DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)
den 25 april 1996 *

I mål C-87/94,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av juridiske rådgivaren Hendrik van Lier, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg hos Carlos Gómez de la Cruz, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

sökande,

mot

Konungariket Belgien, företrätt av direktören Jan Devadder, ministeriet för utrikesärenden, utrikeshandel och utvecklingsbistånd, biträdd av advokaterna Michel Waelbroeck och Denis Waelbroeck, Bryssel, med delgivningsadress i Luxemburg vid Belgiens ambassad, 4, rue des Girondins,

svarande,

angående en talan om fastställelse av att Konungariket Belgien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport-och telekommunikationssektorerna (EGT nr L 297, s. 1) samt brutit mot likabehandlingsprincipen, vilken ligger till grund för alla regler som rör offentlig upphandling, genom att i en offentlig upphandling, som Société régionale wallonne du transport har genomfört, beakta ändringar i ett anbud som har gjorts

* Rättegångsspråk: franska.

efter anbudsöppningen, tillåta en anbudsgivare som inte uppfyllde upphandlingskriterierna i kontraktshandlingarna att delta i upphandlingsförfarandet och anta ett anbud som inte uppfyllde upphandlingskriterierna i kontraktshandlingarna,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden D. A. O. Edward (referent) samt domarna J. C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann, P. Jann och L. Sevón,

generaladvokat: C. O. Lenz,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören H. A. Rühl,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits av parterna vid sammanträdet den 13 juli 1995,

och efter att den 12 september 1995 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Genom ansökan som har inkommit till domstolens kansli den 11 mars 1994 har Europeiska gemenskapernas kommissionen med stöd av artikel 169 i EG-fördraget väckt talan om fastställelse av att Konungariket Belgien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport-och telekommunikationssektorerna (EGT nr L 297, s. 1, nedan kallat

direktivet) samt brutit mot likabehandlingsprincipen, som ligger till grund för alla regler som rör offentlig upphandling, genom att i en offentlig upphandling som Société régionale wallonne du transport (nedan kallad SRWT) har genomfört, beakta ändringar i ett anbud som har gjorts efter anbudsöppningen, tillåta en anbudsgivare som inte uppfyllde upphandlingskriterierna i kontraktshandlingarna att delta i upphandlingsförfarandet och anta ett anbud som inte uppfyllde upphandlingskriterierna i kontraktshandlingarna.

Direktivet

2 I trettioandra och trettiotredje övervägandet i direktivets ingress förklaras dels att de regler som de berörda myndigheterna skall tillämpa skall utgöra grunden för en god affärssed och vara så smidiga som möjligt, dels att ett minimum av insyn måste garanteras som motvikt till denna smidighet och för att främja det ömsesidiga förtroendet.

3 I artikel 2 i direktivet anges, bland de upphandlande enheter som direktivet gäller för, offentliga företag som driver fasta nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transport med bussar. I artikel 2.2 c andra stycket anges att ett nät skall anses föreligga, när verksamheten styrs av villkor, som har fastställts av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna, exempelvis avseende den trafikerade rutten, befintlig kapacitet eller antalet turer.

4 I artikel 4.1 i direktivet krävs att den upphandlande enheten vid tilldelning av varukontrakt skall använda sig av förfaranden som är anpassade till bestämmelserna i direktivet.

5 Enligt artikel 4.2 i direktivet skall de upphandlande enheterna se till att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika leverantörer eller entreprenörer.

6 I artikel 27.2 i direktivet föreskrivs att i fall då tilldelningen av kontraktet skall ske till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga budet, "skall den upphandlande enheten i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange alla kriterier, som de avser att tillämpa vid tilldelningen, om möjligt i ordning efter deras betydelse".

7 I artikel 27.3 föreskrivs slutligen följande:

"Där kriteriet för tilldelning av kontraktet är det ekonomiskt mest fördelaktiga budet, får den upphandlande enheten överväga olika alternativa anbud som en anbudsgivare har lämnat när dessa alternativa anbud uppfyller de minimikrav som den upphandlande enheten fastställt. De upphandlande enheterna skall i kontraktshandlingarna ange vilka minimikrav som gäller för de olika alternativa anbuden och vilka särskilda krav som ställs i samband med att de lämnas. Om alternativa anbud inte får lämnas, skall detta framgå av kontraktshandlingarna."

8 I ett gemensamt uttalande av rådet och kommissionen beträffande artikel 15 i direktivet (EGT nr L 297, s. 48) föreskrivs följande:

"*Rådet och kommissionen* fastslår att vid öppet eller selektivt förfarande utesluts varje form av förhandling med anbudssökande eller anbudsgivare beträffande grundläggande aspekter av kontrakten, som skulle kunna leda till störningar i konkurrensen, särskilt prisförhandlingar; dock kan förhandlingar äga rum med anbudssökande eller anbudsgivare, men då endast i syfte att precisera och förtydliga innehållet i deras anbud eller de upphandlande enheternas krav och i den utsträckning detta inte ger upphov till diskriminering."

Bakgrunden

9 Genom ett meddelande om upphandling i supplementet till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av den 22 april 1993 (EGT S nr 78, s. 76) [vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå], inledde SRWT, etablerat i Namur (Belgien), ett offentligt anbudsförfarande avseende varukontrakt på 307 standardbussar. Detta kontrakt, som avsåg ett värde av över två miljarder BFR (exklusive mervärdesskatt), var indelat i åtta leveranser och skulle genomföras under tre år.

10 Kontraktshandlingarna bestod av dels kontraktshandlingar av standardtyp nr 1 (nedan kallad grundhandlingarna), dels specialhandlingar nr 545 (nedan kallad specialhandlingarna), i vilka vissa villkor i grundhandlingarna ändrades.

11 I specialhandlingarna föreskrevs i punkt 20.2 att kontraktet skulle ges till den som hade lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Urvalet skulle ske på grundval av en utvärdering av anbuden med beaktande av de upphandlingskriterier som nämns i punkt 59 i generaladvokatens förslag till avgörande. Det handlade bland annat om en utvärdering av grundpriset på bussarna, med uppräkning för de alternativa anbud som beaktas och med justering för fördelar och nackdelar som har framkommit genom tillämpning av tio tekniska bedömningskriterier (nedan kallade tekniska kriterier).

12 SRWT uppmanade uttryckligen potentiella anbudsgivare att föreslå vissa alternativa anbud vad avsåg kontraktets ekonomiska struktur, såsom avbetalning, finansiell leasing och fordonsuthyrning.

13 I fråga om de tekniska kriterierna förekom i specialhandlingarna under varje rubrik en formel som gjorde det möjligt för SRWT att, genom tillägg och avdrag uttryckta

i "fiktiva franc", värdera vissa särdrag hos de erbjudna bussarna, beroende på variabler i formeln. Detta värde skulle läggas till eller dras av från grundpriset.

14 Efter att ha sänt ut kontraktshandlingarna till de berörda, sände SRWT dem tre rättelsemeddelanden daterade den 30 april 1993, den 5 maj 1993 och den 28 maj 1993, i vilka vissa ändringar och preciseringar gjordes i kontraktshandlingarna. I det andra rättelsemeddelandet preciserade SRWT vissa aspekter i kontraktshandlingarna som rörde lägsta antal sittplatser, det önskvärda sammanlagda antalet platser, högsta tillåtna höjd på trappstegen och den formel enligt vilken fiktiva avdrag skulle ske. I varje rättelsemeddelande angavs att anbudsgivarna i sina anbud tydligt måste ange att de hade erhållit rättelsemeddelandena och att de hade beaktat dem.

15 När anbudstiden gick ut den 7 juni 1993, vilket var dels den dag som hade angetts som sista dag för anbud, dels dagen för den offentliga anbudsöppningen, hade fem företag lämnat anbud: EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes-Belgium (Bryssel), Berkhof (Roeselaere) och Jonckheere (Roeselaere).

16 Under juni och juli månad år 1993 analyserade SRWT dessa anbud. I en skrivelse av den 24 augusti 1993, som upprättats inför förvaltningsrådets sammanträde den 2 september 1993, rekommenderades att leverans 1 skulle ges till bolaget Jonckheere och leverans 2—6 till bolaget Van Hool.

17 Under tiden ingav EMI den 3, den 23 och den 24 augusti 1993 tre "tilläggsanmärkningar" till den upphandlande enheten, i vilka bolaget kommenterade vissa punkter i sina ursprungliga anbud, särskilt avseende bränsleförbrukning och hur ofta motorer och växellådor behövde bytas, samt vissa uppgifter angående den erbjudna materielens tekniska kvalitet.

18 Efter att ha tagit ställning till dessa tre tilläggsanmärkningar författade den tekniska avdelningen vid den upphandlande enheten en anmärkning av den 31 augusti 1993, i vilken den uppgav att tilläggsanmärkningarna innebar en ändring i de ursprungliga anbuden och därför inte kunde beaktas. Förslagen om tilldelning i anmärkningen till sammanträdet den 2 september 1993 kvarstod därför oförändrade.

19 Vid sitt sammanträde den 2 september 1993 var förvaltningsrådet av åsikten att det inte hade nog information för att kunna fatta ett slutgiltigt beslut. Det frågade sig särskilt om man kunde beakta EMI: s tre tilläggsanmärkningar och beslutade därför att be det wallonska transportministeriet att yttra sig om rättsläget.

20 Det vallonska transportministeriet svarade genom skrivelse av den 14 september 1993 att det var rättsligt oproblematiskt att beakta EMI: s tre tilläggsanmärkningar på de flesta punkter som nämndes i dessa. Transportministeriet föreslog att det skulle göras en ny prövning av ärendet, i vilken dess ställningstagande skulle beaktas.

21 SRWT bad den 28 september 1993 EMI att bolaget skulle bekräfta den i anmärkningen av den 24 augusti 1993 omnämnda bränsleförbrukningen samt dess uppgifter i tilläggsanmärkningen av den 23 augusti 1993 om hur ofta motor och växellåda behövde bytas ut. EMI bekräftade genom skrivelse av den 29 september 1993 att dess uppgifter var riktiga.

22 Efter denna bekräftelse jämförde SRWT, med beaktande av de tre tilläggsanmärkningarna, på nytt anbuden. Inför förvaltningsrådets sammanträde den 6 oktober 1993 utarbetades en anmärkning i vilken det föreslogs att leverans 1 skulle ges till Jonckheere och leverans 2—6 till EMI.

23 Förvaltningsrådet beslutade vid sitt möte den 6 oktober 1993 dels att följa dessa förslag och således tilldela Jonckheere leverans 1 och EMI leverans 2—6, dels att flytta fram beställningen av 30 bussar till år 1996.

24 Samma dag väckte Van Hool vid belgiska Conseil d'Etat talan om inhibition av detta beslut i enlighet med ett förfarande avsett för mycket brådskande fall. Denna talan ogillades genom dom av den 17 november 1993.

25 Van Hool lämnade även in ett klagomål till kommissionen, som den 30 november 1993 tillställde den belgiska regeringen en formell underrättelse enligt artikel 169 i fördraget. I sitt svar av den 15 december 1993 hävdade den belgiska regeringen att påståendena om fördragsbrott var ogrundade. Kommissionen fann inte detta svar övertygande och avgav ett motiverat yttrande till den belgiska regeringen med uppmaning att ingripa i de behöriga myndigheternas handläggning för att upphäva de rättsliga verkningarna av avtalet mellan SRWT och EMI. Den belgiska regeringen vidhöll som svar på detta yttrande att kommissionen inte hade visat att det skett ett fördragsbrott.

26 Kommissionen väckte den aktuella talan vid domstolen den 11 mars 1994 samt ansökte om uppskov med verkställigheten av SRWT: s beslut om tilldelning och åtgärder för verkställighet av detsamma. Ansökan om interimistiska åtgärder ogillades genom ett beslut av den 22 april 1994.

27 Kommissionen frånföll genom skrivelse av den 9 juni 1995 sin andra anmärkning. Enligt denna klandrade kommissionen Konungariket Belgien för att ha antagit ett anbud från EMI som inte uppfyllde urvalskriterierna i specialhandlingarna.

28 Talan har efter denna ändring till syfte att domstolen skall fastställa att Konungariket Belgien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet samt brutit mot principen om likabehandling av anbudsgivare, som ligger till grund för alla regler som rör offentlig upphandling, genom att, i en offentlig upphandling som SRWT har genomfört,

— beakta ändringar som har gjorts i ett anbud efter anbudsöppningen,

— anta ett anbud, som inte uppfyllde upphandlingskriterierna i kontraktshandlingarna.

29 Innan domstolen tar ställning till dessa anmärkningar är det lämpligt att pröva den belgiska regeringens argument att direktivet inte är tillämpligt i detta fall.

Frågan om gemenskapsrätten är tillämplig

30 Det är ostridigt att SRWT är ett offentligt företag som driver fasta nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transport med bussar i den mening som avses i artikel 2 i direktivet, och att det följaktligen, i enlighet med artikel 4, var tvunget att iaktta direktivets regler när det ingick det kontrakt om åtta leveranser av bussar som är bakgrunden till denna tvist.

31 Den belgiska regeringen har emellertid gjort gällande att eftersom samtliga anbudsgivare var belgiska bolag, rör målet ett helt internt belgiskt förhållande på vilket gemenskapsrätten inte är tillämplig.

32 Detta argument kan inte godtas.

33 De krav som i artikel 4.1 i direktivet ställs på de upphandlande enheterna är nämligen inte underställda något villkor vad avser anbudsgivarnas nationalitet eller hemvist. Dessutom är det, som generaladvokaten har anmärkt i punkt 24 i sitt förslag till avgörande, fortfarande möjligt att företag i andra medlemsstater direkt eller indirekt berörs av den offentliga upphandlingen. Det förfarande som föreskrivs i direktivet måste således iakttas oavsett anbudsgivarnas nationalitet eller hemvist.

34 Under förfarandet har den belgiska regeringen dessutom gjort gällande att den upphandlande enheten inte var tvungen att tilldela kontraktet genom ett öppet förfarande. Den kunde ha valt ett förhandlat förfarande, med vilket dess att handlande är förenligt.

35 I detta avseende är det tillräckligt att anmärka att även om de upphandlande enheter som har att tillämpa direktivets bestämmelser enligt artikel 15.1 i direktivet har en viss valfrihet vad gäller vilket förfarande som skall tillämpas på ett kontrakt är de, så snart de har inlett ett anbudsförfarande enligt ett visst förfarande, skyldiga att iaktta de regler som är tillämpliga på detta förfarande till dess att kontraktet slutgiltigt har tilldelats en anbudsgivare.

Anmärkningarna

36 Kommissionen anser att SRWT, genom att beakta de uppgifter som har lämnats i EMI: s tre tilläggsanmärkningar, närmare bestämt angående bränsleförbrukningen, hur ofta motorer och växellådor behövde bytas samt vissa uppgifter angående den

erbjudna materielens tekniska kvalitet, har åsidosatt principen att anbudsgivare skall behandlas lika.

37 Vad angår bränsleförbrukningen har kommissionen klandrat Konungariket Belgien för att det vid bedömningen av anbuden har beaktat en ny uppgift om förbrukningen som EMI har lämnat SRWT efter anbudsöppningen och som innebar en förändring jämfört med de uppgifter som förekom i bolagets ursprungliga anbud.

38 Vad angår hur ofta motorer och växellådor behövde bytas, har kommissionen klandrat Konungariket Belgien för att det vid bedömningen av anbuden har beaktat nya uppgifter som EMI har lämnat efter anbudsöppningen och som dels innebar en förändring jämfört med bolagets ursprungliga anbud, dels inte överensstämde med föreskrifterna i kontraktshandlingarna.

39 Vad angår uppgifterna om materielens tekniska kvalitet anser kommissionen att SRWT vid bedömningen av EMI: s anbud felaktigt har beaktat uppgifter som inte förekom bland upphandlingskriterierna.

Bränsleförbrukningen

40 I punkt 20.2.2.1 i specialhandlingarna föreskrivs följande:

"20.2.2.1. Bränsleförbrukning

Vid jämförelsen mellan anbuden ges ett fiktivt tillägg motsvarande värdet av 6 000 liter bensin för en standardbuss (officiellt pris vid anbudsöppningen) för varje hel andel av 1 liter/100 km i skillnad mellan den bränsleförbrukning som garanteras i anbudet (tillåten variation inkluderad), enligt den testkörning som beskrivs i bilaga 10 i dessa kontraktshandlingar, och bränsleförbrukningen för det mest bränsleförbrukande av de erbjudna fordonen."

41 Enligt villkoren i denna bilaga skulle testkörningen ske med ett fordon lastat med en vikt som motsvarade ett lägsta antal passagerare.

42 I sitt ursprungliga anbud angav EMI för leverans 2—6 en bränsleförbrukning om 54 liter/100 km. I sin anmärkning nr 1 (nedan kallad anmärkning 1), bifogat till anbuden, gjorde EMI — med beaktande av att förbrukningen av 54 liter/100 km hade erhållits vid test med ett icke inkört fordon som inte hade ställts in särskilt bra — gällande att den förbrukning som skulle registreras med ett fordon som var inkört och optimalt inställt skulle kunna minska med mellan fem och åtta procent jämfört med den förbrukning som hade angetts i anbudet.

43 EMI hade även i sina ursprungliga anbud förklarat sig ha mottagit de tre rättelsemeddelandena och beaktat dem.

44 SRWT gjorde sedan en första utvärdering av anbuden på grundval av den bränsleförbrukning som EMI hade angett i sina ursprungliga anbud, nämligen 54 liter/100 km. Eftersom detta var det mest "bränsleförbrukande" av alla anbud som hade angetts för dessa leveranser, skulle denna bränsleförbrukning tjäna som grund för beräkningen av fiktiva tillägg för de andra anbuden. Det framgår av bilagorna 5 och 6 i den skrivelse som upprättades inför sammanträdet den 2 september 1993 att EMI: s anbud vid denna utvärdering inte hade fått något fiktivt tillägg för bränsleförbrukning, medan alla andra anbudsgivare hade fått sådana tillägg beräknade i jämförelse med den förbrukning som EMI hade angett.

45 I sin första tilläggsanmärkning av den 3 augusti 1993 förklarade EMI sin tolkning av räckvidden av SRWT: s rättelsemeddelande nr 2. Enligt EMI innebar detta meddelande att det totala antal platser som angavs i specialhandlingarna som tvingande krav för kontraktet inte längre gällde. Denna förändring borde inverka på beräkningen av bränsleförbrukningen, eftersom principen om likabehandling mellan anbudsgivare förutsätter att beräkningen sker på grundval av en tillåten maximivikt. EMI ansåg således att det var viktigt att jämförelsen mellan dess uppgifter och dem från övriga anbudsgivare gjordes med utgångspunkt i den förbrukning som hade angetts i de ursprungliga anbuden, minskad med åtta procent.

46 EMI upplyste därefter, efter att ha erinrat om vad den hade angett i sin tilläggsanmärkning av den 24 augusti, SRWT om att det hade gjort nya tester, denna gång under optimala förhållanden och det av dessa hade framgått att bränsleförbrukningen för anbuden avseende leverans 2—6 var 45 liter/100 km, det vill säga en minskning med 16,7 procent jämfört med förbrukningen om 54 liter/100 km. EMI begärde att SRWT skulle beakta denna nya förbrukning vid utvärderingen av dess anbud.

47 Den belgiska regeringen har bekräftat att SRWT har beaktat denna nya förbrukning när det tilldelat EMI kontraktet.

48 Eftersom EMI: s fordon inte längre var det mest "bränsleförbrukande", gjorde SRWT en ny utvärdering av de fiktiva tillägg som skulle ges till alla anbudsgivare. Det framgår av bilagorna 1 och 2 till den anmärkning som hade upprättats inför sammanträdet den 6 oktober 1993 att vid denna andra utvärdering samtliga anbudsgivare, utom EMI, hade fått lägre fiktiva tillägg än de som hade givits vid den första utvärderingen, så att Jonckheeres fiktiva tillägg försvann, medan EMI: s anbud gavs ett tillägg.

49 Kommissionen anser att SRWT — genom att vid tilldelningen av kontraktet beakta de uppgifter som EMI hade lämnat i sin tilläggsanmärkning av den 24 augusti

1993, vilka efter anbudsöppningen ändrade den förbrukning som detta bolag inledningsvis hade angett — har åsidosatt principen om likabehandling av anbudsgivare.

50 Den belgiska regeringen anser för det första att just likabehandlingsprincipen krävde att EMI: s rättelse beaktades vid tilldelningen av kontraktet, eftersom övriga anbudsgivare i sina anbud hade angett resultat som redan var optimala. Regeringen har vidare understrukit att bränsleförbrukning är en uppgift som är objektiv och kan kontrolleras, och att det således inte var fråga om en frivillig ändring eller en ändring som hade följt efter förhandlingar med den upphandlande enheten. Slutligen har denna ändring inte påverkat fordonets eller motorns tekniska karaktär, och således har EMI: s ursprungliga anbud inte ändrats.

51 Inledningsvis skall det erinras om att domstolen i sin dom av den 22 juni 1993, kommissionen mot Danmark (C-243/89, Rec. s. I-3353, punkt 33), även kallad "Storebælt-domen", har ansett att skyldigheten att iaktta principen om likabehandling av anbudsgivare utgör själva kärnan i rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfaranden vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg-och anläggningsarbeten (EGT nr L 185, s. 5).

52 Såsom framgår av artikel 4.2 i det aktuella direktivet gäller samma sak för detta.

53 Det framgår dessutom av trettiotredje övervägandet i direktivet att detta syftar till att garantera ett minimum av insyn vid tilldelningen av de kontrakt som det är tillämpligt på.

54 Under det förfarande när anbuden jämförs måste således i alla stadier både principen om likabehandling av anbudsgivare och principen om insyn iakttas, så att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud.

55 När en upphandlande enhet, som i det aktuella fallet, har valt ett öppet förfarande är denna jämlikhet säkerställd genom den upphandlande enhetens skyldighet enligt artikel 16.1a i direktivet att handla i enlighet med bilaga 12 rubrik A till direktivet. Således är den tvungen att föreskriva en sista dag för anbud, så att alla anbudsgivare har lika lång tid på sig att förbereda sina anbud efter det att meddelandet om upphandling har publicerats, samt uppgift om datum, klockslag och plats för anbudsöppningen, vilket också bidrar till att öka insynen i förfarandet, genom att innehållet i samtliga ingivna anbud offentliggörs på samma gång.

56 Det skall konstateras att när en upphandlande enhet beaktar en ändring i det ursprungliga anbudet från en enda anbudsgivare, har denna anbudsgivare en fördel jämfört med sina konkurrenter, vilket skadar principen om lika behandling av anbudsgivare och försämrar insynen i förfarandet.

57 I det aktuella fallet är det ostridigt dels att den minskning av förbrukningen som EMI har angett i sin tilläggsanmärkning av den 24 augusti 1993 med råge har överskridit den begränsning till åtta procent som EMI hade förutsett i anmärkning 1 som den hade bifogat sina ursprungliga anbud, dels att SRWT vid den slutgiltiga jämförelsen av anbuden har beaktat den senare uppgiften om förbrukningen.

58 Detta överskridande innebär, utan att det är nödvändigt att avgöra om SRWT kunde beakta den nya förbrukning som EMI hade angett i sin tilläggsanmärkning av den 3 augusti 1993, som låg inom den begränsning till åtta procent som bolaget hade förutsett i sitt anbud, att den nya uppgiften om förbrukning av 45 liter/100 km utgjorde en ändring av EMI: s ursprungliga anbud. EMI har nämligen i sina tilläggsanmärkningar åberopat uppgifter från rättelsemeddelandena som det har

förklarat att det hade beaktat i sitt ursprungliga anbud men inte förklarat varför dessa nya tester inte kunde göras före den sista dag som hade bestämts för anbuden. Av detta följer att förbrukningen om 45 liter/100 km inte i något fall borde ha beaktats.

59 Vidare är det viktigt att understryka att den omständigheten att dessa uppgifter har beaktats har, till nackdel för de övriga anbudsgivarna, inneburit en ändring av summan av fiktiva tillägg i förhållande till den första jämförelsen mellan anbuden, så att anbudsgivarnas placering har påverkats.

60 Det skall således konstateras att Konungariket Belgien, genom att beakta de uppgifter som EMI har lämnat vad gäller bränsleförbrukningen i sin tilläggsanmärkning av den 24 augusti 1993, och således efter anbudsöppningen, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt detta direktiv.

Uppgifterna om hur ofta motor och växellåda behöver bytas

61 I punkt 20.2.2.2 i specialhandlingarna föreskrivs:

"20.2.2.2. Arbetstid för montering och demontering, styckepris

Anbudsgivaren skall ange styckepris för byte och arbetstid för montering och demontering av de reservdelar som anges i bilaga 23.

Ett fiktivt avdrag tillämpas ex officio på samtliga anbud för att beakta kostnader för underhåll i enlighet med formuläret i bilaga 23."

62 Det framgår av formuläret i bilaga 23 att ett fiktivt avdrag skulle ges för underhållskostnader för 45 reservdelar till bussen. Beräkningen av detta avdrag skulle, för varje nämnd reservdel, ske genom en formel vars variabler var antalet identiska exemplar av denna reservdel i bussen, arbetstiden för demontering, arbetstiden för montering samt priset och antalet byten som förutsågs för denna reservdel.

63 I bilaga 23 i specialhandlingarna uppmanades anbudsgivarna emellertid att endast ange uppgifter för de tre första variablerna. Vad angick de utbyten som förutsågs, angavs i bilaga 23 på grundval av SRWT: s erfarenhet en konstant sifferuppgift för varje reservdel. För byten av motor och växellåda var dessa sifferuppgifter två respektive tre. Eventuella anbudsgivare uppmanades således inte att ange det antal byten som de förutsåg för dessa två reservdelar.

64 EMI angav i enlighet med bilaga 23 i sitt formulär inget förslag vad gällde det antal byten som förutsågs för de nämnda reservdelarna. I sin tilläggsanmärkning av den 23 augusti 1993 underströk bolaget dock för SRWT att det endast förutsågs en enda motor och 1,25 växellåda vid användningen av dess bussar samt att de sifferuppgifter som SRWT hade fastställt i bilaga 23 således inte borde tillämpas på dess anbud.

65 Den belgiska regeringen har medgivit att SRWT när det har beräknat de fiktiva avdragen för EMI: s anbud har använt dessa nya sifferuppgifter i stället för de som fanns i formuläret i bilaga 23, medan det vid beräkningen av fiktiva avdrag för alla andra anbud har använt de sistnämnda sifferuppgifterna.

66 Kommissionen anser att ett sådant beteende på två sätt åsidosätter principen om lika behandling av anbudsgivare. SRWT har för det första genom att beakta aktuella sifferuppgifter vid tilldelningen av kontraktet tillåtit en av anbudsgivarna att ändra innehållet i sina ursprungliga anbud efter anbudsöppningen. För det andra har SRWT, då dessa nya sifferuppgifter inte överensstämde med föreskrifterna i formuläret i bilaga 23, tilldelat kontraktet till en anbudsgivare med avvikelse från de kriterier som hade föreskrivits i specialhandlingarna.

67 Vad avser den första av dessa två anmärkningar anser kommissionen att om SRWT, till följd av EMI: s uppgifter, mot bakgrund av de inlämnade anbuden, hade kommit fram till att de föreskrifter som det hade fastställt var felaktiga, hade det kunnat ändra dem genom att erbjuda övriga anbudsgivare samma möjlighet att avvika från föreskrifterna. Då SRWT bara har givit EMI denna möjlighet har det skadat principen om likabehandling av anbudsgivare.

68 Den belgiska regeringen anser att EMI inte har ändrat sina ursprungliga anbud, eftersom den materiel som erbjöds var exakt densamma. Regeringen har understrukit att de andra anbudsgivarna också hade kunnat underrätta SRWT om att deras bussar var bättre än vad som föreskrevs i bilaga 23. Den anser att om SRWT inte kunde beakta dessa uppgifter, skulle det ha förhindrats att beakta fördelar hos fordon av senare konstruktion.

69 Det skall erinras om att bilaga 23 i specialhandlingarna inte innehöll någon uppmaning till anbudsgivarna att lämna uppgifter om hur ofta reservdelarna måste bytas ut i deras bussar. Tvärtom hade SRWT fastställt en sifferuppgift för varje reservdel i sitt formulär. Vidare hade SRWT i punkt 20.2.2.2 i specialhandlingarna angett att ett fiktivt avdrag skulle tillämpas på samtliga anbud "i enlighet med formuläret i bilaga 23". De sifferuppgifter som anges där skall anses som föreskrifter i specialhandlingarna.

70 I detta avseende har domstolen i den ovannämnda domen i målet Stora Bält, punkt 37, fastställt att om en upphandlande enhet har fastställt föreskrifter i kontraktshandlingarna innebär principen om likabehandling av anbudsgivare ett krav på att alla anbud skall överensstämma med kontraktshandlingarna, så att en objektiv jämförelse av anbuden garanteras.

71 Av detta följer att föreskrifterna i bilaga 23 fortfarande var tillämpliga på samtliga anbud och att dessa måste överensstämma med föreskrifterna. Följaktligen måste det anses dels att EMI inte kunde "ändra" innehållet i sina ursprungliga anbud vad gäller dessa föreskrifter, dels att det inte var tillåtet för SRWT att beräkna fiktiva avdrag för EMI i enlighet med nya sifferuppgifter som inte överensstämde med föreskrifterna i specialhandlingarna.

72 I detta avseende skall det anmärkas att beaktandet av nya sifferuppgifter med nödvändighet har lett till att EMI givits en reell fördel i jämförelsen av anbuden. Enligt bilaga 23 skulle sifferuppgiften om hur ofta reservdelar behövde bytas ut, i beräkningen av fiktiva avdrag, användas som multiplikator för övriga uppgifter som anbudsgivarna hade lämnat angående kostnader. Vad angår EMI: s fiktiva avdrag har SRWT använt en sifferuppgift för antal byten som var lägre än den som hade föreskrivits i bilaga 23 och som således var lägre än den som hade använts vid beräkningen avseende de andra anbuden. Vid beräkningen av det fiktiva avdraget för underhåll av berörda delar i EMI: s bussar har EMI således haft fördelen av en lägre multiplikator.

73 Då SRWT endast har tillåtit EMI att avvika från föreskrifterna i fråga, är det inte nödvändigt att avgöra om kommissionen med rätta har ansett att SRWT hade kunnat modifiera föreskrifterna i kontraktshandlingarna efter anbudsöppningen om den hade gett samtliga anbudsgivare samma möjlighet att avvika från dem.

74 Slutsatsen angående denna del av anmärkningen blir således att SRWT — genom att tilldela EMI kontraktet på grundval av sifferuppgifter som inte överensstämde med föreskrifterna i bilaga 23 i specialhandlingarna vid beräkningen av detta bolags

fiktiva avdrag för underhållskostnader avseende byte av motor och växellåda — har åsidosatt de upphandlingskriterier som hade uppställts i specialhandlingarna, liksom principen om likabehandling av anbudsgivare. Konungariket Belgien har således underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet på denna punkt.

Den erbjudna materielens tekniska kvalitet

75 I sin tilläggsanmärkning av den 3 augusti 1993 hävdade EMI att de bussar som bolaget erbjöd i den "dagliga användningen" hade egenskaper som "möjliggjorde väsentliga kostnadsbesparingar" för användaren. EMI hade sammanställt två listor över egenskaper hos bussarna som möjliggjorde besparingar (nedan kallade kostnadsbesparande egenskaper).

76 Den första listan, som hade titeln "Besparingar som kan beräknas", rörde de erbjudna "cantilever"-sätena, en anordning för att ta bort imma från sidoglasen samt ett särskilt system för montering i moduler. För var och en av dessa egenskaper preciserade EMI den ekonomiska fördel som denna medförde per buss under dennas livslängd, nämligen 480 000 BFR, 240 000 BFR och 100 000 BFR.

77 Den andra listan, som hade titeln "Besparingar som inte kan beräknas", innehöll åtta egenskaper som enligt EMI bidrog till "besparingar", även om bolaget inte hade utvärderat dem vare sig i sina ursprungliga anbud eller i tilläggsanmärkningen av den 3 augusti 1993.

78 Kommissionen har gjort gällande att SRWT har beaktat dessa kostnadsbesparande egenskaper trots att de varken förekom i upphandlingskriterierna, i meddelandet om upphandling eller i kontraktshandlingarna. Enligt artikel 27.2 i direktivet, vilken är tillämplig i detta fall, kunde SRWT emellertid endast beakta de kriterier som nämns i meddelandet om upphandling eller i kontraktshandlingarna vid

tilldelningen av kontraktet. SRWT har dessutom endast beaktat dessa egenskaper vid bedömningen av EMI: s anbud, medan det för de övriga anbuden strikt har tillämpat de upphandlingskriterier som har nämnts i punkt 20.2 i specialhandlingarna. Detta beteende innebär således att likabehandlingsprincipen även i detta avseende har åsidosatts.

79 I sin anmärkning inför sammanträdet den 6 oktober 1993 har SRWT: s administration hänvisat till dessa kostnadsbesparande egenskaper när den har rekommenderat att leverans 2—6 skall tilldelas EMI. Den har i motiveringen till rekommendationen avseende leverans 2 uppgett att de kostnadsbesparande egenskaperna hade "en icke försumbar ekonomisk påverkan", som "gynnsamt inverkar på kostnaderna för fordonets användning, i högre grad än som framgår av den ekonomiska skillnad som kan utläsas om man endast använder de kriterier som har angett för värderingen".

80 Av akten framgår att för leveranserna 4, 5 och 6 skulle en jämförelse som endast skedde på grundval av de upphandlingskriterier som föreskrivs i punkt 20.2 i specialhandlingarna ha lett till att ett av Van Hools anbud hade hamnat på första plats, medan ett av EMI: s anbud, även med beaktande av tilläggsanmärkningarna om bränsleförbrukning och byte av motor och växellåda, hade hamnat på andra plats. Skillnaden mellan Van Hools bästa anbud och EMI: s anbud på andra plats uppgick till 294 799 BFR, 471 513 BFR och 185 897 BFR för de tre leveranserna. Efter att ha beaktat de kostnadsbesparande egenskaperna bytte dock bolagen plats, så att EMI, trots de nämnda skillnaderna, intog Van Hools förstaplats som rekommenderat anbud för dessa leveranser.

81 Den belgiska regeringen har formellt erkänt att de kostnadsbesparande egenskaperna har beaktats vid beslutet om tilldelning av kontraktet och att detta beaktande har haft en avgörande inverkan på valet av EMI som leverantör för leverans 2—6.

82 Den belgiska regeringen har anfört att det enligt punkt 20.2.1 i specialhandlingarna var tillåtet för SRWT att beakta eventuella förslag, såsom kostnadsbesparande egenskaper. Regeringen har vidare anmärkt att SRWT även enligt artikel 27.3 i direktivet hade rätt att beakta sådana förslag, förutsatt att dessa uppfyllde minimikraven.

83 Regeringen har vidare understrukit att de kostnadsbesparande egenskaperna, vilka var förenliga med minimikraven i specialhandlingarna, inte har värderats vid jämförelsen av anbuden, men att de har beaktats som icke siffersatta egenskaper av komfort och kvalitet, vilket har lett till att EMI: s anbud som helhet betraktat befanns var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare fanns egenskaper rörande teknisk kvalitet med i specialhandlingarna som upphandlingskriterier. Av detta följer enligt regeringen att SRWT kunde beakta de omtvistade kostnadsbesparande egenskaperna.

84 Kommissionen har medgett att anbudsgivare har möjlighet att presentera flera alternativa anbud och att dessa kan beaktas av en upphandlande enhet, dock under förutsättning att likabehandlingsprincipen iakttas. Enligt kommissionen har så emellertid inte skett i det aktuella fallet, eftersom undantaget från de kriterier som föreskrivs i specialhandlingarna ledde till att endast EMI gavs en fördel.

85 Inledningsvis skall det konstateras att de kostnadsbesparande egenskaperna inte fanns med bland de upphandlingskriterier som SRWT hade ställt upp för tilldelning av kontraktet.

86 Förvisso kan rubrikerna över upphandlingskriterier som nämns i punkt 20.2 i specialhandlingarna — om man bortser från de definitioner som följer — läsas som att de har en mycket stor räckvidd (se exempelvis i punkt 20.2.2.4 i specialhandlingarna rubriken över de sju tekniska kriterierna med titeln "Den erbjudna materielens tekniska kvalitet"), så att, såsom den belgiska regeringen har hävdat, samtliga karaktärsdrag rörande den erbjudna materielens tekniska kvalitet är relevanta vid jämförelsen mellan anbuden.

87 Det skall dock erinras om att SRWT själv hade definierat alla tekniska kriterier genom en preciserad formel som fanns under varje rubrik (se punkt 13 i denna dom). Av detta följer att räckvidden av de tekniska kriterierna, oavsett rubrikernas lydelse, var begränsad till de formler genom vilka SRWT hade definierat dem.

88 Det skall understrykas att de upphandlande enheternas skyldighet att enligt artikel 27.2 i direktivet "i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange alla de kriterier, som de avser att tillämpa vid tilldelningen, om möjligt i ordning efter deras betydelse", just syftar till att underrätta potentiella anbudsgivare om de uppgifter som kommer att beaktas för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Samtliga anbudsgivare känner således till de upphandlingskriterier som deras anbud måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt. Detta krav gör dessutom att det säkerställs att principerna om anbudsgivares likabehandling och principen om insyn iakttas.

89 Även om artikel 27.3 i direktivet innebär att de upphandlande enheterna är fria att beakta alternativa anbud, skall denna bestämmelse läsas mot bakgrund dels av de principer som utgör grundvalen för detta direktiv, dels paragraf 2 i samma artikel. För att säkerställa att ett kontrakt tilldelas på grundval av kriterier som samtliga anbudsgivare har kännedom om innan de utformar sina anbud, får en upphandlande enhet således endast beakta alternativa anbud som upphandlingskriterier i den mån som dessa upphandlingskriterier har angetts i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling.

90 Vad gäller den belgiska regeringens argument angående beaktandet av "förslag", räcker det att anmärka att upphandlande enheter enligt artikel 27.3 i direktivet endast får beakta alternativa anbud, men inte förslag. Dessutom nämns sådana förslag inte som upphandlingskriterier i direktivet, och de kan således inte beaktas av en upphandlande enhet vid kontraktstilldelningen.

91 Utan att det är nödvändigt att avgöra om regeln i artikel 27.2 i direktivet innebär att det är omöjligt för en upphandlande enhet att ändra sina upphandlingskriterier under förfarandet, under förutsättning att de iakttar principerna om likabehandling av anbudsgivare och insyn i förfarandet, kan det konstateras att dessa principer inte har beaktats i detta fall.

92 Det skall konstateras att SRWT, vad avser leverans 4—6, endast i EMI: s fall har använt de kostnadsbesparande egenskaper som detta bolag har föreslagit för att kompensera de ekonomiska skillnaderna mellan anbuden från Van Hool på första plats och EMI på andra plats, vilka uppgick till 294 799 BFR, 471 513 BFR och 185 897 BFR. Även om SRWT, som den belgiska regeringen har hävdat, inte har gett de kostnadsbesparande egenskaperna ett preciserat värde, har EMI försett SRWT med en lista över "Besparingar som kan beräknas" (se punkt 76 i denna dom), där den sammanlagda besparingen för varje leverans (820 000 BFR) var mer än tillräcklig för att kompensera för de nämnda skillnaderna.

93 För leveranserna 2 och 3 framgår det å andra sidan av den anmärkning som hade upprättats inför sammanträdet den 6 oktober 1993 att EMI: s omtvistade anbud hade satts på första plats redan innan SRWT hade beaktat de kostnadsbesparande egenskaperna. SRWT kan således inte ha gett dessa kostnadsbesparande egenskaper någon avgörande betydelse för dessa leveranser, eftersom EMI: s anbud redan ansågs som de ekonomiskt mest fördelaktiga. Denna aspekt av anmärkningen har således inte styrkts.

94 Slutsatsen blir att Konungariket Belgien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet, genom att vid jämförelsen mellan anbuden för leverans 4—6 ha beaktat de av EMI föreslagna kostnadsbesparande egenskaperna, utan att ha nämnt dem i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, för att kompensera de ekonomiska skillnaderna mellan anbuden på första plats och EMI: s anbud på andra plats och genom att anta vissa av EMI: s anbud efter att ha beaktat dessa kostnadsbesparande egenskaper.

95 Mot denna bakgrund skall det konstateras att Konungariket Belgien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet

— genom att beakta de uppgifter som EMI hade lämnat om bränsleförbrukningen i sin tilläggsanmärkning av den 24 augusti 1993, och således efter anbudsöppningen,

— genom att tilldela EMI kontraktet på grundval av sifferuppgifter som inte överensstämde med föreskrifterna i bilaga 23 till specialhandlingarna för beräkningen av detta bolags fiktiva avdrag för underhållskostnader vad avser byte av motor och växellåda,

— genom att vid jämförelsen mellan anbuden för leverans 4—6 beakta de av EMI föreslagna kostnadsbesparande egenskaperna, utan att ha nämnt dem i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, för att kompensera de ekonomiska skillnaderna mellan anbuden på första plats och EMI: s anbud på andra plats och genom att anta vissa av EMI: s anbud efter att ha beaktat dessa kostnadsbesparande egenskaper.

Rättegångskostnader

6 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Konungariket Belgien är tappande part och skall därför ersätta rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

följande dom:

1) **Konungariket Belgien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna genom att i en offentlig upphandling som genomfördes av Société régionale wallone du transport beakta de uppgifter som EMI hade lämnat om bränsleförbrukningen i sin tilläggsanmärkning av den 24 augusti 1993, och således efter anbudsöppningen, genom att tilldela EMI kontraktet på grundval av sifferuppgifter som inte överensstämde med föreskrifterna i bilaga 23 till specialhandlingarna för beräkningen av detta bolags fiktiva avdrag för underhållskostnader vad avser utbyte av motor och växellåda, genom att vid jämförelsen mellan anbuden för leverans 4—6 beakta de av EMI föreslagna kostnadsbesparande egenskaperna, utan att ha nämnt dem i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, för att kompensera de ekonomiska skillnaderna mellan anbuden på första plats och EMI: s anbud på andra plats och genom att anta vissa av EMI: s anbud efter att ha beaktat dessa kostnadsbesparande egenskaper.**

2) **Konungariket Belgien förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.**

Edward Moitinho de Almeida Gulmann

Jann Sevón

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 25 april 1996.

R. Grass

Justitiesekreterare

D. A. O. Edward

Ordförande på femte avdelningen