

KENDELSE AFSAGT AF RETTENS PRÆSIDENT

22. december 2004 \*

I sag T-303/04 R II,

**European Dynamics SA**, Athen (Grækenland), ved avocat S. Pappas,

sagsøger,

mod

**Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber** ved L. Parpala og E. Manhaeve, som befuldmægtigede, bistået af avocat J. Stuyck, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

angående en påstand om udsættelse af gennemførelsen dels af Kommissionens beslutning af 4. juni 2004 (DIGIT/R2/CTR/mas D (2004) 811) om efter et udbud om levering af edb-tjenesteydelser kun at indplacere det bud, som blev afgivet af det

\* Processprog: engelsk.

konsortium, sagsøgeren er medlem af, på andenpladsen, dels af Kommissionens beslutning af 14. juli 2004 (DIGIT/R2/CTR/mas D (2004) 811) om afvisning af de af sagsøgeren indgivne klager af 21. juni, 1. juli, 5. juli og 8. juli 2004 over tildelingen af kontrakten til et andet konsortium,

har

PRÆSIDENTEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET  
I FØRSTE INSTANS

afsagt følgende

**Kendelse**

**Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og parternes påstande**

- 1 European Dynamics SA opererer på området for informations- og kommunikationsteknologi og udfører bl.a. opgaver for EU-institutionerne.
- 2 Efter udbud ADMIN/DI/0005 ESP (External Service Providers) af 16. marts 2001 indgik Kommissionen, idet den anvendte det tildelingssystem, der er fastsat ved kontrakter med flere kontrahenter i stk. 1.4 i Almindelige betingelser for edb-kontrakter, som blev offentliggjort af Kommissionen den 11. juni 1998 (herefter »rækkesystemet«), en række rammekontrakter med henblik på levering af eksterne tjenesteydelser vedrørende informationssystemer. Den samlede kontrakt blev opdelt

i ni partier, heriblandt parti 4, som vedrørte levering af eksterne tjenesteydelser vedrørende datastyringsapplikationer og informationssystemer (herefter »parti ESP 4«) og parti 5, som vedrørte levering af eksterne tjenesteydelser vedrørende internet- og intranetapplikationer (herefter »parti ESP 5«).

- 3 Den 5. november 2001 indgik Kommissionen en rammekontrakt med referencenummer DI-02432-00 med den kontrahent, der var valgt som den første i rækken til parti ESP 5, nemlig et konsortium bestående af European Dynamics, IRIS SA, Datacep SA, Primesphere SA og Reggiani SpA (herefter »ESP 5-konsortiet«).
  
- 4 Den 16. oktober 2001 indgik Kommissionen en rammekontrakt med referencenummer DI-02432-00 med den kontrahent, der var valgt som den første i rækken til parti ESP 4, nemlig et konsortium bestående af Trasys SA og Cronos Luxembourg SA — nu Sword Technologies SA (herefter »ESP 4-konsortiet«).
  
- 5 Den 27. december 2003 iværksatte Kommissionen et udbud med referencenummer ADMIN/DI2/PO/2003/192 ESP-DIMA med henblik på »levering af on- and off-site it-tjenesteydelser vedrørende data-/informationsstyringssystemer i Europa-Kommissionen, herunder udvikling, vedligeholdelse og andre relaterede aktiviteter« (herefter »ESP-DIMA-udbuddet«).
  
- 6 Efter dette udbud foregik der mellem Kommissionens tjenestegrene og sagsøgeren en udveksling af korrespondance og drøftelser vedrørende sidstnævntes bekymring med hensyn til gennemførelsen af parti ESP 4 og parti ESP 5, idet sagsøgeren nærmere bestemt var af den opfattelse, at parti ESP 5 var blevet underudnyttet til fordel for parti ESP 4, og vedrørende de af sagsøgeren indgivne begæringer om annullation af udbudsprocedure ESP-DIMA.. Sagsøgeren fandt, at denne procedure var unødvendig, eftersom Kommissionen i stedet for at anvende ESP-DIMA-udbuddet til at erstatte parti ESP 4, hvis budgetloft var nået, burde have anvendt parti ESP 5.

7 For en nærmere redegørelse vedrørende de faktiske omstændigheder i sagen mellem Kommissionen og sagsøgeren med hensyn til nødvendigheden af ESP-DIMA-udbudet og gennemførelsen af parti ESP 4 og parti ESP 5 henvises til kendelse afsagt af Rettens præsident den 10. november 2004, sag T-303/04 R, European Dynamics mod Kommissionen, Sml. II, s. 3889 (herefter »kendelsen af 10. november«), hvori Retten forkastede den første begæring om foreløbige forholdsregler, der blev indgivet i sagen.

8 Den 20. februar 2004 indgav selskaberne European Dynamics, IRIS, Datacep og Reggiani (dvs. de selskaber, der udgør ESP 5-konsortiet, med undtagelse af selskabet Primesphere, herefter »ED-konsortiet«) et fælles bud som svar på ESP-DIMA-udbudet.

9 Den 2. juni 2004 tildelte Kommissionen ESP-DIMA-kontrakten. Den første tilslagsmodtager i rækken var et konsortium bestående af selskaberne Trasys og Sword Technologies samt af Intrasoft International SA og TXT SpA (dvs. ESP 4-konsortiet samt to yderligere partnere, herefter »ESP-DIMA-konsortiet«). ED-konsortiet blev valgt som den anden kontrahent i rækken, efterfulgt af andre tilbudsgivere på tredje- og fjerdepladsen i rækken.

10 Disse resultater blev meddelt alle tilbudsgivere, herunder ED-konsortiet, ved skrivelse af 4. juni (herefter »tildelingsbeslutningen«).

11 Ved fax af 8. juni 2004 anmodede European Dynamics om yderligere oplysninger vedrørende tildelingsbeslutningen. Kommissionen svarede ved skrivelse af 9. juni 2004, hvori den fremkom med nærmere oplysninger vedrørende resultaterne af den tekniske bedømmelse med hensyn til hvert af de relevante kriterier.

- 12 Ved skrivelse af 14. juli 2004 (herefter »svarskrivelsen«) besvarede Kommissionen de af European Dynamics i ovennævnte skrivelser rejste punkter og afviste at fremsende en kopi af bedømmelsesrapporten til selskabet, idet den præciserede, at dette ville indebære en fremsendelse af fortrolige forretningsmæssige oplysninger vedrørende andre tilbudsgivere. Hvad angik den rejste tvivl med hensyn til nødvendigheden af at iværksætte ESP-DIMA-udbuddet og forslaget om at bruge parti ESP 5 til levering af tjenesteydelser henhørende under parti ESP 4 påpegede Kommissionen, at GD Informatik i en skrivelse af 30. januar 2004 havde anført, at det, eftersom de to partier repræsenterede særskilte og yderst forskellige kontrakter, ikke var muligt at skifte fra det ene til det andet alene af den grund, at et parti endnu ikke havde nået budgetloftet. At iværksætte et udbud for det parti, hvis budgetloft ikke længere kunne forhøjes, var følgelig det eneste passende middel og var i overensstemmelse med Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 af 25. juni 2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget (EFT L 248, s. 1).
- 13 Den 15. juli 2004 fremsendte Kommissionen kontrakterne i henhold til tildelingsbeslutningen samtidigt til de fire valgte konsortier, herunder ED-konsortiet i dets egenskab af anden kontrahent (rammekontrakt DIGIT-04551-00) og oplyste, at kontrakterne skulle returneres til Kommissionen i underskrevet stand inden den 30. juli 2004.
- 14 Ved stævning registreret på Rettens Justitskontor den 29. juli 2004 anlagde sagsøgeren i henhold til artikel 230, stk. 4, EF sag med påstand dels om annullation af udbudsprocedure ESP-DIMA, dvs. af udbudsbekendtgørelse 2003/S249-221337 ESP-DIMA og af ESP-DIMA-udbuddet, dels om annullation af Kommissionens beslutninger vedrørende den rækkefølge, hvori buddene blev klassificeret, dvs. af tildelingsbeslutningen og af svarskrivelsen.
- 15 Ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor samme dag indgav sagsøgeren i henhold til artikel 76a i Rettens procesreglement en begæring om, at Retten træffer afgørelse efter en hasteprocedure.

- 16 Ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor samme dag indgav sagsøgeren en begæring om foreløbige forholdsregler med anmodning om, at gennemførelsen af tildelingsbeslutningen og svarskrivelsen blev udsat, således at ESP-DIMA-konsortiets indgåelse af kontrakten blev forhindret, indtil Retten havde truffet afgørelse vedrørende hovedsagen (herefter »den første begæring«).
- 17 Den 30. juli 2004 modtog Kommissionen den underskrevne kontrakt fra ED-konsortiet. Nogle fuldmagter, som manglede, blev fremsendt til Kommissionen den 4. august 2004. På dette tidspunkt var Kommissionen i besiddelse af alle de af samtlige kontrahenter underskrevne originale eksemplarer af kontrakterne vedrørende ESP-DIMA-kontrakten.
- 18 Eftersom sagsøgeren imidlertid havde indgivet en begæring om foreløbige forholdsregler med påstand om, at gennemførelsen af tildelingsbeslutningen blev udsat, besluttede Kommissionen den 4. august 2004 at udsætte underskrivelsen af de fire kontrakter vedrørende ESP-DIMA-udbuddet.
- 19 Kommissionen indleverede som følge af den første begæring sine bemærkninger den 26. august 2004. Sagsøgeren og Kommissionen fik mulighed for at indlevere et yderligere sæt processkrifter og indleverede deres bemærkninger henholdsvis den 23. september og den 15. oktober 2004.
- 20 Sagsøgeren anmodede i sine bemærkninger af 23. september 2004 om, at det blev pålagt Kommissionen at fremlægge en række dokumenter, nemlig indkaldelserne af tilbud og statistikkerne vedrørende gennemførelsen af parti ESP 4 (herefter »de omhandlede dokumenter«).

- 21 Den 2. november 2004 fremsendte sagsøgeren en skrivelse til Rettens Justitskontor, hvori selskabet fremsatte en række supplerende bemærkninger til Kommissionens bemærkninger af 15. oktober 2004 og anmodede Rettens præsident om at tage hensyn hertil ved sin bedømmelse. Sagsøgeren anførte navnlig, at de to rapporter vedlagt Kommissionens bemærkninger af 15. oktober 2004, hvoraf den ene hidrørte fra EuroDB og dateret den 22. marts 2004, og den anden fra Dun & Bradstreet og dateret den 26. juli 2004, vedrørende selskabets økonomiske situation, var »forkerte og forældede«. Skrivelsen blev godkendt som et bilag til sagen og blev forkyndt for Kommissionen i henhold til procesreglementets artikel 105, stk. 1.
- 22 Ved skrivelse af 9. november 2004 meddelte Rettens Justitskontor sagsøgeren, at Retten havde besluttet ikke at imødekomme sagsøgerens begæring om, at Retten træffer afgørelse efter en hasteprocedure.
- 23 Ved kendelse af 10. november forkastede Rettens præsident den første begæring med den begrundelse, at de af sagsøgeren fremførte beviser ikke gjorde det muligt i tilstrækkelig grad at godtgøre, at selskabet uden anordning af de begærede foreløbige forholdsregler ville lide et alvorligt og uopretteligt tab, og at selskabet følgelig ikke havde godtgjort, at betingelsen om uopsættelighed var opfyldt, således at begæringen om foreløbige forholdsregler måtte forkastes, uden at det var nødvendigt at tage stilling til, om denne kunne antages til realitetsbehandling eller at undersøge, om de øvrige betingelser for anordning af foreløbige forholdsregler var opfyldt.
- 24 Ved samme kendelse afviste Rettens præsident ligeledes sagsøgerens anmodning vedrørende de omhandlede dokumenter, idet Retten fandt, at de ikke havde interesse for undersøgelsen af begæringen om foreløbige forholdsregler, og at det følgelig var uforholdsmæssigt at træffe de af sagsøgeren begærede foranstaltninger vedrørende de omhandlede dokumenter.

25 Den 18. november 2004 indgik Kommissionen kontrakten med ESP-DIMA-konsortiet.

26 Det er under disse omstændigheder, at sagsøgeren ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor den 22. november 2004 har indgivet nærværende begæring om foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 242 EF og procesreglementets artikel 104, 108 og 109, hvori selskabet har nedlagt påstand om udsættelse af gennemførelsen af tildelingsbeslutningen og af svarskrivelsen. Sagsøgeren har gentaget sin anmodning om, at Rettens præsident pålægger Kommissionen at fremlægge de omhandlede dokumenter.

27 Den 1. december 2004 har Kommissionen indleveret sine bemærkninger til nærværende begæring. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Rettens præsident afviser begæringen, subsidiært at denne ikke tages til følge. Hvad angår anmodningen om fremlæggelse af de omhandlede dokumenter har Kommissionen nedlagt påstand om, at denne afvises med den begrundelse, at sagsøgeren ikke har fremlagt oplysninger, som godtgør, at disse dokumenter er relevante for nærværende sag.

## Retlige bemærkninger

### *Om begæringen om foreløbige forholdsregler*

28 I medfør af artikel 242 EF og 243 EF, jf. artikel 225, stk. 1, EF, kan Retten, hvis den skønner, at forholdene kræver det, udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt eller foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler.

- 29 Artikel 104, stk. 2, i Rettens procesreglement bestemmer, at begæringer om foreløbige forholdsregler skal angive søgsmålets genstand, de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, samt de faktiske og retlige grunde til, at den begærede foreløbige forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget (*fumus boni juris*). Disse betingelser er kumulative, således at der ikke kan anordnes foreløbige forholdsregler, når en af dem ikke er opfyldt (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 14.10.1996, sag C-268/96 P(R), SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. I, s. 4971, præmis 30). Retten kan endvidere i givet fald foretage en interesseafvejning (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 29.6.1999, sag C-107/99 R, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4011, præmis 59).
- 30 De begærede forholdsregler skal endvidere være foreløbige, dvs. ikke foregribe retlige eller faktiske tvistepunkter og ikke på forhånd ophæve virkningerne af den afgørelse, der senere skal træffes i hovedsagen (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 19.7.1995, sag C-149/95 P(R), Kommissionen mod Atlantic Container Line mfl., Sml. I, s. 2165, præmis 22).
- 31 I forbindelse med denne samlede vurdering råder Fællesskabets retsinstanter i sager om foreløbige forholdsregler desuden over et vidt skøn og kan frit under hensyn til sagens særegenheder afgøre, hvorledes disse forskellige betingelser skal efterprøves samt rækkefølgen for denne undersøgelse, når ingen fællesskabsretlig bestemmelse pålægger dem at anvende et forud fastsat skema for vurderingen af nødvendigheden af at træffe foreløbig afgørelse (kendelsen i sagen Kommissionen mod Atlantic Container Line mfl., præmis 23).
- 32 I procesreglementets artikel 109 bestemmes, at »[t]ages en begæring om foreløbige forholdsregler ikke til følge, er den part, der har fremsat den, ikke afskåret fra at fremsætte en ny begæring støttet på nye faktiske omstændigheder«.
- 33 Retten har under hensyn til sagens akter fundet, at den er i besiddelse af alle de nødvendige oplysninger for at kunne træffe afgørelse om den foreliggende begæring om foreløbige forholdsregler, uden at det forinden er nødvendigt at høre parternes mundtlige bemærkninger.

## Parternes argumenter

- 34 Sagsøgeren har anmodet Rettens præsident om at imødekomme selskabets begæring, eftersom den i selskabets første begæring anførte argumentation støttes af nye faktiske omstændigheder.
- 35 Sagsøgeren har anført, at kendelsen af 10. november 2004 er baseret på fejlagtige oplysninger, bl.a. henset til de urigtige oplysninger, der er indeholdt i de to rapporter fra EuroDB og Dun & Bradstreet af henholdsvis 22. marts og 26. juli 2004 (herefter »de tidligere rapporter«), som blev fremlagt af Kommissionen i forbindelse med proceduren vedrørende den første begæring, til trods for at Kommissionen var i besiddelse af korrigerede udgaver af nævnte rapporter og ikke underrettede Retten herom.
- 36 Med hensyn til Kommissionens adfærd har sagsøgeren mere generelt anført, at Kommissionen fører en »skjult krig«, som giver sig udslag i, at selskabet er blevet »sortlistet« som tilbudsgiver i Kommissionens udbud. Sagsøgeren har herved anført, at de beløb, Kommissionen har betalt for partierne 2, 4 og 7 i ESP-kontrakterne, viser, at alle de partier, der er kontrolleret af konsortier, der omfatter Trasys SA eller Sword Technologies SA (begge medlemmer af ESP 4-konsortiet), udviser unormalt høje forbrugsniveauer. Ifølge sagsøgeren kan disse unormalt høje forbrugsniveauer fremgå af de indkaldelser af tilbud, som Kommissionen har fremsat i forbindelse med ESP-udbudet, og som selskabet begærer offentliggjort.
- 37 Sagsøgeren har endelig anført, at gennemførelsen af ESP-DIMA-kontrakten reelt indebærer afslutningen på parti ESP 5, eftersom ESP-DIMA-kontrakten afløser parti ESP 4, som Kommissionen ifølge sagsøgeren har brugt ukorrekt til skade for parti ESP 5.

- 38 Sagsøgeren har henset til denne faktiske situation og til selskabets aktuelle økonomiske situation anført, at selskabet vil lide et uopretteligt tab, såfremt de begærede foreløbige forholdsregler ikke anordnes.
- 39 Sagsøgeren er navnlig af den opfattelse, at kendelsen af 10. november bl.a. er baseret på urigtige oplysninger vedrørende selskabets økonomiske situation, nemlig at selskabet har et stort antal kunder, heriblandt EU-institutionerne, nationale offentlige institutioner og internationale virksomheder, og at selskabets økonomiske situation er klassificeret som »god« med positive karakterer for omsætning, rentabilitet og samlede aktiver (præmis 79 i kendelsen af 10. november).
- 40 Sagsøgeren har anført, at de nye versioner af rapporterne, dvs. en rapport fra Dun & Bradstreet af 2. november 2004 og en rapport fra EuroDB, som er vedlagt nærværende begæring (herefter »de nye rapporter«), viser, at selskabets årlige omsætning ifølge tal opgjort i december 2003 er faldet fra 16 mio. EUR i 2001 til 14 mio. EUR i 2002 og til 10 mio. EUR i 2003. De nye rapporter viser i øvrigt, at adskillige af de selskaber, der er nævnt i de tidligere rapporter, ikke længere regnes blandt sagsøgerens leverandører eller kunder. Selskabet har herved påpeget, at dets kundeantal er faldet fra 200 til 15, at det ikke er involveret i »store projekter« bortset fra dem, der vedrører Kommissionen, såsom ESEM, parti ESP 5 og rammekontrakterne for GD »Budget«, og at det ikke ejer fast ejendom.
- 41 Sagsøgeren har desuden anført, at den måde, hvorpå Kommissionen har gennemført parti ESP 5 og de andre kontrakter, der er indgået med selskabet, medfører, at selskabet må afskedige 30 % af de ansatte inden årets udgang.
- 42 Sagsøgeren har med hensyn til faldet i selskabets indtægter og afskedigelsen af ansatte i tilknytning til den ukorrekte gennemførelse af parti ESP 5 anført, at

konsekvenserne af dette indtægtsfald ikke let vil kunne overvindes, medmindre selskabets økonomiske situation forbedres. Under alle omstændigheder vil det lidte tab, som ikke kun er økonomisk, være uopretteligt. Dette følger af omfanget af det pågældende tab, af de betydelige omkostninger, sagsøgeren har haft med henblik på at levere tjenesteydelserne i parti ESP 5 samt af den omstændighed, at dette parti udgør størstedelen af selskabets projekter og af dets budget, som er faldet.

- 43 Kommissionen har på det bestemteste afvist sagsøgerens påstande vedrørende institutionens partiske holdning og påstandene om, at Kommissionen bevidst har påberåbt sig fejlagtige oplysninger som beviser i forbindelse med den første begæring. Ifølge Kommissionen er disse påstande, som er yderst alvorlige og kunne betragtes som injurier, fuldstændigt grundløse og ukorrekte. Kommissionen har især kraftigt anfægtet, at den var i besiddelse af de nye rapporter, da den fremlagde de tidligere rapporter for Retten. Kommissionen modtog rent faktisk først de nye rapporter, da nærværende begæring blev forkyndt for institutionen den 24. november 2004. Det vil for sagsøgerens vedkommende være absurd at hævde, at de tidligere rapporter indeholder ukorrekte eller forældede oplysninger, for så vidt som de var baseret på samtaler med repræsentanter for sagsøgeren, og for så vidt som de blev fremlagt som bevis på sidstnævntes økonomiske kapacitet i forbindelse med ESP-DIMA-udbuddet.
- 44 Ifølge Kommissionen er det åbenbart, at nærværende begæring bør afvises.
- 45 For det første er begæringen formålsløs, eftersom sagsøgeren ikke forsøger at opnå en udsættelse af gennemførelsen af den med ESP-DIMA-konsortiet indgåede kontrakt.
- 46 For det andet må nærværende begæring reelt betragtes som et søgsmål til prøvelse af kendelsen af 10. november og ikke som en ny begæring om foreløbige forholdsregler.

- 47 For det tredje opfylder begæringen ikke betingelserne i procesreglementets artikel 104, for så vidt som den ikke opfylder betingelserne om anordning af foreløbige forholdsregler, nemlig uopsættelighed, *fumus boni juris* og en interesseafvejning, som falder ud til sagsøgerens fordel.
- 48 For det fjerde foreligger der, skønt begæringen er baseret på procesreglementets artikel 108 og 109, ikke nye faktiske omstændigheder eller ændrede forhold som omhandlet i disse bestemmelser, der kunne begrunde, at denne antages til realitetsbehandling. Kommissionen har bemærket, at de nye rapporter ikke udgør »nye faktiske omstændigheder« eller »ændrede forhold« som omhandlet i procesreglementets artikel 108 og 109. Såfremt dette var tilfældet og for så vidt som disse rapporter blev udfærdiget »hurtigt«, dvs. efter anmodning fra kunden, ville parterne kunne genåbne procedurerne ved blot at anmode om udfærdigelse af nye rapporter af denne type.
- 49 Kommissionen har påpeget, at rapporterne under alle omstændigheder ikke kan udgøre nye faktiske omstændigheder, for så vidt som de ikke er udfærdiget efter kendelsen af 10. november (rapporten fra Dun & Bradstreet er dateret den 2. november 2004 og rapporten fra EuroDB er ikke dateret), for så vidt som de er baseret på økonomiske data opgjort ultimo 2003 og for så vidt som de under alle omstændigheder ikke indeholder nye faktiske oplysninger, som vil kunne ændre den bedømmelse af uopsætteligheden, som Rettens præsident har foretaget i kendelsen af 10. november. Kommissionen har anført, at de nye rapporter derimod ligeledes viser, at sagsøgerens økonomiske situation ikke kan true selskabets eksistens. Den omstændighed, at de nye faktiske omstændigheder viser en nedgang i antallet af kunder, ændrer ikke ved, at sagsøgeren fortsat har mange kunder, således som selskabet oplyser på sin website. Endelig modsiges sagsøgerens påstand vedrørende opsigelsen af ansatte direkte af den omstændighed, at det af selskabets website fremgår, at selskabet aktivt søger at ansætte et stort antal personer, bl.a. til at »arbejde på Europa-Kommissionens seneste projekter«.

50 Kommissionen er subsidiært af den opfattelse, at de ovenfor anførte faktiske omstændigheder, såfremt Retten måtte finde, at begæringen bør fremmes til realitetsbehandling, klart viser, at der ikke foreligger uopsættelighed, således som Rettens præsident med føje fastslog i kendelsen af 10. november.

51 Kommissionen har endelig anført, at interesseafvejningen klart falder ud til Kommissionens fordel, for så vidt som en udsættelse af gennemførelsen vil berøre interesserne for de øvrige tilbudsgivere, med hvem Kommissionen har indgået kontrakter.

#### Rettens bemærkninger

52 Det bemærkes for det første, at sagsøgeren i den foreliggende begæring, som udgør en ny begæring om foreløbige forholdsregler i forbindelse med den samme hovedsag som den første begæring, har påberåbt sig procesreglementets artikel 108 og 109 og forsøger at opnå foreløbige forholdsregler, som er identiske med dem, sagsøgeren nedlagde påstand om i den første begæring, nemlig en udsættelse af gennemførelsen af tildelingsbeslutningen og af svarskrivelsen.

53 Den første begæring blev imidlertid forkastet ved kendelsen af 10. november.

54 For så vidt som sagsøgeren i den foreliggende sag har påberåbt sig procesreglementets artikel 108 uden at angive grundene hertil, bemærkes, at en kendelse om foreløbige forholdsregler ifølge denne bestemmelse efter begæring fra en af parterne til enhver tid kan ændres eller ophæves på grund af ændrede forhold. Bestemmelsen finder imidlertid anvendelse i tilfælde, hvor en kendelse har foreskrevet foreløbige forholdsregler. Den finder ikke anvendelse i tilfælde, hvor en begæring om foreløbige forholdsregler ikke er blevet taget til følge, idet disse tilfælde er omfattet af procesreglementets artikel 109 (jf. i denne retning Domstolens kendelse af 14.2.2002, sag C-440/01 P(R), Kommissionen mod Artedogan, Sml. I, s. 1489, præmis 62-64).

- 55 I procesreglementets artikel 109 bestemmes, at »[t]ages en begæring om en foreløbig forholdsregel ikke til følge, er den part, der har fremsat den, ikke afskåret fra at fremsætte en ny begæring støttet på nye faktiske forhold«.
- 56 Eftersom den første begæring ikke blev taget til følge og nærværende begæring er baseret på, at der angiveligt foreligger nye faktiske omstændigheder, kan den kun antages til realitetsbehandling, såfremt betingelserne i procesreglementets artikel 109 er opfyldte (jf. i denne retning kendelse afsagt af Rettens præsident den 8.10.2001, sag T-236/00 R II, Stauner mfl. mod Parlamentet og Kommissionen, Sml. II, s. 2943, præmis 46).
- 57 Det påhviler sagsøgeren at godtgøre, at de betingelser for indgivelse af en supplerende begæring, som er fastsat ved procesreglementets artikel 109, er opfyldt.
- 58 Sagsøgeren har imidlertid ikke godtgjort, at disse betingelser er opfyldt i det foreliggende tilfælde.
- 59 Det bemærkes indledningsvis, at sagsøgeren ikke har forsøgt klart at godtgøre, hvorledes de i nærværende begæring påberåbte faktiske omstændigheder skal anses for at være »nye faktiske omstændigheder« i procesreglementets artikel 109's forstand.
- 60 Ved »nye faktiske omstændigheder« som omhandlet i procesreglementets artikel 109 forstås faktiske omstændigheder, som forekommer efter afsigelsen af den kendelse, der forkaster den første begæring om foreløbige forholdsregler, eller som sagsøgeren ikke har kunnet gøre gældende i sin første begæring eller under den procedure, der udmundede i den første kendelse, og som er relevante med henblik på at bedømme det pågældende tilfælde (jf. i denne retning kendelsen i sagen Stauner mfl. mod

Parlamentet og Kommissionen, præmis 49, jf. analogt hvad angår begrebet »ændrede forhold« som omhandlet i procesreglementets artikel 108 kendelsen i sagen Kommissionen mod Artegodan, præmis 63 og 64, kendelse afsagt af Rettens præsident den 4.4.2002, sag T-198/01 R, Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen, Sml. II, s. 2153, præmis 123; og den 21.1.2004, sag T-245/03 R, FNSEA mfl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 271, præmis 29).

- 61 Ingen af de forhold, som sagsøgeren har påberåbt sig i den foreliggende begæring, kan anses for at være en ny faktisk omstændighed som omhandlet i procesreglementets artikel 109.
- 62 Sagsøgeren har nærmere bestemt baseret sig på de nye rapporter og har i øvrigt gentaget visse argumenter, der allerede er fremført i den første begæring, med hensyn til betydningen af parti ESP 5 for samtlige selskabets aktiviteter og budget samt de virkninger, som den angiveligt ukorrekte gennemførelse af parti ESP 5 kan få for selskabets aktiviteter, personale og budget.
- 63 Argumenterne i nærværende begærings punkt 3 vedrørende sagsøgerens indtægtsnedgang fra 16 mio. EUR i 2001 til 10 mio. EUR i 2003 figurerede allerede i den første begæring og blev i kendelsen af 10. november udtrykkeligt anset for ikke at udgøre et bevis for påstanden om, at sagsøgerens eksistens kunne være truet (præmis 51, 75 og 76). Bortset fra, at sagsøgeren — ligesom i den første begæring — end ikke forsøger at godtgøre, hvordan en sådan indtægtsnedgang ville kunne true selskabets eksistens, kan de økonomiske oplysninger fra 2003, som allerede blev fremlagt i den første begæring, åbenbart ikke udgøre nye faktiske omstændigheder som omhandlet i procesreglementets artikel 109.

- 64 Disse betragtninger gælder ligeledes med hensyn til argumenterne i punkt 3, 5 og 6 i den foreliggende begæring vedrørende gennemførelsen af parti ESP 5 og de konsekvenser, som denne kunne have for sagsøgerens aktiviteter, personale og budget, navnlig hvad angår muligheden for afskedigelse af et stort antal medarbejdere hos sagsøgeren. Disse argumenter viser ikke, at der foreligger nye faktiske omstændigheder. De blev nemlig allerede fremført i den første begæring og de blev udtrykkeligt forkastet i kendelsen af 10. november (præmis 49-52 og 81).
- 65 Oplysningerne i nærværende begæring punkt 4 er ikke relevante for bedømmelsen af betingelsen om uopsættelighed og de kan derfor ikke rejse tvivl med hensyn til de i kendelsen af 10. november udledte konklusioner. Under alle omstændigheder vedrører disse oplysninger tidligere forbrugsniveauer for forskellige partier i ESP-kontrakterne. Sagsøgeren har ikke påstået og sagen viser ikke, at disse oplysninger indebærer nye faktiske omstændigheder, som er fremkommet efter kendelsen af 10. november eller som sagsøgeren ikke har kunnet påberåbe sig under den procedure, som udmundede i denne kendelse. De kan derfor ikke udgøre nye faktiske omstændigheder som omhandlet i procesreglementets artikel 109.
- 66 Hvad angår de nye rapporter, som er vedlagt nærværende begæring, har sagsøgeren anført, at de viser, at selskabets økonomiske situation var værre end anført i de tidligere rapporter, navnlig at selskabets indtægter faldt frem til 2003, at den liste over selskabets kunder og leverandører, der var indeholdt i de tidligere rapporter, var fejlagtig, og at selskabet ikke ejede fast ejendom.
- 67 Som Kommissionen imidlertid med rette har påpeget i sine bemærkninger, kan de nye rapporter hverken anses for »nye faktiske omstændigheder« i procesreglementets artikel 109's forstand, eller endog for ændrede forhold.

68 Det bemærkes for det første, at rapporterne ikke er nye, eftersom sagsøgeren kunne have påberåbt dem under den procedure, der førte til kendelsen af 10. november. Rapporten fra Dun & Bradstreet af 2. november 2004 er udarbejdet før kendelsen af 10. november, mens rapporten fra EuroDB ikke er dateret. Disse to rapporter er i øvrigt baseret på data forud for 10. november, navnlig på møder med medlemmer af sagsøgerens direktion, som foregik den 1. november 2004 (rapporten fra Dun & Bradstreet, s. 2) og på økonomiske oplysninger, som viste selskabets situation ultimo 2003 (rapporten fra Dun & Bradstreet, s. 4, og rapporten fra EuroDB, s. 3). Sagsøgeren var derfor i stand til at påberåbe sig de nye rapporter, da selskabet tilskrev Retten den 2. november 2004. Det bemærkes, at Retten på sagsøgerens anmodning har taget hensyn til selskabets skrivelse af 2. november 2004.

69 For det andet indeholder de nye rapporter ikke oplysninger, som sagsøgeren ikke har kunnet påberåbe sig under den procedure, der mandede ud i kendelsen af 10. november. Økonomiske rapporter såsom de omhandlede rapporter undersøger blot selskabets økonomiske situation på grundlag af de oplysninger, der er indhentet af rapporternes ophavsmænd. De kan udgøre et supplerende bevis for sagsøgerens økonomiske situation, men de ændrer ikke de reelle faktiske omstændigheder, der indgår i denne situation. Som Kommissionen med rette har påpeget i sine bemærkninger, forholder det sig således, at såfremt den blotte eksistens af disse rapporter (i modsætning til den reelle økonomiske situation, som disse undersøger), som er udarbejdet »hurtigt« på anmodning fra en klient, og som i vidt omfang er baseret på oplysninger leveret af denne klient, blev anset for at være en »ny faktisk omstændighed« som omhandlet i procesreglementets artikel 109, ville en part have mulighed for i det uendelige at påberåbe sig nye faktiske omstændigheder ved blot at bestille en ny rapport, uden at hans økonomiske situation reelt havde ændret sig.

70 Sagsøgeren var i denne forbindelse fuldt ud i stand til at fremlægge oplysninger vedrørende den faktiske tilstand med hensyn til selskabets egen økonomiske situation i forbindelse med selskabets første begæring eller i forbindelse med selskabets svar på Kommissionens bemærkninger vedrørende denne første begæring. Sagsøgeren havde ikke behov for eksterne økonomiske rapporter for at

bevise, at selskabet havde et vist antal kunder eller at det ikke ejede fast ejendom. For så vidt som de omhandlede rapporter kunne indhentes hurtigt på anmodning fra en klient, kan det endvidere ikke antages, at sagsøgeren ikke var i stand til at påberåbe sig ajourførte rapporter til støtte for de påstande om uopsættelighed, som er anført i den første begæring.

- 71 Som anført i kendelsen af 10. november er sagsøgeren imidlertid ikke i selskabets første begæring fremkommet med oplysninger til støtte for argumentet om, at selskabets økonomiske situation uden de begærede foreløbige forholdsregler vil være sådan, at dets eksistens vil være truet. Den blotte eksistens af de nye rapporter ændrer ikke sagsøgerens økonomiske situation på tidspunktet for indleveringen af selskabets første begæring eller på tidspunktet for afsigelsen af kendelsen af 10. november. Det er vanskeligt i denne forbindelse at forestille sig, at sagsøgerens økonomiske situation har ændret sig væsentligt i den korte periode på to uger mellem tidspunktet for kendelsen af 10. november og det tidspunkt, hvor nærværende begæring om foreløbige forholdsregler blev indleveret, eller endog i perioden efter den første begæring. Sagsøgeren har i øvrigt ikke hævdet, at dette er tilfældet.
- 72 På baggrund af det foregående må det konkluderes, at de nye rapporter ikke kan anses for nye faktiske omstændigheder i procesreglementets artikel 109's forstand.
- 73 Det bemærkes i øvrigt, at en undersøgelse af indholdet af de to rapporter, der som nævnt vurderer sagsøgerens økonomiske situation på et tidspunkt forud for den 10. november 2004, under alle omstændigheder viser, at den samlede vurdering af selskabets økonomiske situation ikke er grundlæggende forskellig fra den vurdering, der er beskrevet i de tidligere rapporter. Rapporterne kan derfor ikke rejse tvivl om de konklusioner, der udledes i kendelsen af 10. november, hvorefter sagsøgeren ikke har godtgjort, at selskabet uden de begærede foreløbige forholdsregler ville befinde sig i en situation, der kunne true selve selskabets eksistens eller ændre dets markedsposition på uoprettelig vis (præmis 73 i kendelsen af 10. november).

74 Som Kommissionen med rette har påpeget i sine bemærkninger, betegner rapporten fra Dun & Bradstreet af 26. juli 2004 og den nye rapport fra samme firma af 2. november 2004 sagsøgerens generelle økonomiske situation i identiske vurderinger som værende »ret god« (fair) med en økonomisk bedømmelse på »2A3«. Den tidligere rapport fra EuroDB betegnede sagsøgerens økonomiske situation som »god« (good), mens den nye rapport fra dette firma ikke indeholder nogen beskrivelse af denne art. Den nye rapport fra Dun & Bradstreet af 2. november 2004 tilføjer, at sagsøgeren »kan karakteriseres som selvfinansieret i tilstrækkelig grad«. Rapportens indhold ændrer heller ikke ved den opfattelse, der er anført i kendelsen af 10. november, hvorefter sagsøgeren har et stort antal kunder og deltager i forskellige projekter. Selv om de nye rapporter henviser til et mindre antal kunder, oplyser disse, at sagsøgeren har en portefølje på 27 kunder (den nye rapport fra Dun & Bradstreet, s. 3), som omfatter store kunder som Kommissionen, De Europæiske Fællesskabers Statistiske Kontor (Eurostat), Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer og Det Europæiske Center for Udvikling af Erhvervsuddannelse (Cedefop) (rapporten fra EuroDB, s. 2). Sagsøgeren erkender selv, at selskabet fortsat deltager i store projekter for Kommissionen. Som Kommissionen har påpeget i sine bemærkninger, bekræftes disse faktiske omstændigheder af sagsøgerens egen website.

75 Endelig bemærkes ligeledes, at hverken eksistensen eller indholdet af de nye rapporter under nogen omstændigheder kan påvirke konklusionerne i kendelsen af 10. november.

76 Eksistensen af de nye rapporter kan ikke rejse tvivl vedrørende betragtningen i kendelsen af 10. november, hvorefter sagsøgeren ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, at det påståede tab vil følge af de omtvistede retsakter, eller at dette tab vil kunne anses for værende alvorligt og uopretteligt i den forstand, hvori disse udtryk er anvendt i Rettens praksis (jf. i denne retning kendelse afsagt af Rettens præsident den 20.7.2000, sag T-169/00 R, Esedra mod Kommissionen, Sml. II, s. 2951, præmis 43, og af 27.7.2004, sag T-148/04 R, TQ3 Travel Solutions Belgium mod Kommissionen, Sml. II, s. 3027, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis). Denne kendelse var ikke baseret på indholdet af de tidligere rapporter, men først og fremmest især på den omstændighed, at sagsøgeren ikke har godtgjort eksistensen af en årsagsforbindelse mellem det påståede tab og de retsakter, hvis gennemførelse var

begæret udsat (præmis 66-70 i kendelsen af 10. november), og dernæst på den omstændighed, at sagsøgeren ikke har tilvejebragt oplysninger om selskabets økonomiske situation, der kunne give Retten grundlag for at fastslå, at selskabets eksistens er truet, indtil Retten træffer afgørelse i hovedsagen (præmis 75 og 76), eller fremlagt beviser for, at selskabets stilling på markedet vil ændres uopretteligt (præmis 81).

- 77 På baggrund af det foregående finder Retten ikke, at det med nærværende begæring er påvist, at der foreligger nye faktiske omstændigheder som omhandlet i procesreglementets artikel 109 eller under alle omstændigheder faktiske omstændigheder, der kan stille spørgsmålstejn ved de betragtninger, som er anført i kendelsen af 10. november.
- 78 Heraf følger, at den foreliggende begæring i mangel af nye faktiske omstændigheder ikke kan tages til følge.

*Om begæringen om bevisoptagelse med henblik på Kommissionens fremlæggelse af dokumenter*

#### Parternes argumenter

- 79 Sagsøgeren har gentaget den begæring, som selskabet fremsatte i dets bemærkninger af 23. september 2004 i forbindelse med den første begæring, nemlig at Rettens præsident pålægger Kommissionen at fremlægge de omhandlede dokumenter med den begrundelse, at disse vil kunne vise, at gennemførelsen af parti ESP 4 og parti ESP 5 var ulovlig og partisk til fordel for ESP 4-konsortiet, således at en tilvejebringelse af disse følgelig vil være af væsentlig betydning for overholdelsen af sagsøgerens ret til kontradiktion, en støtte for Retten og endog af afgørende betydning for Rettens afgørelse.

80 Kommissionen er af den opfattelse, at begæringen om bevisoptagelse bør forkastes med den begrundelse, at sagsøgeren i modsætning til de i Domstolens retspraksis indeholdte krav på ingen måde har godtgjort hensigtsmæssigheden af at fremlægge de omhandlede dokumenter.

### Rettens bemærkninger

81 Som allerede anført i kendelsen af 10. november kan sagsøgerens begæring om fremlæggelse af de pågældende dokumenter kun betragtes som en begæring om bevisoptagelse eller en begæring om, at der træffes foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse.

82 Ifølge procesreglementets artikel 105, stk. 2, afgør Rettens præsident, om der skal foranstaltes bevisoptagelse. Procesreglementets artikel 65 præciserer, at bevisoptagelsen bl.a. omfatter fremlæggelse af dokumenter. Procesreglementets artikel 64 giver Retten hjemmel til at træffe bestemmelse om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, herunder bl.a. fremlæggelse af dokumenter eller aktstykker vedrørende sagen.

83 Eftersom begæringen om foreløbige forholdsregler ikke kan tages til følge, da den ikke opfylder betingelserne i procesreglementets artikel 109, finder Retten ikke, at de omhandlede dokumenter er relevante for behandlingen af nærværende begæring om foreløbige forholdsregler, hvorfor det ikke er fornødent at vedtage de foranstaltninger, sagsøgeren har begæret fastsat vedrørende de omhandlede dokumenter.

På grundlag af disse præmisser

bestemmer

RETTENS PRÆSIDENT

- 1) **Begæringen om foreløbige forholdsregler tages ikke til følge.**
- 2) **Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.**

Således bestemt i Luxembourg den 22. december 2004.

H. Jung

Justitssekretær

B. Vesterdorf

Præsident