utvärderingsrapporten och namnen på ledamöterna i utvärderingskommittén. Den begärde likaledes att kontraktsslutandet skulle skjutas upp tills alla åberopade punkter hade fått en tillfredsställande lösning.
- 20 Genom skrivelse av den 14 juli 2004 (nedan kallat motiveringsbrevet) bemötte kommissionen de punkter som European Dynamics tagit upp i de ovannämnda skrivelserna och vägrade att skicka en kopia av utvärderingsrapporten då detta skulle innebära att affärshemligheter från andra anbudsgivare avslöjades. Vad beträffar frågan om nödvändigheten av att inleda upphandlingsförfarandet ESP-DIMA och förslaget att använda ESP del 5 för att tillhandahålla tjänster som omfattas av ESP del 4, meddelade kommissionen att GD Informationssamhället gjorde gällande, i nämnda skrivelse av den 30 januari 2004, att eftersom de två delarna motsvarade olika kontrakt, skilda och separata, var det inte möjligt att övergå från den ena till den andra av den enkla anledningen att den ena delen ännu inte hade nått sitt budgettak. Att publicera en anbudsinfordran för den del för vilken budgettaget inte

längre kunde höjas var det enda lämpliga sättet, vilket också var förenligt med rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 av den 25 juni 2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget (EGT L 248, s. 1, nedan kallat budgetförordningen).

- 21 Den 15 juli 2004 skickade kommissionen avtalen enligt beslutet om tilldelning till de fyra valda sammanslutningarna samtidigt, inklusive sammanslutningen ED som var avtalsparten på andra plats (ramavtal DIGIT-04551-00), och angav att avtalen måste sändas tillbaka undertecknade före den 30 juli 2004.

- 22 Den 27 juli 2004 ägde ett möte rum mellan representanter för sammanslutningen ED och GD Informationssamhället, under vilket de sistnämnda upprepade kommissionens inställning att inte godta European Dynamics förslag att ge den en aktiv roll vid övervakningen av hur projekten fördelades mellan ESP del 4 och ESP del 5.

- 23 Sammanslutningen ED begärde den 28 juli 2004 att kommissionen skulle skjuta fram undertecknandet av de avtal som följde upphandlingen ESP-DIMA med en månad, eftersom medlemmarna i sammanslutningen behövde ytterligare tid för att vidta vissa administrativa åtgärder. Kommissionen svarade omedelbart att dessa administrativa åtgärder kunde vidtas sedan avtalet undertecknats och att uppskov inte var nödvändigt. Sammanslutningen ED:s avtal inkom undertecknat den 30 juli 2004. Vissa fullmakter som saknades sändes till kommissionen den 4 augusti 2004.

- 24 Den 4 augusti 2004 hade kommissionen således erhållit samtliga originalhandlingar av de avtal som ingick i kontraktet ESP-DIMA. Handlingarna hade undertecknats av alla avtalsparter.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 25 Genom ansökan som registrerats vid förstainstansrättens kansli den 29 juli 2004, väckte sökanden talan enligt artikel 230 fjärde stycket EG om dels ogiltigförklaring av upphandlingsförfarandet ESP-DIMA, det vill säga meddelande om upphandling 2003/S249-221337 ESP-DIMA och anbudsinfordran ESP-DIMA, dels ogiltigförklaring av kommissionens beslut beträffande rangordningen av anbuden, det vill säga beslutet om tilldelning och motiveringsbrevet.
- 26 Sökanden har genom särskild handling som registrerades vid förstainstansrättens kansli samma dag, begärt att förstainstansrätten skall handlägga målet skyndsamt i enlighet med artikel 76 a i sina rättegångsregler.
- 27 Sökanden har, genom särskild handling som registrerades vid förstainstansrättens kansli samma dag, framställt föreliggande ansökan om interimistiska åtgärder i form av uppskov med verkställigheten av beslutet om tilldelning liksom av motiveringsbrevet, för att på så vis hindra att avtal ingås med sammanslutningen ESP-DIMA, fram tills förstainstansrätten har beslutat i huvudmålet. Sökanden har även yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.
- 28 Den 4 augusti 2004 delgavs kommissionen en kopia av ansökan om interimistiska åtgärder, i enlighet med artikel 105.1 i rättegångsreglerna, och en frist för kommissionens yttranden fastställdes till den 19 augusti 2004.
- 29 Den upphandlande myndigheten beslutade den 4 augusti 2004 efter att sökanden lämnat in en ansökan om interimistiska åtgärder i form av uppskov med verkställigheten av beslutet om tilldelning, att skjuta upp undertecknandet av de fyra avtalen inom ramen för kontraktet ESP-DIMA.

- 30 Kommissionen begärde den 12 augusti 2004 uppskov med inlämnande av sitt yttrande till den 26 augusti 2004. Denna begäran beviljades genom beslut av den 16 augusti 2004.
- 31 Den 26 augusti 2004 inkom kommissionen med sitt yttrande över ansökan om interimistiska åtgärder och yrkade att nämnda ansökan skulle avvisas eller i andra hand ogillas.
- 32 Förstainstansrättens kansli sände den 31 augusti 2004 kommissionens yttrande till sökanden.
- 33 Den 8 september 2004 inkom sökanden med en begäran att få yttra sig över kommissionens yttrande.
- 34 Genom beslut av den 14 september 2004 biföll förstainstansrättens ordförande denna begäran och fastställde en frist för inlämnande av sökandens yttrande över kommissionens yttrande till den 24 september 2004.
- 35 Den 23 september 2004 inkom sökanden med yttrande över kommissionens yttrande och lämnade ett betydande antal handlingar som bilagor. Sökanden begärde i sitt yttrande även att kommissionen skulle åläggas att inkomma med ett antal handlingar, nämligen prisförfrågan (Requests for Quotation) och statistik angående verkställighet av ESP del 4 (nedan kallat de ifrågavarande handlingarna).

- 36 Förstainstansrättens ordförande fastställde den 29 september 2004 fristen för kommissionen att yttra sig över sökandens yttrande till den 8 oktober 2004.
- 37 Kommissionen begärde den 6 oktober 2004 att fristen för densamma att inkomma med yttrande skulle förlängas till den 15 oktober 2004, vilket förstainstansrättens ordförande beviljade genom beslut av samma dag.
- 38 Den 15 oktober 2004 yttrade sig kommissionen över sökandens yttrande.
- 39 Sökanden sände den 2 november 2004 en skrivelse till förstainstansrättens kansli i vilken den framställde ytterligare ett antal synpunkter på kommissionens yttrande av den 15 oktober 2004 och begärde att förstainstansrättens ordförande skulle ta dem i beaktande i sin bedömning. Denna skrivelse delgavs kommissionen i enlighet med artikel 105.1 i rättegångsreglerna.

Tillämpliga bestämmelser

Ansökan om interimistiska åtgärder

- 40 Enligt bestämmelserna i artikel 242 EG jämförd med 243 EG å ena sidan och artikel 225.1 EG å andra sidan, kan förstainstansrätten, om den anser att omständigheterna så kräver, besluta om uppskov med verkställigheten av den ifrågasatta rättsakten eller föreskriva nödvändiga interimistiska åtgärder.

- 41 I artikel 104.2 i rättegångsreglerna anges att ansökan om interimistiska åtgärder skall ange föremålet för talan, de omständigheter som ställer krav på skyndsamhet och de faktiska och rättsliga grunder på vilka den begärda åtgärden omedelbart (*fumus boni juris*) framstår som befogad. Dessa villkor är kumulativa på så vis att ansökan om interimistiska åtgärder skall avslås om något av villkoren inte är uppfyllt (beslut av domstolens ordförande av den 14 oktober 1996 i mål C-268/96 P(R), SCK och FNK mot kommissionen, REG 1996, s. I-4971, punkt 30). Förstainstansrätten gör i sådant fall en avvägning av intressena i fråga (beslut av domstolens ordförande av den 29 juni 1999 i mål C-107/99 R, Italien mot kommissionen, REG 1999, s. I-4011, punkt 59).
- 42 De begärda åtgärderna skall vidare vara interimistiska på det sättet att de inte får föregripa domstolens avgörande av de omtvistade rättsliga och faktiska frågorna eller på förhand motverka konsekvenserna av det beslut som senare skall fattas i sak i målet (beslut av domstolens ordförande av den 19 juli 1995 i mål C-149/95 P(R), kommissionen mot Atlantic Container Line m.fl., REG 1995, s. I-2165, punkt 22).
- 43 Vid denna helhetsbedömning förfogar domstolen i det interimistiska förfarandet dessutom över ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning och är fri att med avseende på de särskilda omständigheterna i ifrågavarande fall avgöra sättet att pröva om dessa villkor är uppfyllda liksom i vilken ordning denna prövning skall utföras, då det inte finns någon bestämmelse i gemenskapsrätten i vilken det föreskrivs ett redan upprättat analyschema för bedömningen av om det är nödvändigt att bevilja interimistiska åtgärder (ovannämnda beslut, kommissionen mot Atlantic Container Line m.fl., punkt 23).
- 44 Mot bakgrund av de omständigheter som framgår av handlingarna i målet, anser förstainstansrätten att den förfogar över tillräckliga uppgifter för att kunna pröva förevarande ansökan om interimistiska åtgärder, utan att dessförinnan höra parterna.

Parternas argument

— Upptagande till sakprövning

- 45 Sökanden har gjort gällande att den har ett intresse av att väcka talan mot de rättsakter för vilka den begär uppskov med verkställigheten och att den har väckt nämnda talan inom fristen, varför ansökan kan prövas.
- 46 Kommissionen har gjort gällande att ansökan saknar praktisk betydelse, eftersom sökanden inte begärt uppskov med verkställigheten av beslutet att inleda upphandlingen ESP-DIMA utan uppskov med verkställigheten av beslutet om tilldelning av kontraktet. De interimistiska åtgärderna kan därför inte leda till att upphandlingen ESP-DIMA skjuts upp, till skillnad från vad sökanden i praktiken vill uppnå. Kommissionen har dessutom tillagt att ansökan inte kan prövas i sak eftersom talan rörande huvudsaken skall avvisas. Enligt kommissionen, visar sökanden i själva verket inte att den är direkt berörd av de ifrågasatta rättsakterna och har i varje fall inte styrkt att det föreligger ett personligt intresse att handla, då rättsakterna rör sammanslutningen ED och inte sökanden personligen.

— *Fumus boni juris*

- 47 Sökanden har med hänvisning till målet rörande huvudsaken gjort gällande att upphandlingsförfarandet ESP-DIMA skall ogiltigförklaras på grund av en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna, åsidosättande av väsentliga formföreskrifter och bristande motivering. Det följer av redogörelsen för de faktiska omständigheterna i ansökan att sökanden anser att det inte var nödvändigt att inleda upphandlingsförfarandet ESP-DIMA, eftersom kommissionen kunde ha använt sig av ESP del 5, hellre än att ersätta ESP del 4 med kontraktet ESP-DIMA. Sökanden

anser även att tilldelningen av kontraktet ESP-DIMA är rättsstridigt då åtminstone en ledamot i utvärderingskommittén befann sig i allvarlig intressekonflikt, kommissionen inte använde samma skala för att utvärdera de olika anbudsgivarna, att det antagna anbudet endast erbjöd ett databehandlingssystem av mycket begränsat värde och omfattning samt slutligen att kommissionen inte tillställde sökanden en kopia av utvärderingsrapporten i strid med kraven i budgetförordningen.

- 48 Kommissionen anser att sökanden inte har angett faktiska och rättsliga grunder på vilka den begärda åtgärden omedelbart framstår som befogad och att den endast i förbigående nämner grunderna för talan rörande huvudsaken. Kommissionen betonar att påståendena inte är grundade, vilket klart följer av motiveringsbrevet av den 14 juni 2004, att de ingalunda är underbyggda och inte ens borde prövas inom ramen för föreliggande ansökan.

— Krav på skyndsamhet

- 49 Sökanden har gjort gällande att kravet på skyndsamhet är uppfyllt. Sökanden har vidare betonat att den inte kan invänta att huvudmålet avgörs utan att lida en allvarlig och irreparabel skada bestående av en så allvarlig ekonomisk förlust att sökanden inte skulle överleva på marknaden utan skulle förlora en viktig del av sin verksamhet och behöva avskeda hälften av sin personal. Vidare innebär skadan att sökandens anseende påverkas på ett mycket negativt sätt.
- 50 Beträffande den ekonomiska skadan, har sökanden påstått att den följer av att ESP del 4 felaktigt genomfördes i stället för ESP del 5, liksom av att ESP del 4 ersattes av kontraktet ESP-DIMA, som tilldelades en annan anbudsgivare. Sökanden anser att denna situation medför slutet på verkställandet av ESP del 5, eftersom ESP del 4 förlängs genom kontraktet ESP-DIMA och man förväntar sig att ett stort antal

existerande kontrakt skall utvidgas omedelbart efter att kontrakten slutits angående upphandlingen ESP-DIMA, och detta för en period om flera år. Följaktligen innebär beslutet att tilldela kontraktet ESP-DIMA till en annan anbudsgivare, och det fortsatta oriktiga verkställandet av detta kontrakt i stället för ESP del 5, att sökanden fräntas inkomster som vanligtvis är kopplade till genomförandet av ESP del 5, som utgör den största delen av sökandens verksamhet.

- 51 Sökanden har härvid betonat att den är ett medelstort företag och sysselsätter ungefär 200 arbetstagare, att den utvecklar ett särskilt antal projekt där de som omfattas av ESP del 5 är bland de största. ESP del 5 täcker den största delen av bolagets budget och sysselsätter ungefär hälften av dess anställda, som rekryterats just för behoven för ESP del 5. Åtföljande infrastruktur har också ökat, och utgör ett system som helt och hållet är beroende av ESP del 5 för sin existens och överlevnad. Systemet har utarbetats och genomförts för att verkställa ett kontrakt värt 35 miljoner euro. Tilldelningen av ESP del 5 skulle tvinga sökanden att underhålla en dyr infrastruktur, att avsätta anställda till projektet och att regelbundet med ett intervall av några månader anordna erforderlig vidareutbildning för dessa anställda i fråga om de tekniska förändringar som kommissionen gjort. Sökandens verksamhet som är kopplad till ESP del 5 motsvarar ett belopp om ungefär 4 miljoner euro årligen och utgör en betydande del av den totala verksamheten inom området för databehandlingstjänster. Sökandens inkomster skulle sjunka från 16 miljoner euro år 2001 till 14 miljoner euro år 2002, och till 10 miljoner euro år 2003, och det skulle finnas en risk för fortsatt sänkning år 2004 och år 2005 till 5 miljoner euro, just till följd av otillräckligt antal beställningar inom ramen för ESP del 5. En stor del av dess anställda har redan lämnat företaget av denna anledning. Med en förlust av ett så betydande antal arbetstagare, menar sökanden att det inte är möjligt att återta de förlorade marknadsandelarna.
- 52 Sökanden påstår att den omständigheten att beställningar avseende ESP del 5 inte skulle kunna verkställas eller att dessa beställningar eventuellt skulle minska vore ödesdigert för bolaget. Enligt sökanden skulle en hel infrastruktur som är särskilt avsedd för verkställandet av ESP del 5 försvinna med irreparabla konsekvenser för sökanden, som inte längre skulle kunna överleva på den hårt konkurrensutsatta marknad där sökanden utövar sin verksamhet.

- 53 Beträffande den negativa inverkan på bolagets anseende har sökanden betonat att denna situation kommer att skada förhållandet med andra aktörer och kunder på marknaden vilka kommer att tolka situationen som en oförmåga från sökandens sida att leva upp till kommissionens förväntningar.
- 54 Slutligen anser sökanden att de begärda interimistiska åtgärderna är nödvändiga eftersom, om de rättsakter mot vilka sökanden riktar föreliggande ansökan verkställs innan de ogiltigförklaras, kommissionen kommer att sluta tillhörande avtal och därmed öppna vägen för att kontraktet ESP-DIMA slukar en stor del av kvarvarande medel. Enligt sökanden är 120 miljoner euro avsatta för kontraktet ESP-DIMA, vilket gör det till kommissionens största investering på området och definitivt binder kommissionen till sammanslutningen ESP-DIMA.
- 55 Kommissionen anser att den skada som sökanden åberopat varken är allvarlig eller irreparabel i den mening som avses i förstainstansrättens praxis.
- 56 Beträffande den påstådda ekonomiska skadan, har kommissionen inledningsvis betonat att sökandens argument visar att det inte finns något orsakssamband mellan å ena sidan den rättsakt för vilken upphov med verkställigheten har begärts (tilldelning av kontraktet ESP-DIMA till en annan anbudsgivare) och å andra sidan den skada som sökanden påstår sig kunna lida, det vill säga en minskning av den omsättning som kontraktet ESP del 5 genererar.
- 57 Kommissionen har härvid gjort gällande att den påstådda skadan hänger samman med sökandens argument att kommissionen borde ha utnyttjat ESP del 5 i större utsträckning i stället för att inleda ett upphandlingsförfarande för att ersätta de äldre avtalen i ESP del 4 med kontraktet ESP-DIMA. Kommissionen har betonat att sökandens synsätt i själva verket grundar sig på det fullständigt felaktiga antagandet att kommissionen är förhindrad att underteckna avtal till följd av upphandlingen

ESP-DIMA och skall använda ESP del 5 för att tillhandahålla den typ av tjänster som tidigare täcktes av ESP del 4, vilket höjer sökandens omsättning. Enligt kommissionen är detta argument helt felaktigt därför att den upphandlande myndigheten i varje fall fortsätter att göra åtskillnad mellan ESP del 4 och ESP del 5 såsom skett alltsedan kontrakten tilldelades. Denna åtskillnad följer av definitionen av nämnda kontrakt och återfinns i meddelandet om upphandling

- 58 Kommissionen har tillagt att den skada som sökanden påstår skulle uppstå om de interimistiska åtgärderna inte beviljades varken är allvarlig eller irreparabel. Förmögenhetsskadan är klart reparabel enligt fast praxis eftersom den senare kan ersättas ekonomiskt. Sökanden har inte visat att det förelåg sådana exceptionella omständigheter att nämnda ekonomiska skada skall anses allvarlig och irreparabel. Kommissionen har betonat att sökanden endast anför allmänna påståenden och varken har visat att förlusten av marknadsandelarna i fråga skulle äventyra dess existens eller att dess ställning på marknaden skulle ändras på ett irreparabelt sätt.
- 59 Det är enligt kommissionen uppenbart att sökanden kan överleva på marknaden tills förstainstansrätten avgjort huvudmålet. Kommissionen har härvid hänvisat till bland annat två rapporter från byråerna EuroDB och Dun & Bradstreet, som är daterade den 22 mars 2004 och den 26 juli 2004, som bifogats kommissionens yttrande av den 15 oktober 2004 och som visade att sökandens ekonomiska situation är god. Sökanden har i sin skrivelse av den 2 november 2004 påstått att dessa rapporter är obsoleta och felaktiga.
- 60 Beträffande de ideella skador som sökanden åberopat, nämligen att dess anseende påverkas ytterst negativt av en förlust av det ifrågavarande kontraktet, menar kommissionen att deltagandet i en anbudsinfordran självklart innebär en risk att

kontraktet inte tilldelas dem. Denna situation innebär således inte en skada för anseendet såsom förstainstansrätten redan har fastställt i sin praxis.

- 61 Slutligen anser kommissionen att det faktum att avtalet kan slutas med en anbudsgivare vars anbud har antagits och att en stor del av budgeten tilldelas denne innan förstainstansrätten har avgjort huvudmålet inte visar att kravet på skyndsamhet är uppfyllt enligt fast rättspraxis. För det fall förstainstansrätten skulle besluta om ogiltigförklaring har kommissionen möjlighet att återställa sökandens rättigheter.

— Intresseavvägning

- 62 Trots att sökanden inte uttryckligen har tagit upp intresseavvägningen i sin ansökan, menar kommissionen att en sådan är till dess fördel med tanke på att den skada som sökanden eventuellt kan komma att lida om de interimistiska åtgärderna inte beviljas inte är större än den som kommissionen och andra berörda anbudsgivare kan lida om åtgärderna beviljas. De andra anbudsgivarna har berättigade förväntningar av att kommissionen genomför upphandlingsförfarandet. De interimistiska åtgärderna skulle hindra att avtalen slöts och kommissionens dataverksamhet skulle störas. Dessutom anser kommissionen att eftersom anbudens giltighet går ut den 19 november 2004 skulle uppskov med verkställigheten innebära att denna löpte ut varför åtgärderna inte skulle framstå som interimistiska. Sökanden har avfärdat dessa två påståenden och menar att kommissionen har andra sätt att ersätta de ifrågavarande kontrakten, bland annat genom att begära att anbudens giltighet skall förlängas eller genom att använda andra kontrakt. Kommissionen menar härvid att även om en sådan förlängning är möjlig är den inte säker och att andra sätt att skaffa sig de ifrågavarande tjänsterna är mindre tillfredsställande än att tilldela kontraktet ESP-DIMA.

Förstainstansrättens bedömning

— Inledande synpunkter

- 63 Förstainstansrätten erinrar om att enligt fast praxis krävs enligt artikel 104.2 i rättegångsreglerna att de väsentligaste faktiska och rättsliga omständigheter som talan grundas på framgår på ett konsekvent och begripligt sätt av själva innehållet i ansökan om interimistiska åtgärder (beslut av förstainstansrättens ordförande av den 25 juni 2003 i mål T-175/03 R, Schmitt mot AER, REGP 2003, s. I-A-175 och s. II-883, punkt 18, av den 15 januari 2001 i mål T-236/00 R, Stauner m.fl. mot parlamentet och kommissionen, REG 2001, s. II-15, punkt 34, och av den 7 maj 2002 i mål T-306/01 R, Aden m.fl. mot rådet och kommissionen, REG 2002, s. II-2387, punkt 52).
- 64 Även om, såsom kommissionen med fog har anfört, ansökan innehåller få omständigheter som möjliggör för förstainstansrätten att pröva om det framstår som omedelbart befogat att bevilja åtgärden, skall det konstateras att kommissionens yttrande liksom andra omgången av parternas yttranden har belyst föremålet för ansökan på ett sätt som möjliggör för förstainstansrätten att pröva den. Förstainstansrätten kommer därmed först att pröva om kravet på skyndsamhet är uppfyllt.

— Kravet på skyndsamhet

- 65 Det skall påpekas att det följer av fast rättspraxis att karaktären av skyndsamt natur för en ansökan om interimistiska åtgärder skall bedömas i förhållande till behovet av ett tillfälligt beslut, för att förhindra att en allvarlig och irreparabel skada vållas parten som ansöker om den interimistiska åtgärden. Det ankommer på den sistnämnda att visa att den inte kan vänta på att huvudsaken avgörs utan att lida en sådan skada (se beslut av förstainstansrättens ordförande av den 20 juli 2000 i

mål T-169/00 R, Esedra mot kommissionen, REG 2000, s. II-2951, punkt 43, och av den 27 juli 2004 i mål T-148/04 R, TQ3 Travel Solutions Belgium mot kommissionen, REG 2004, s. I-3027, punkt 41, och angiven rättspraxis).

- 66 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att kommissionen med fog har påpekat, att sökanden inte visat att det föreligger ett samband mellan den påstådda skadan och de rättsakter för vilka uppskov med verkställigheten har begärts.
- 67 Sökanden har i sak kritiserat sättet att verkställa kontraktet beträffande ESP del 5. Detta kontrakt har enligt sökanden inte utnyttjats fullt ut jämfört med ESP del 4. Sökanden har bestridit denna verkställighet och menar att den är rättsstridig liksom kommissionens beslut att inleda upphandlingen ESP-DIMA för att förnya ESP del 4. Sökanden har emellertid inte kritiserat kommissionen för att ha verkställt kontraktet gällande ESP del 5 på ett rättsstridigt sätt och har inte begärt att upphandlingen ESP-DIMA skall skjutas upp. Det skall härvid erinras om att anbudsinfordran för ESP-DIMA publicerades den 27 december 2003 och att sökandens klagomål mot själva principen om anbudsinfordran avslogs i kommissionens skrivelse av den 30 januari 2004.
- 68 Sökandens tillvägagångssätt har en direkt inverkan på värdet av dess argument beträffande kravet på skyndsamhet. Sökanden påstår i själva verket endast indirekt att en allvarlig och irreparabel skada skulle uppstå om kontraktet ESP-DIMA tilldelades en annan anbudsgivare eller skulle följa av kontraktets blotta existens. Sökanden har däremot tydligt betonat att den anser att skadan följer av "att tjänster som ingår i ESP del 5 inte tillhandahålls eller eventuellt minskas i omfattning", vilket skulle vara "ödesdigert" för sökanden. Sökanden har försökt visa att det föreligger orsakssamband mellan ett rättsstridigt verkställande av ESP del 5 och tilldelningen av kontraktet ESP-DIMA och har i sin ansökan angett att "det är mer än uppenbart att ett rättsstridigt verkställande [av ESP del 4] innebär slutet [på ESP del 5] eftersom [ESP del 4] förlängs genom [kontraktet ESP-DIMA]" och att om det begärda uppskovet inte beviljas "kommer kommissionen att sluta avtalen [i fråga] och på så

vis öppna vägen för att [kontraktet ESP-DIMA] tar en stor del av kvarvarande budget” och att ” [ESP del 5] från denna tidpunkt inte längre kan verkställas”.

- 69 Sökanden har emellertid inte kritiserat vare sig det felaktiga verkställandet av ESP del 4 och ESP del 5, som utgör en central punkt i sökandens oro, eller de förutsägbara villkoren för verkställandet av kontraktet ESP-DIMA. Det är följaktligen klart att sökanden inte kan visa att beviljandet av de interimistiska åtgärderna skulle medföra en ökad användning av kontrakten för ESP del 5, eftersom kommissionen tydligt har angett att den inte under några omständigheter kommer att använda kontrakt från ESP del 5 för tillhandahållande av tjänster som tillhör det ursprungliga området för ESP del 4 eller kontraktet ESP-DIMA. Sökanden har således inte visat att det föreligger något orsakssamband mellan å ena sidan de rättsakter för vilka uppskov med verkställigheten har begärts (beslutet om tilldelning av kontraktet ESP-DIMA till en annan anbudsgivare och motiveringsbrevet) och å andra sidan den skada som sökanden kan komma att lida, nämligen en sänkning av omsättning som genererats från ESP del 5. De interimistiska åtgärderna har därför inte någon betydelse för verkställigheten av ESP del 5.
- 70 Det följer härav att de begärda interimistiska åtgärderna varken är relevanta eller nödvändiga för att undvika att den åberopade skadan uppstår.
- 71 Även om den påstådda skadan skulle följa av de ifrågasatta rättsakterna, skall det konstateras att den inte kan anses vara allvarlig och irreparabel enligt förstainstansrättens praxis.
- 72 Vad beträffar den ekonomiska skada som sökanden har åberopat, erinrar förstainstansrätten om att det — såsom kommissionen har gjort gällande — följer av fast rättspraxis att en sådan skada i princip inte kan anses vara irreparabel eller ens svår att avhjälpa eftersom den senare kan ersättas ekonomiskt (se beslutet i det

ovannämnda målet Esedra mot kommissionen, punkt 44, och angiven rättspraxis). Sökanden har inte visat eller ens påstått att hon skulle vara förhindrad att erhålla en sådan ersättning genom en eventuell skadeståndstalan enligt artikel 288 EG (se, för ett liknande resonemang, beslutet i det ovannämnda målet Esedra mot kommissionen, punkt 47, och beslut av förstainstansrättens ordförande av den 1 oktober 1997 i mål T-230/97 R, Comafrika och Dole Fresh Fruit mot kommissionen, REG 1997, s. II-1589, punkt 38).

- 73 Mot bakgrund av vad som anförts är de begärda interimistiska åtgärderna, under omständigheterna i målet, motiverade endast om det visas att sökanden för det fall sådana åtgärder inte vidtas skulle hamna i en situation som kan äventyra dess existens eller förändra dess ställning på marknaden på ett irreparabelt vis (se, för ett liknande resonemang, beslutet i det ovannämnda målet Esedra mot kommissionen, punkt 45).
- 74 Sökanden har emellertid inte visat att den, om de begärda interimistiska åtgärderna inte vidtas, riskerar att hamna i en sådan situation.
- 75 Sökanden har härvid inte lämnat sådana uppgifter om sin ekonomiska situation att förstainstansrätten kan sluta sig till att dess existens skulle äventyras fram till dess att förstainstansrätten avgör målet rörande huvudsaken.
- 76 Det skall särskilt påpekas att sökandens argument med avseende på minskade inkomster inte stöds av bevis, och att sökanden i varje fall inte styrkt att en sådan inkomstminskning skulle äventyra dess existens, fram till dess att förstainstansrätten avgör målet rörande huvudsaken.

- 77 Det skall i stället konstateras att handlingarna i målet visar att sökanden kommer att kunna fortsätta att utöva en för dess överlevnad tillräcklig verksamhet till dess att förstainstansrätten avgjort målet rörande huvudsaken.
- 78 Såsom sökandeen själv har betonat i sin ansökan, deltar den regelbundet med framgång i kommissionens upphandlingsförfaranden och har utvecklat ett betydande antal projekt för de europeiska institutionerna och inte endast för kommissionen.
- 79 Detta bekräftas dessutom av rapporterna från byråerna EuroDB och Dun & Bradstreet, daterade den 22 mars 2004 respektive den 26 juli 2004, vilka bifogats kommissionens yttrande av den 15 oktober 2004. Rapporterna visar att sökanden har ett stort antal klienter, däribland de europeiska institutionerna, nationella offentliga institutioner och internationella företag. Dessutom följer det av dessa rapporter att sökandens ekonomiska situation är att betrakta som god, med bra betyg för försäljning, lönsamhet och balansomslutning. Vad beträffar dessa rapporter, skall det betonas att sökandens påstående i sin skrivelse av den 2 november 2004, att dessa rapporter är "obsoleta" och "felaktiga", är av allmän karaktär och att sökanden inte har åberopat några bevis för att styrka sitt påstående.
- 80 Det skall slutligen noteras att sökanden fortsätter att delta i sammanslutningen ESP 5, i egenskap av första avtalspart i ESP del 5, och, likaledes, deltar i sammanslutningen ED som andra avtalspart i kontraktet ESP-DIMA, just därför att den inom ramen för sitt deltagande i upphandlingen ESP-DIMA har visat kommissionen att den har den ekonomiska och tekniska kapacitet som krävs för ett sådant projekt.
- 81 Vad angår möjligheten att sökandens ställning på marknaden skulle ändras på ett irreparabelt vis om begärda interimistiska åtgärder inte beviljas, har sökanden hävdats att den skulle vara tvungen att avsluta hälften av sin verksamhet och avskeda

hälften av sin personal samt att all infrastruktur som är avsedd för verkställandet av ESP del 5 skulle försvinna, med "ödesdigra" följder. Sökanden har däremot inte styrkt dessa argument och dessutom inte visat eller ens försökt visa att svårigheter av strukturell och juridisk art hindrar den att återvinna en betydande del av den förlorade marknaden (se, för ett liknande resonemang, beslut av förstainstansrättens ordförande av den 16 januari 2004 i mål T-369/03 R, Arizona Chemical m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-205, punkt 84). Sökanden har inte särskilt visat att den inte skulle kunna vinna andra upphandlingar, bland annat den omtvistade upphandlingen till följd av en ny anbudsinfordran, eller att den inte skulle kunna rekrytera personal eller återskapa en teknisk infrastruktur som kan klara stora projekt såsom dem som verkställts inom ramen för ESP del 5, om detta skulle visa sig nödvändigt för att återta de förlorade marknadsandelarna. Det skall härvid understrykas för det första att ESP del 5 fortsätter att existera och för det andra att det faktum att sökanden deltar och kan fortsätta att delta i andra projekt för de europeiska institutionerna och för andra klienter säkerställer att dess tekniska kapacitet inte försvinner.

- 82 Vad beträffar den ideella skada som sökanden anser sig ha lidit och sökandens argument att det krävs att förstainstansrätten skyndsamt vidtar interimistiska åtgärder på grund av att sökandens anseende och trovärdighet annars skulle orsakas irreparabel skada, erinrar förstainstansrätten om att beslutet att inte tilldela sökanden kontraktet inte innebär att sökanden skulle orsakas en sådan skada. Deltagande i en offentlig budsgivning, som normalt präglas av hård konkurrens, innebär oundvikliga risker för alla deltagare, och det förhållandet att en anbudsgivares anbud avslås i enlighet med reglerna för budsgivningen kan inte i sig anses medföra skada (beslut av domstolens ordförande av den 5 augusti 1983 i mål 118/83 R, CMC mot kommissionen, REG 1983, s. 2583, punkt 51, och beslutet i det ovannämnda målet Esedra mot kommissionen, punkt 48).

- 83 Det saknas vidare stöd för sökandens argument att kravet på skyndsamhet följer av att avtalet med sammanslutningen ESP-DIMA sluts och att budgeten för kontraktet ESP-DIMA, innan talan rörande huvudsaken avgörs, fastställs till ett belopp som kan binda kommissionen permanent till nämnda sammanslutning. En sådan situation innebär inte en omständighet som styrker kravet på skyndsamhet, eftersom, för det fall förstainstansrätten skulle bifalla sökandens talan rörande huvudsaken, det skulle åligga kommissionen att vidta nödvändiga åtgärder för att

säkerställa att sökandens intressen skyddades på ett lämpligt sätt. I sådant fall skulle denna institution kunna anordna ett nytt upphandlingsförfarande i vilket sökanden skulle kunna delta utan särskilda svårigheter. En sådan åtgärd skulle kunna kombineras med skadestånd. Sökanden har emellertid inte åberopat någon omständighet som hindrar att dess intressen tillvaratas på ett sådant vis (se, för ett liknande resonemang, beslutet i det ovannämnda målet Esedra mot kommissionen, punkt 51, och beslut av förstainstansrättens ordförande av den 2 maj 1994 i mål T-108/94 R, Candiotte mot rådet, REG 1994, s. II-249, punkt 27).

84 Under dessa omständigheter finner förstainstansrätten att de bevis som sökanden framlagt inte i tillräcklig utsträckning styrker att sökanden skulle lida en allvarlig och irreparabel skada om de begärda interimistiska åtgärderna inte beviljades.

85 Härav följer att sökanden inte lyckas visa att kravet på skyndsamhet är uppfyllt. Ansökan om interimistiska åtgärder skall därför avslås utan att det är nödvändigt att pröva huruvida ansökan kan tas upp till sakprövning eller om övriga villkor för beviljande av interimistiska åtgärder är uppfyllda (beslut av förstainstansrättens ordförande av den 9 augusti 1999 i mål T-38/99 R–T-42/99 R, T-45/99 R och T-48/99 R, Sociedade Agrícola dos Arinhos m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-2567, punkt 48).

Ansökan om åtgärder för bevisupptagning i form av en uppmaning att kommissionen skall inkomma med handlingar

Parternas argument

86 Sökanden har i sitt yttrande av den 23 september 2004 begärt att förstainstansrättens ordförande skall ålägga kommissionen att förete de ifrågavarande

handlingarna, eftersom dessa handlingar skulle visa att verkställandet av ESP 4 var rättsstridigt, varför det skulle vara av nytta och lämpligt för förstainstansrätten att få del av dem och eventuellt till och med avgörande för förstainstansrättens dom.

- 87 Kommissionen anser att begäran om åtgärder för bevisupptagning skall avslås då sökanden, i strid med vad som krävs enligt domstolens rättspraxis, inte har visat att det skulle få någon praktisk betydelse att förete de ifrågavarande handlingarna. Kommissionen har vidare betonat att dessa handlingar innehåller konfidentiell information som inte får lämnas ut, eftersom det skulle strida mot skyddet för anbudsgivarnas legitima kommersiella intressen.

Ordförandens bedömning

- 88 Det skall för det första konstateras att sökandens begäran om företeende av de ifrågavarande handlingarna endast kan tolkas som en ansökan om bevisupptagning eller åtgärd för processledning.
- 89 Förstainstansrätten erinrar härvid om att enligt artikel 105.2 första stycket i rättegångsreglerna kan förstainstansrättens ordförande förordna om bevisupptagning. I artikel 65 i rättegångsreglerna anges att åtgärder för bevisupptagning omfattar bland annat företeende av handlingar. Enligt artikel 64 i rättegångsreglerna kan förstainstansrätten vidta processledningsåtgärder i form av bland annat företeende av handlingar eller av andra dokument rörande målet.

- 90 Eftersom ansökan om interimistiska åtgärder skall avslås då krav på skyndsamhet inte var uppfyllt saknas skäl att pröva om övriga villkor för beviljande av interimistiska åtgärder är uppfyllda, bland annat villkoret angående *fumus boni juris*. Förstainstansrätten anser att de ifrågavarande handlingarna inte är av något intresse för prövningen av föreliggande ansökan om interimistiska åtgärder och att det följaktligen inte finns anledning att vidta de åtgärder beträffande dessa handlingar som sökanden begärt.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE

följande beslut:

- 1) **Ansökan om interimistiska åtgärder avslås.**
- 2) **Beslut om rättegångskostnader kommer att meddelas senare.**

Luxemburg den 10 november 2004.

H. Jung

Justitiesekreterare

B. Vesterdorf

Ordförande