DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)
25. april 1996 *

I sag C-87/94,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent Hendrik van Lier, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøger,

mod

Kongeriget Belgien ved direktør Jan Devadder, Ministeriet for Udenrigsanliggender, Udenrigshandel og Udviklingssamarbejde, som befuldmægtiget, bistået af advokaterne Michel Waelbroeck og Denis Waelbroeck, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg på Den Belgiske Ambassade, 4, rue des Girondins,

sagsøgt,

angående en påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1), såvel som det ligebehandlingsprincip, som danner grundlag for alle regler om licitationsprocedurer vedrørende offentlige kontrakter, idet Kongeriget Belgien i forbindelse med en offentlig kontrakt udbudt af Société régionale wallonne du transport tog hensyn til ændringer,

* Processprog: fransk.

som blev foretaget i et af tilbuddene efter åbningen af disse, og idet det under licitationsproceduren anerkendte en tilbudsgiver, som ikke opfyldte kriterierne for udvælgelse i udbudsmaterialet, og idet det antog et tilbud, som ikke opfyldte kriterierne for tildeling af kontrakten i udbudsmaterialet,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, D.A.O. Edward (refererende dommer), og dommerne J.C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann, P. Jann og L. Sevón,

generaladvokat: C.O. Lenz
justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 13. juli 1995,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 12. september 1995,

afsagt følgende

Dom

Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 11. marts 1994 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af EF-traktatens artikel 169 anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt

transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1, herefter »direktivet«), såvel som det ligebehandlingsprincip, som danner grundlag for alle regler om licitationsprocedurer vedrørende offentlige kontrakter, idet det i forbindelse med en offentlig kontrakt udbudt af Société régionale wallonne du transport (herefter »SRWT«) tog hensyn til ændringer, som blev foretaget i et af tilbuddene efter åbningen af disse, og idet det under licitationsproceduren anerkendte en tilbudsgiver, som ikke opfyldte kriterierne for udvælgelse i udbudsmaterialet, og idet det antog et tilbud, som ikke opfyldte kriterierne for tildeling af kontrakten i udbudsmaterialet,

Direktivet

2 I direktivets toogtredivte og treogtredivte betragtning anføres først, at de regler, som de pågældende virksomheder skal anvende, bør danne grundlag for loyal handelspraksis og være så smidige som muligt, og derefter at der som modstykke til denne smidighed og for at fremme den gensidige tillid bør sikres et minimum af gennemsigtighed.

3 I direktivets artikel 2 anføres blandt de ordregivere, som direktivet gælder for, offentlige virksomheder, der driver et net til betjening af offentligheden inden for transport med bus. Det præciseres i bestemmelsens stk. 2, litra c), andet afsnit, at et sådant net anses for at bestå, hvis driften foregår på betingelser f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningens hyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

4 Ifølge direktivets artikel 4, stk. 1, skal ordregiverne, når de indgår indkøbskontrakter, anvende procedurer, der er tilpasset bestemmelserne i direktivet.

5 Ifølge direktivets artikel 4, stk. 2, skal ordregiverne drage omsorg for, at der ikke finder forskelsbehandling sted af leverandører eller entreprenører.

6 I direktivets artikel 27, stk. 2, bestemmes, at når tildelingen går til det økonomisk mest fordelagtige bud, »... skal ordregiverne i udbudsmaterialet eller i udbudsbekendtgørelsen anføre alle de kriterier, som de har til hensigt at lægge til grund ved tildelingen, så vidt muligt i prioriteret rækkefølge«.

7 Endelig bestemmes det i artikel 27, stk. 3:

»Hvor kriterierne for tildeling af kontrakten er det økonomisk mest fordelagtige bud, kan ordregiverne tage alternative bud i betragtning, som forelægges af en bydende, når disse alternative bud opfylder de mindstekrav, som ordregiverne stiller. Ordregiverne skal i udbudsmaterialet meddele, hvilke mindstekrav der skal overholdes i de alternative bud, og hvilke særlige krav der stilles i forbindelse med deres afgivelse. Hvis ordregiverne ikke vil modtage alternative bud, angives dette i udbudsmaterialet.«

8 Rådet og Kommissionen har afgivet en fælles erklæring til direktivets artikel 15 (EFT 1990 L 297, s. 48), der har følgende ordlyd:

»*Rådet og Kommissionen* erklærer, at fremgangsmåderne med offentligt eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, og der må navnlig ikke forhandles om priser; der må kun finde drøftelser sted med ansøgere eller bydende, når det sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af deres bud eller de ordregivende myndigheders krav, og i det omfang, dette ikke giver anledning til forskelsbehandling.«

De faktiske omstændigheder

9 SRWT, der har hjemsted i Namur (Belgien), har ved en udbudsbekendtgørelse, der blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 22. april 1993 (EFT S 78, s. 76), udskrevet et udbud ifølge fremgangsmåden med offentligt udbud med henblik på indgåelse af en offentlig indkøbsaftale om leverance af 307 standardkøretøjer. Aftalen, der er anslået til mere end 2 mia. BFR (eksklusive moms) og fordelt på otte leverancer, skulle gennemføres over en periode på tre år.

10 Udbudsmaterialet omfattede for det første udbudsmateriale af type nr. 1 (herefter »udbudsmaterialet«) og for det andet et særligt udbudsmateriale nr. 545 (herefter »det særlige udbudsmateriale«), hvori visse betingelser i udbudsmaterialet blev ændret.

11 Det fremgik af punkt 20.2 i det særlige udbudsmateriale, at kontrakten ville blive tildelt det økonomisk mest fordelagtige bud. Udvælgelsen af dette bud ville ske på grundlag af en bedømmelse af buddene i forhold til de kriterier for tildeling, som omhandles i punkt 59 i generaladvokatens forslag til afgørelse. Der er navnlig tale om en vurdering af bussernes grundpris, forhøjet med prisen for de alternative bud, der tages i betragtning, og dernæst justeret på grundlag af de fordele og ulemper, der følger af anvendelsen af ti tekniske vurderingskriterier (herefter »tekniske kriterier«).

12 SRWT har udtrykkeligt anmodet eventuelle tilbudsgivere om at fremsætte visse alternative bud med henblik på kontraktens finansielle struktur, såsom betaling i rater, finansiel leasing og leje af køretøjerne.

13 For så vidt angår de tekniske kriterier indeholder det særlige udbudsmateriale under hvert afsnit en formel, som giver SRWT adgang til i form af tillæg eller

fradrag, målt i »fiktive francs« at værdisætte visse karakteristika, afhængig af formlens variabler, ved de tilbudte busser. Denne værdi skal enten tillægges eller fratrækkes grundprisen.

14 Efter fremsendelsen af udbudsmaterialet til de virksomheder, der havde anmodet herom, har SRWT fremsendt tre berigtigelser, dateret henholdsvis 30. april, 5. maj og 28. maj 1993, som indeholdt visse rettelser og præciseringer til udbudsmaterialet. I den anden berigtigelse har SRWT tydeliggjort visse dele af udbudsmaterialet, som vedrørte det krævede antal siddepladser, det samlede antal pladser, som det var ønskeligt at opnå, gulvets maksimale højde og formlen for beregningen af et af de fiktive fradrag. I henhold til hver berigtigelse skulle tilbudsgiverne anføre tydeligt i deres tilbud, at de havde modtaget berigtigelserne, og at de havde taget hensyn hertil.

15 Den 7. juni 1993, der var fastsat som frist i udbudsbekendtgørelsen såvel for modtagelse af tilbud og som offentlig åbning heraf, var der afgivet tilbud af fem virksomheder, EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes-Belgium (Bruxelles), Berkhof (Roeselaere) og Jonckheere (Roeselaere).

16 I løbet af juni og juli 1993 foretog SRWT en bedømmelse af disse tilbud. I et notat, dateret den 24. august 1993, der blev udarbejdet til brug ved et bestyrelsesmøde den 2. september 1993, blev det anbefalet at tildele Jonckheere leverance nr. 1 og Van Hool leverancerne nr. 2-6.

17 Virksomheden EMI havde i mellemtiden nemlig den 3., 23. og 24. august 1993 fremsendt tre såkaldte »supplerende« meddelelser til ordregiveren, hvori virksomheden fremsatte bemærkninger til visse punkter i det oprindelige tilbud, navnlig vedrørende brændstofforbrug, intervaller for udskiftning af motor og gearkasse, samt visse oplysninger om den tekniske kvalitet af det tilbudte materiel.

18 Efter en gennemgang af disse tre meddelelser udarbejdede ordregivers tekniske tjeneste den 31. august 1993 et notat, hvoraf det fremgår, at EMI's supplerende meddelelser indeholdt ændringer af det oprindelige tilbud og derfor ikke kunne tages i betragtning. Indstillingerne om tildeling af kontrakter i det notat, der var udarbejdet med henblik på mødet den 2. september 1993, var derfor uændrede.

19 SRWT's bestyrelse fandt på mødet den 2. september 1993, at den ikke var i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at træffe en endelig beslutning. Navnlig ønskede bestyrelsen oplyst, om den kunne tage hensyn til EMI's tre supplerende meddelelser, og besluttede at anmode den vallonske transportminister om en juridisk udtalelse vedrørende dette spørgsmål.

20 Ved skrivelse af 14. september 1993 meddelte den vallonske transportminister, at det ikke ville medføre juridiske problemer at tage hensyn til EMI's tre supplerende meddelelser for så vidt angik hovedparten af de deri omtalte punkter. Han foreslog en fornyet gennemgang af sagen i lyset af disse bemærkninger.

21 Den 28. september 1993 anmodede SRWT EMI om at bekræfte oplysningerne om brændstofforbrug, der var indeholdt i meddelelsen af 24. august 1993, samt om intervallerne for udskiftninger af motor og gearkasse, som var anført i meddelelsen af 23. august 1993. EMI bekræftede i skrivelse af 29. september 1993 rigtigheden af de oplysninger, virksomheden havde givet.

22 Efter denne bekræftelse foretog SRWT en ny sammenligning af tilbud, idet der blev taget hensyn til oplysningerne i de tre supplerende meddelelser. Med henblik på bestyrelsesmødet den 6. oktober 1993 blev der udarbejdet et nyt notat, hvori det blev indstillet at tildele leverance nr. 1 til Jonckheere og leverance nr. 2-6 til EMI.

23 Bestyrelsen besluttede på mødet den 6. oktober 1993 at følge disse forslag og tildele leverance nr. 1 til Jonckheere og leverance nr. 2-6 til EMI, mens ordren på tredive køretøjer blev udskudt til 1996.

24 Samme dag anlagde Van Hool sag ved Belgiens Conseil d'État med påstand om udsættelse efter reglerne om hurtig retsforfølgning. Virksomheden fik dog ikke medhold i dommen af 17. november 1993.

25 Den 30. november 1993 tilstillede Kommissionen på foranledning af en klage fra Van Hool Kongeriget Belgien en åbningsskrivelse i henhold til traktatens artikel 169. Den belgiske regering svarede i skrivelse af 15. december 1993, at der ikke var noget grundlag for det påberåbte traktatbrud. Kommissionen fandt ikke svaret overbevisende og fremsatte en begrundet udtalelse til den belgiske regering, hvori den opfordrede denne til at rette henvendelse til de kompetente myndigheder for at opnå udsættelse af retsvirkningerne af kontrakten, der var indgået mellem SRWT og EMI. Den belgiske regering har i sit svar på udtalelsen fastholdt, at Kommissionen ikke har godtgjort, at der foreligger et traktatbrud.

26 Den 11. marts 1994 anlagde Kommissionen denne sag, ligesom den indgav en begæring om foreløbige forholdsregler med henblik på udsættelse af såvel SRWT's beslutning om tildeling af kontrakter som af foranstaltninger til gennemførelse heraf. Begæringen om foreløbige forholdsregler blev ved kendelse af 22. april 1994 ikke taget til følge.

27 I skrivelse af 9. juni 1995 har Kommissionen trukket sit andet klagepunkt tilbage. I henhold hertil havde Kommissionen bebrejdet Belgien at have lagt tilbud fra EMI til grund, som ikke opfyldte de udvælgelseskriterier, der er anført i det særlige udbudsmateriale.

28 Sagen drejer sig med denne ændring således om, at det påstås fastslået, at Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivet, såvel som det princip om ligebehandling af tilbudsgivere, som danner grundlag for alle regler om licitationsprocedurer vedrørende offentlige kontrakter, idet det i forbindelse med en offentlig kontrakt udbudt af SRWT

— har taget hensyn til ændringer, som blev foretaget i et af tilbuddene efter åbningen heraf

— har antaget et tilbud, som ikke opfyldte kriterierne i udbudsmaterialet for tildeling af kontrakten.

29 Forinden disse klagepunkter behandles, skal den belgiske regerings argument om, at direktivet ikke finder anvendelse i denne sag, gennemgås.

Anvendelsen af fællesskabsretten

30 Det er ubestridt, at SRWT er en offentlig virksomhed, som driver et net til betjening af offentligheden inden for transport med bus i direktivets artikel 2's forstand, og at det derfor i henhold til artikel 4 var forpligtet til at overholde direktivets bestemmelser, da det indgik den indkøbskontrakt om otte leverancer af busser, som er udgangspunktet for denne sag.

31 Den belgiske regering har gjort gældende, at da alle tilbudsgivere i denne sag er belgiske virksomheder, vedrører sagen rent interne forhold, hvor fællesskabsretten ikke finder anvendelse.

32 Dette argument kan ikke tages til følge.

33 Kravet til ordregiverne i direktivets artikel 4, stk. 1, er nemlig ikke undergivet betingelser vedrørende de bydendes nationalitet eller hjemsted. Det er ydermere, som anført af generaladvokaten i punkt 24 i forslaget til afgørelse, muligt, at virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater direkte eller indirekte er berørt af tildelingen af en udbudt kontrakt. Den fremgangsmåde, der fremgår af direktivet, skal således respekteres uafhængigt af de bydendes nationalitet og hjemsted.

34 Under sagens behandling har den belgiske regering dernæst gjort gældende, at ordregiveren ikke var forpligtet til at tildele kontrakten efter fremgangsmåden med offentligt udbud. Ordregiver kunne have valgt en fremgangsmåde med forhandling, hvorved dens adfærd havde været i orden.

35 Hertil bemærkes blot, at uanset at en ordregiver, som er forpligtet til at anvende direktivets fremgangsmåde, i henhold til direktivets artikel 15, stk. 1, har et vist valg for så vidt angår den fremgangsmåde, der anvendes i forbindelse med en kontrakt, er vedkommende forpligtet til, når den har udskrevet et udbud efter en bestemt fremgangsmåde, at respektere de regler, der finder anvendelse herpå indtil den endelige tildeling af kontrakten.

Klagepunkterne

36 Det er Kommissionens opfattelse, at SRWT ved at tage de oplysninger, som er indeholdt i EMI's tre supplerende meddelelser vedrørende navnlig brændstofforbruget, intervallet for udskiftninger af motor og gearkasse, samt visse oplysninger

om den tekniske kvalitet af det tilbudte materiel, i betragtning, har tilsidesat princippet om ligebehandling af tilbudsgivere.

37 For så vidt angår brændstofforbruget gør Kommissionen gældende, at Kongeriget Belgien i forbindelse med bedømmelsen af tilbuddene har taget hensyn til de oplysninger om et nyt forbrug, som EMI fremsendte til SRWT efter åbning af tilbuddene, og som er ændret i forhold til de oplysninger, der indgik i EMI's oprindelige tilbud.

38 For så vidt angår intervallerne for udskiftning af motor og gearkasse gør Kommissionen gældende, at Kongeriget Belgien har taget hensyn til oplysninger, fremsendt af EMI efter åbningen af tilbuddene, som for det første er ændret i forhold til det oprindelige tilbud og for det andet ikke svarer til kravene i udbudsmaterialet.

39 For så vidt angår den tekniske kvalitet af det tilbudte materiel finder Kommissionen, at SRWT ved bedømmelsen af EMI's tilbud med urette har taget hensyn til elementer, som ikke indgår i tildelingskriterierne.

Brændstofforbruget

40 I punkt 20.2.2.1 i det særlige udbudsmateriale bestemmes:

»20.2.2.1. Brændstofforbrug

Ved sammenligningen af tilbuddene vil der blive tildelt et fiktivt tillæg svarende til værdien af 6 000 liter dieselolie for en standardbus (til den officielle pris på datoen for åbningen af tilbuddene) for forskellen målt i hele liter pr. 100 km mellem det i buddet garanterede brændstofforbrug (inklusive udsving) ifølge den i bilag 10 til dette udbudsmateriale beskrevne forsøgskørsel og forbruget i det af de tilbudte køretøjer, der har det højeste brændstofforbrug.«

41 Ifølge betingelserne i bilaget skulle forsøget gennemføres med et køretøj, lastet med en vægt svarende til minimumsantal rejsende.

42 EMI har i de oprindelige tilbud på leverance nr. 2-6 anført et brændstofforbrug på 54 l/100 km. I note nr. 1 (herefter »note 1«), der er fremsendt som bilag til tilbuddene, har EMI anført, at — da forbruget på 54 l/100 km var opnået ved forsøgskørsel med et køretøj, der ikke var tilkørt og ikke særlig godt justeret — kunne forbruget ved forsøgskørsel med et tilkørt og optimalt justeret køretøj formindskes med 5-8% i forhold til det forbrug, der fremgik af tilbuddene.

43 EMI har ligeledes i de oprindelige tilbud bekræftet, at virksomheden havde modtaget de tre berigtigelser, og at den havde taget hensyn hertil.

44 SRWT foretog en første bedømmelse af tilbuddene på grundlag af det forbrug, som EMI havde anført i de oprindelige tilbud, nemlig 54 l/100 km. Da disse tilbud havde det højeste forbrug af tilbuddene på disse leverancer, skulle dette forbrug ifølge den i det særlige udbudsmateriale beskrevne beregningsmetode anvendes som vurderingsgrundlag for de øvrige tilbuds fiktive tillæg. Det fremgår af bilag 5 og 6 til det notat, der blev udarbejdet med henblik på bestyrelsesmødet den 2. september 1993, at EMI's tilbud ved denne vurdering ikke havde fået tillagt nogen fiktiv fordel for brændstofforbrug, hvorimod alle de øvrige tilbudsgivere havde fået sådanne tillæg beregnet i forhold til det af EMI anførte forbrug.

45 I sin første supplerende meddelelse af 3. august 1993 har EMI givet sin fortolkning af rækkevidden af SRWT's berigtigelse nr. 2. Efter EMI's opfattelse indebærer berigtigelsen en opgivelse af det samlede antal sæder, som anført i det særlige udbudsmateriale, som en ufravigelig betingelse for kontrakten. Denne opgivelse ville få indflydelse på beregningen af brændstofforbruget, fordi princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne forudsætter, at beregningen foretages på grundlag af den maksimalt tilladte vægt. Derfor mener EMI, at for at kunne foretage en sammenligning af selskabets oplysninger med andre tilbudsgiveres oplysninger, er det nødvendigt at tage hensyn til det i de oprindelige tilbud anførte forbrug, nedsat med 8%.

46 Derefter har EMI under henvisning til note 1 i supplerende meddelelse af 24. august 1993 meddelt SRWT, at selskabet på ny havde udført kørselsforsøg, denne gang under optimale betingelser, og at det havde vist sig som følge heraf, at brændstofforbruget for så vidt angik virksomhedens tilbud på leverance nr. 2-6 var på 45 l/100 km, dvs. en nedgang på 16,7% i forhold til forbruget på 54 l/100 km. EMI har anmodet SRWT om at tage dette nye forbrug i betragtning ved bedømmelsen af virksomhedens tilbud.

47 Den belgiske regering har bekræftet, at SRWT tog dette nye forbrug i betragtning ved tildelingen af kontrakten til EMI.

48 Da EMI's tilbud ikke længere havde det største forbrug, foretog SRWT en ny vurdering af de fiktive tillæg, som alle tilbudsgivere var blevet tildelt. Det fremgår af bilag 1 og 2 til notatet, der blev udarbejdet med henblik på bestyrelsesmødet den 6. oktober 1993, at de øvrige tilbudsgiveres fiktive tillæg med undtagelse af EMI under denne anden vurdering var blevet nedsat i forhold til den første vurdering, således at Jonckheere's fiktive tillæg forsvandt, hvorimod EMI's tilbud fik påført et tillæg.

49 Kommissionen finder, at SRWT ved ved tildelingen af kontrakten at tage hensyn til de oplysninger, som EMI gav i sin supplerende meddelelse af 24. august 1993,

hvorved det oprindeligt af denne virksomhed anførte forbrug er blevet ændret efter åbningen af tilbuddene, har tilsidesat princippet om ligebehandling af tilbudsgivere.

50 Den belgiske regering har indledningsvis anført, at princippet om ligebehandling netop kræver, at EMI's berigtigelse af forbruget tages i betragtning ved tildelingen af kontrakten, fordi de øvrige tilbudsgivere havde oplyst allerede optimerede resultater i deres oprindelige tilbud. Dernæst fremhæver regeringen, at brændstofforbruget har en objektiv og kontrollerbar karakter, således at der ikke er tale om en frivillig eller efterfølgende ændring efter forhandlinger med ordregiveren. Endelig har ændringen ikke berørt de tekniske karakteristika, hverken vedrørende køretøj eller motor, og derfor er EMI's oprindelige tilbud ikke blevet ændret.

51 Indledningsvis bemærkes, at Domstolen i dom af 22. juni 1993 (sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, »Storebælt«, Sml. I, s. 3353, præmis 33) har fastslået, at forpligtelsen til at overholde princippet om ligebehandling af tilbudsgivere følger af selve hovedformålet med Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613).

52 Det samme gælder for det direktiv, denne sag drejer sig om, jf. dets artikel 4, stk. 2.

53 Dernæst fremgår det af direktivets treogtredivte betragtning, at det har til formål at sikre et minimum af gennemsigtighed ved tildelingen af de kontrakter, det finder anvendelse på.

54 Fremgangsmåden ved sammenligning af tilbud skal således på alle stadier overholde såvel princippet om ligebehandling af tilbudsgivere som princippet om gennemsigtighed, således at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud.

55 Når ordregiver som i dette tilfælde vælger fremgangsmåden med offentlige tilbud, er denne chancelighed sikret ved forpligtelsen for ordregiveren, der fremgår af direktivets artikel 16, stk. 1, litra a), til at handle i overensstemmelse med dets bilag XII, afsnit A. Ordregiveren er således for det første forpligtet til at fastsætte en sidste frist for modtagelse af tilbud, således at alle tilbudsgivere disponerer over samme tidsrum efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen til udarbejdelse af tilbud, og for det andet dato, tid og sted for åbningen heraf, hvilket også bidrager til at øge procedurens gennemsigtighed, da indholdet af alle afgivne tilbud offentliggøres samtidig.

56 Det må konstateres, at når en ordregiver tager hensyn til en ændring, som en enkelt tilbudsgiver har foretaget i det oprindelige tilbud, får denne tilbudsgiver en fordel i forhold til konkurrenterne, hvilket er i strid med princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og skader procedurens gennemsigtighed.

57 I denne sag er det ubestridt dels, at den reduktion i forbruget, som EMI anførte i sin supplerende meddelelse af 24. august 1993, langt overskrider de 8%, som EMI anførte i note 1, der var bilagt de oprindelige tilbud, dels, at SRWT har taget hensyn til dette forbrug ved den endelige sammenligning af tilbuddene.

58 Det følger af denne overskridelse, at det nye forbrug på 45 l/100 km er en ændring af EMI's oprindelige tilbud, uden at det herved er nødvendigt at afgøre, om SRWT kunne have taget hensyn til det nye forbrug, som EMI anførte i den supplerende meddelelse af 3. august 1993, og som lå inden for de 8%, der var nævnt i tilbuddet. EMI har nemlig i sine supplerende meddelelser henvist til elementer, der fremgår af

berigtigelserne, som virksomheden har anført at have taget hensyn til i det oprindelige tilbud, og har ikke forklaret grundene til, at den nye forsøgskørsel ikke kunne udføres før fristen, der var fastsat for indgivelse af tilbuddene. Det følger heraf, at forbruget på 45 l/100 km under ingen omstændigheder burde være taget i betragtning.

59 Det skal i øvrigt fremhæves, at en hensyntagen til disse oplysninger har ændret — til skade for de andre tilbudsgivere — størrelsen af de fiktive tillæg, som den første sammenligning af tilbuddene medførte, således at prioriteringen af tilbudsgiverne er blevet påvirket.

60 Det må derfor fastslås, at Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivet, idet det har taget hensyn til de oplysninger vedrørende forbruget af brændstof, som EMI har givet i supplerende meddelelse af 24. august 1993, dvs. efter åbningen af tilbuddene.

Intervallerne for udskiftning af motor og gearkasse

61 I punkt 20.2.2.2 i det særlige udbudsmateriale bestemmes følgende:

»20.2.2.2. Tid, der medgår til montering og afmontering, priser på reservedele

Tilbudsgiver angiver priserne på reservedele og den tid, der medgår til montering og afmontering af de dele, der er anført i bilag 23.

Der vil for alle tilbuds vedkommende forlods blive foretaget et fiktivt fradrag for at tage hensyn til vedligeholdelsesomkostninger i overensstemmelse med modellen i bilag 23.«

62 Det fremgår af modellen i bilag 23, at der skulle ske fradrag for vedligeholdelsesomkostningerne for blot 45 dele af bussen. Beregningen af fradraget skulle for hver anført del ske i overensstemmelse med en formel, hvis variabler var antallet af identiske eksemplarer af delen i bussen, den tid, der medgår til afmontering og montering, prisen og antallet af forventede udskiftninger af delen.

63 Med henblik på beregning af det fiktive fradrag blev tilbudsgiverne imidlertid i det særlige udbudsmateriales bilag 23 anmodet om kun at give oplysninger om de tre første variabler. For så vidt angår antallet af forventede udskiftninger var der i bilag 23 på grundlag af SRWT's erfaring angivet et bestemt tal for hver del. Vedrørende udskiftning af motor og gearkasse var disse tal henholdsvis to og tre. Tilbudsgiverne skulle således ikke anføre antallet af forventede udskiftninger heraf.

64 EMI har, da den pågældende model skulle udfyldes, i overensstemmelse med bilag 23 ikke givet oplysninger om antallet af forventede udskiftninger for de to nævnte dele. Virksomheden har dog i den supplerende meddelelse af 23. august 1993 over for SRWT understreget, at der ved anvendelsen af EMI's busser kun skulle forventes én motor og 1,25 gearkasse, og at de af SRWT i bilag 23 fastsatte tal således ikke burde anvendes på EMI's tilbud.

65 Den belgiske regering medgiver, at SRWT ved beregningen af det fiktive fradrag i EMI's tilbud har anvendt disse nye oplysninger i stedet for de i modellen i bilag 23 indeholdte, hvorimod den ved beregningen af det fiktive fradrag i de øvrige tilbud havde anvendt disse sidstnævnte tal.

66 Det er Kommissionens opfattelse, at en sådan adfærd udgør en dobbelt tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgivere. For det første har SRWT ved at tage hensyn til de pågældende oplysninger ved tildelingen af kontrakten tilladt en af tilbudsgiverne at ændre indholdet af det oprindelige tilbud efter åbningen heraf. For det andet har SRWT, da disse nye oplysninger ikke var i overensstemmelse med kravene i modellen i bilag 23, tildelt kontrakten til en tilbudsgiver under fravigelse af sine egne tildelingskriterier, der er anført i det særlige udbudsmateriale.

67 Vedrørende det første af disse to klagepunkter finder Kommissionen, at såfremt SRWT som følge af de af EMI afgivne bemærkninger og i lyset af de afgivne tilbud var overbevist om, at de betingelser, SRWT selv havde fastsat, var forkerte, havde den kunnet ændret dem ved at tilbyde andre tilbudsgivere samme mulighed for at fravige dem. Da den imidlertid kun gav EMI en sådan mulighed, har den tilsidesat princippet om ligebehandling af tilbudsgivere.

68 Det er den belgiske regerings opfattelse, at EMI ikke har ændret sit oprindelige tilbud, da det tilbudte materiel er fuldstændig det samme. Den understreger, at de øvrige tilbudsgivere ligeledes havde kunnet meddele SRWT, at deres busser præsterede bedre ydelser end de, der er anført i bilag 23. Den konkluderer, at såfremt SRWT ikke kunne tage hensyn til de pågældende oplysninger, ville SRWT være forhindret i at tage fordelene ved senere udviklede køretøjer i betragtning.

69 Det bemærkes, at bilag 23 til det særlige udbudsmateriale ikke pålagde tilbudsgiverne at give oplysninger om udskiftningsintervallerne for reservedele i deres busser. SRWT havde tværtimod for denne faktor fastsat et tal for hver del i modellen. Dernæst havde SRWT i punkt 20.2.2.2 i det særlige udbudsmateriale anført, at der ville ske et fiktivt fradrag i alle tilbud »i overensstemmelse med modellen i bilag 23«. De oplysninger, der er anført deri, skal således betragtes som betingelser i det særlige udbudsmateriale.

70 I den sammenhæng har Domstolen i ovennævnte Storebælt-dom, præmis 37, fastslået, at når en ordregiver har fastsat bestemmelser i udbudsbetingelserne, følger det af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse hermed for at sikre muligheden for en objektiv sammenligning af tilbuddene.

71 Det følger heraf, at bestemmelserne i bilag 23 var anvendelige på alle tilbud, som skulle være i overensstemmelse hermed. Herefter kunne EMI for det første ikke »ændre« indholdet af det oprindelige tilbud for så vidt angår disse bestemmelser, og det var for det andet ikke muligt for SRWT at beregne EMI's fiktive fradrag på grundlag af disse nye oplysninger, der ikke svarede til bestemmelserne i det særlige udbudsmateriale.

72 I denne sammenhæng bemærkes, at en hensyntagen til de nye oplysninger nødvendigvis fører til, at EMI får en reel fordel ved sammenligningen af tilbuddene. Ifølge bilag 23 indgår oplysningen om forventede udskiftninger af reservedele i beregningen af det fiktive fradrag som multiplikator for andre oplysninger, som tilbudsgiverne har givet vedrørende omkostninger. For så vidt angår EMI's fiktive fradrag har SRWT anvendt et tal for udskiftningsintervallerne, der er lavere end tallet i bilag 23 og dermed lavere end de, der er anvendt ved beregningen for så vidt angår de øvrige tilbud. Det fiktive fradrag for vedligeholdelse af de pågældende dele i EMI's busser er således lavere på grund af en lavere multiplikator.

73 Når SRWT har tilladt alene EMI at fravige de pågældende bestemmelser, er det unødvendigt at tage stilling til, om Kommissionen med rette finder, at SRWT havde kunnet ændre bestemmelserne i udbudsbetingelserne efter åbningen af tilbuddene ved at give alle tilbudsgivere samme mulighed for at fravige dem.

74 Det må herefter for så vidt angår denne del af klagepunktet fastslås, at SRWT ved at tildele EMI kontrakten på grundlag af oplysninger, der ikke svarer til bestemmelserne i bilag 23 til det særlige udbudsmateriale vedrørende beregningen af

denne virksomheds fiktive fradrag for så vidt angår vedligeholdelsesomkostninger til udskiftning af motor og gearkasse, har overtrådt de i det særlige udbudsmateriale fastlagte tildelingskriterier samt princippet om ligebehandling af tilbudsgivere. Kongeriget Belgien har således tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det på dette punkt i henhold til direktivet.

Den tekniske kvalitet af det tilbudte materiel

75 EMI har i sin supplerende meddelelse af 3. august 1993 bekræftet, at den »daglige anvendelse« af de busser, som virksomheden har tilbudt, giver brugeren »mulighed for væsentlige besparelser«. EMI har opstillet to lister over elementer ved busserne, som giver mulighed for disse besparelser (herefter »besparelseselementerne«).

76 Den første liste, benævnt »elementer opgjort i tal«, drejede sig om de foreslåede »cantilever«-sæder, en mekanisme til afdugning af sideruderne og et særligt modulsamlesystem. For hvert af disse elementer anførte EMI den finansielle fordel heraf for hver bus i dens levetid, nemlig henholdsvis 480 000 BFR, 240 000 BFR og 100 000 BFR.

77 Den anden liste, benævnt »elementer, ikke opgjort i tal«, omfattede otte elementer, som bidrog til »besparelserne«, skønt EMI ikke havde sat tal herpå, hverken i det oprindelige tilbud eller i den supplerende meddelelse af 3. august 1993.

78 Kommissionen gør gældende, at SRWT har taget disse besparelseselementer i betragtning ved beslutningen om at tildele kontrakten til EMI, selv om de hverken fremgik af tildelingskriterierne i udbudsbekendtgørelsen eller af udbudsmaterialet. Ifølge direktivets artikel 27, stk. 2, der finder anvendelse i denne sag, burde SRWT kun have lagt de kriterier, der er anført i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet, til grund ved tildelingen af kontrakten. Ydermere har SRWT kun taget

hensyn til disse elementer ved vurderingen af EMI's tilbud, hvorimod den ved de øvrige tilbud strengt har anvendt de tildelingskriterier, der er anført i punkt 20.2 i det særlige udbudsmateriale. Denne fremgangsmåde har derfor givet anledning til endnu en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

79 I det notat, som SRWT's administration har udarbejdet til bestyrelsesmødet den 6. oktober 1993, blev der henvist til samtlige besparelseselementer ved anbefalingen af, at EMI fik tildelt leverance nr. 2-6. Administrationen har ved begrundelsen af anbefalingen for så vidt angår leverance nr. 2 anført, at disse besparelseselementer havde »en ikke ubetydelig finansiel indvirkning«, således at de kunne »øve positiv indflydelse på omkostningerne ved anvendelsen af køretøjet i et omfang, der var noget højere end den finansielle forskel, der fremkom alene på grundlag af kriterierne for bedømmelsen«.

80 Det fremgår af sagens akter, at for så vidt angår leverance nr. 4, 5 og 6 havde sammenligningen af tilbuddene alene på grundlag af tildelingskriterierne i punkt 20.2 i det særlige udbudsmateriale ført til at placere et af Van Hool's tilbud på førstepladsen, hvorimod EMI's tilbud blev placeret på andenpladsen, selv om der blev taget hensyn til de oplysninger, virksomheden havde givet i de supplerende meddelelser vedrørende brændstofforbrug og udskiftning af motor og gearkasse. Forskellen mellem Van Hool's bedste tilbud og EMI's tilbud, der var placeret som nr. 2, var på henholdsvis 294 799 BFR, 471 513 BFR og 185 897 BFR for de tre leverancer. Efter at der var blevet taget hensyn til besparelseselementerne blev denne første prioritering ændret, således at et af EMI's tilbud, trods de nævnte forskelle, erstattede Van Hool's tilbud som det tilbud på disse leverancer, der blev anbefalet til antagelse.

81 Den belgiske regering har udtrykkeligt erkendt, at alle besparelseselementer blev taget i betragtning, da beslutningen om tildelingen af kontrakten blev truffet, og at dette har haft en afgørende indflydelse på valget af EMI som leverandør af leverance nr. 2-6.

82 Den belgiske regering anfører, at SRWT ifølge punkt 20.2.1 i det særlige udbudsmateriale udtrykkeligt har adgang til at tage hensyn til eventuelle forslag, såsom besparelseselementerne. Dernæst henviser regeringen til, at SRWT i henhold til direktivets artikel 27, stk. 3, ligeledes har adgang til at tage sådanne forslag i betragtning, såfremt disse opfylder de krævede mindstekrav.

83 Regeringen fremhæver dernæst, at besparelseselementerne, der opfyldte mindstekravene i det særlige udbudsmateriale, ikke er blevet opgjort i tal ved sammenligningen af tilbuddene, men at de har været anvendt som ikke-målelige bekvemmeligheds- og kvalitetselementer, der gjorde det muligt at fastslå, at EMI's tilbud ud fra en helhedsbetragtning var det økonomisk mest fordelagtige bud. Dernæst henviser såvel udbudsbekendtgørelsen som udbudsmaterialet til det tilbudte materiels tekniske kvalitet som tildelingskriterier. Heraf følger efter regeringens opfattelse, at SRWT kunne tage de anfægtede besparelseselementer i betragtning.

84 Kommissionen erkender, at tilbudsgiverne har adgang til at afgive alternative bud, og at en ordregiver kan tage sådanne i betragtning, dog på betingelse af at lighedsprincippet overholdes. Efter Kommissionens opfattelse er dette ikke tilfældet i denne sag, da afvigelsen fra kriterierne i det særlige udbudsmateriale alene har ført til at give EMI en fordel.

85 Indledningsvis bemærkes, at besparelseselementerne ikke er anført blandt de tildelingskriterier, som SRWT ville anvende ved tildelingen af kontrakten.

86 Ganske vist kan overskrifterne for tildelingskriterierne i punkt 20.2 i det særlige udbudsmateriale læses — såfremt man ser bort fra de definitioner, der følger efter — som om de har en omfattende rækkevidde (jf. f.eks. punkt 20.2.2.4 i det særlige udbudsmateriale, afsnittet om de syv tekniske kriterier, benævnt »det tilbudte materiels tekniske kvaliteter«), hvorefter alle karakteristika vedrørende det tilbudte materiels tekniske kvaliteter, således som den belgiske regering hævder, er relevante ved sammenligningen af tilbuddene.

87 Det skal dog fremhæves, at SRWT selv har defineret samtlige tekniske kriterier ved hjælp af en præcis formel, der er anført i hvert afsnit (jf. ovenfor, præmis 13). Det følger heraf, at de tekniske kriteriers rækkevidde — uanset afsnittenes ordlyd — er afgrænset af de formuleringer, som SRWT har anvendt til at definere dem.

88 Det skal understreges, at forpligtelsen i direktivets artikel 27, stk. 2, for ordregiverne til »i udbudsmaterialet eller i udbudsbekendtgørelsen (at) anføre alle de kriterier, som de har til hensigt at lægge til grund ved tildelingen, så vidt muligt i prioriteret rækkefølge«, netop har til formål at oplyse eventuelle tilbudsgivere om de elementer, som vil blive taget i betragtning, når det opgøres, hvilket bud er det økonomisk mest fordelagtige. Alle tilbudsgivere har således kendskab til de kriterier for tildeling, som deres tilbud skal opfylde, samt disses relative betydning. Dette krav sikrer jo, at principperne om ligebehandling af tilbudsgivere og gennemsigtighed overholdes.

89 Selv om ordregivere ganske vist i henhold til direktivets artikel 27, stk. 3, kan tage alternative bud i betragtning, skal bestemmelsen læses i lyset af såvel de principper, som ligger til grund for direktivet, som samme artikels stk. 2. For at sikre at en kontrakt tildeles på grundlag af kriterier, der er kendt af alle tilbudsgivere, før de forbereder deres bud, kan en ordregiver således kun tage alternative bud i betragtning som tildelingskriterium, såfremt dette er anført i udbudsmaterialet eller udbudsbekendtgørelsen.

90 For så vidt angår den belgiske regerings argument om at tage »forslag« i betragtning, skal kun bemærkes, at direktivets artikel 27, stk. 3, kun giver adgang til at tage alternative bud, men ikke forslag, i betragtning. Dernæst indeholder direktivet intet herom som tildelingskriterium, og sådanne forslag kan derfor heller ikke tages i betragtning af en ordregiver ved tildelingen af kontrakten.

91 Uden at det er nødvendigt at afgøre, om reglen i direktivets artikel 27, stk. 2, udelukker, at en ordregiver kan ændre tildelingskriterier i løbet af proceduren, såfremt principperne om ligebehandling af tilbudsgivere og gennemsigtighed i fremgangsmåden er overholdt, er det tilstrækkeligt at fastslå, at disse principper ikke er blevet overholdt i denne sag.

92 Det må fastslås, at SRWT for så vidt angår leverance nr. 4-6 alene i forbindelse med EMI's tilbud har anvendt besparelseselementer, der er foreslået af denne virksomhed til kompensation af finansielle forskelle, der beløber sig til 294 799 BFR, 471 513 BFR og 185 897 BFR mellem tilbuddene fra Van Hool, der var prioriteret som nr. 1, og EMI's bud, der var placeret som nr. 2. Selv om SRWT ikke, således som den belgiske regering hævder, har tillagt besparelseselementerne en præcis værdi, har EMI dog fremsendt SRWT en liste over »elementer opgjort i tal« (jf. ovenfor, præmis 76), hvis samlede beløb for hver leverance (820 000 BFR), var mere end tilstrækkeligt til at kompensere for de nævnte forskelle.

93 For så vidt angår leverance nr. 2 og 3 fremgår det derimod af notatet, der blev udarbejdet med henblik på bestyrelsesmødet den 6. oktober 1993, at EMI's anfægtede tilbud var prioriteret som nr. 1, også før SRWT havde taget hensyn til besparelseselementerne. SRWT har således ikke i forbindelse med disse leverancer kunnet tillægge besparelseselementerne en afgørende betydning, da EMI's tilbud allerede var anset for at være de økonomisk mest fordelagtige. Denne del af klagepunktet er således ikke blevet godtgjort.

94 Det må herefter fastslås, at Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivet ved i forbindelse med sammenligningen af tilbuddene på leverance nr. 4-6 at tage hensyn til besparelseselementer, forelagt af EMI, selv om de ikke var anført i udbudsmaterialet eller udbudsbekendtgørelsen, idet disse elementer blev anvendt til at udligne de finansielle forskelle mellem de tilbud, der blev prioriteret som nr. 1, og EMI's tilbud, der var placeret som nr. 2, og ved at have valgt visse af EMI's tilbud under hensyn til disse elementer.

95 På dette grundlag må det fastslås, at Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivet

— ved at tage hensyn til oplysninger vedrørende forbruget af brændstof, som EMI har givet i supplerende meddelelse af 24. august 1993, dvs. efter åbningen af tilbuddene

— ved at tildele EMI kontrakten på grundlag af oplysninger, der ikke svarer til bestemmelserne i bilag 23 til det særlige udbudsmateriale vedrørende beregningen af denne virksomheds fiktive fradrag for så vidt angår vedligeholdelsesomkostninger til udskiftning af motor og gearkasse

— ved i forbindelse med sammenligningen af tilbuddene på leverance nr. 4-6 at tage hensyn til besparelseselementer, forelagt af EMI, selv om de ikke var anført i udbudsmaterialet eller udbudsbekendtgørelsen, idet disse elementer blev anvendt til at udligne de finansielle forskelle mellem de tilbud, der blev prioriteret som nr. 1, og EMI's tilbud, der var placeret som nr. 2, og ved at have valgt visse af EMI's tilbud under hensyn til disse elementer.

Sagens omkostninger

96 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, dømmes den part, der taber sagen, til at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kongeriget Belgien har tabt sagen, og da Kommissionen har nedlagt påstand herom, dømmes det til at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

1) **Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, idet Kongeriget Belgien i forbindelse med en offentlig kontrakt udbudt af Société régionale wallonne du transport tog hensyn til oplysninger vedrørende forbruget af brændstof, som virksomheden EMI gav i en supplerende meddelelse af 24. august 1993, dvs. efter åbningen af tilbuddene, idet virksomheden EMI fik tildelt kontrakten på grundlag af oplysninger, der ikke svarer til bestemmelserne i bilag 23 til det særlige udbudsmateriale vedrørende beregningen af denne virksomheds fiktive fradrag for så vidt angår vedligeholdelsesomkostninger til udskiftning af motor og gearkasse, idet der i forbindelse med sammenligningen af tilbuddene på leverance nr. 4-6 blev taget hensyn til besparelseselementer, forelagt af virksomheden EMI, selv om de ikke var anført i udbudsmaterialet eller udbudsbekendtgørelsen, idet elementerne blev anvendt til at udligne de finansielle forskelle mellem de tilbud, der blev prioriteret som nr. 1, og virksomheden EMI's tilbud, der var placeret som nr. 2, og idet visse af virksomheden EMI's tilbud blev antaget under hensyn til disse elementer.**

2) **Kongeriget Belgien betaler sagens omkostninger.**

Edward Moitinho de Almeida Gulmann

Jann Sevón

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 25. april 1996.

R. Grass D.A.O. Edward

Justitssekretær Formand for Femte Afdeling