FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)
den 26 februari 2002 *

I mål T-169/00,

Esedra SPRL, Bryssel (Belgien), företrätt av advokaterna G. Vandersanden, É. Gillet och L. Levi, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av X. Lewis och L. Parpala, därefter av H. van Lier och L. Parpala, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

angående dels en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut att inte tilldela sökanden kontraktet i anbudsinfordran nr 99/52/IX.D.1, som sökanden underrättades om genom en skrivelse av den 31 maj 2000, och av kommissionens beslut att tilldela en italiensk företagsgrupp företrädd av Centro Studi Antonio

* Rättegångsspråk: franska.

Manieri Srl detta kontrakt, som sökanden underrättades om genom en skrivelse av den 9 juni 2000, dels en begäran om ersättning för den skada som sökanden anser sig ha lidit på grund av nämnda beslut,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden P. Lindh, samt domarna R. García-Valdecasas och J.D. Cooke,

justitiesekreterare: avdelningsdirektören B. Pastor,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 18 september 2001,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

1 Kommissionens offentliga upphandling av tjänster omfattas av bestämmelserna i första avsnittet (artiklarna 56—64 a) i avdelning IV i budgetförordningen av den

21 december 1977 för Europeiska gemenskapernas allmänna budget (EGT L 356, s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 4, s. 3), som vid den i målet aktuella tidpunkten senast hade ändrats genom rådets förordning (EG, EKSG, Euratom) nr 2673/99 av den 13 december 1999 (EGT L 326, s. 1), som trädde i kraft den 1 januari 2000 (nedan kallad budgetförordningen).

2 I artikel 56 i budgetförordningen föreskrivs följande:

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

3 I artikel 139 i budgetförordningen anges följande: "Kommissionen skall i samråd med Europaparlamentet och rådet och efter det att de övriga institutionerna har yttrat sig anta genomförandebestämmelser för denna budgetförordning."

4 Sålunda antog kommissionen förordning (Euratom, EKSG, EG) nr 3418/93 av den 9 december 1993 om närmare bestämmelser för genomförandet av vissa bestämmelser i budgetförordningen (EGT L 315, s. 1, svensk specialutgåva, område 1, volym 3, s. 43, nedan kallad bestämmelserna för genomförandet av budgetförordningen). Artiklarna 97—105 och 126—129 i dessa bestämmelser är tillämpliga vid offentlig upphandling av tjänster. I artikel 126 anges följande:

"Rådets direktiv om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, leveranser och tjänster skall tillämpas när institutionerna ingår avtal om

beloppen är lika stora som eller större än de belopp som anges i dessa direktiv."

5 Det relevanta direktivet är i förevarande fall rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1) (nedan kallat direktiv 92/50). Tröskelvärdet för tillämpning av direktiv 92/50 är enligt artikel 7.1 a i direktivet 200 000 euro för offentlig upphandling av tjänster som avser bland annat hälsovård och socialtjänst.

Bakgrund till tvisten

6 Kommissionen beslutade år 1994 att låta ett privat bolag överta driften av Centre de la petite enfance Clovis (nedan kallat CPE Clovis), som är inhyst i kommissionens lokaler på boulevard Clovis i Bryssel. CPE Clovis innefattar ett daghem och ett fritidshem som är öppna för barn till anställda vid gemenskapens institutioner. Efter en anbudsinfordran tilldelade kommissionen två italienska bolag, Aristea och Cooperativa italiana di ristorazione, detta kontrakt. Driften av CPE Clovis överläts därefter åt sökanden, som bildades av de två ovannämnda bolagen. Verksamhetskontraktet ingicks för en inledande tvåårsperiod från och med den 1 augusti 1995 med möjlighet till ett års förlängning tre gånger.

7 Genom skrivelse av den 15 april 1999 meddelade sökanden kommissionen att den inte avsåg att begära att kontraktet skulle förlängas till att gälla under år 1999/2000.

8 Den 26 maj 1999 offentliggjorde kommissionen med stöd av direktiv 92/50 i tillägg till *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* ett första meddelande om upphandling av tjänster avseende driften av CPE Clovis (meddelande om upphandling nr 99/S 100-68878/FR, offentliggjort i EGT S 100, s. 35). Tjänsterna hör till kategori 25, Hälsovård och socialtjänst, i bilaga I B till direktiv 92/50. Tre företag anmälde sig som anbudssökande, däribland sökanden och Centro Studi Antonio Manieri Srl (nedan kallat Manieri).

9 Genom en skrivelse av den 2 juli 1999 upplyste kommissionen sökanden om att den hade beslutat att inte tilldela kontraktet avseende driften av CPE Clovis inom ramen för det förfarande som hade inletts den 26 maj 1999, eftersom "de anbudsansökningar som kommit in inte [gav] upphov till tillräcklig konkurrens".

10 Den 10 juli 1999 offentliggjorde kommissionen ett nytt meddelande om upphandling av driften av CPE Clovis (meddelande om upphandling nr 99/S 132-97515/FR, offentliggjort i EGT S 132). Detta meddelande var en exakt kopia av det första meddelandet, och där angavs bland annat att kontraktet skulle komma att tilldelas "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet under hänsyn[s]tagande till de erbjudna priserna och kvaliteten på de erbjudna tjänsterna (utförlig beskrivning finns i [kontraktshandlingarna])". Sju företag anmälde sig som anbudssökande, däribland sökanden och Manieri.

11 Anbudsansökningarna undersöktes den 28 oktober 1999 av en utvärderingsgrupp, som bestod av fyra tjänstemän vid kommissionen (nedan kallad gruppen för utvärdering av anbudsansökningarna). De sju anbudssökande företagen godkändes.

12 Den 29 oktober 1999 sände kommissionen kontraktshandlingarna till de sju företagen. Kriterierna för tilldelning var följande:

"7. Kriterier för tilldelning:

Kontraktet kommer att tilldelas det lägsta och ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till

— det begärda priset, och

— anbudets och den erbjudna tjänstens kvalitet, vilken bedöms med beaktande av följande faktorer (angivna i fallande ordning efter betydelse):

a) projektets pedagogiska värde (40 procent),

b) vilka åtgärder och metoder som skall användas för att lösa frågan med vikarier för frånvarande personal (30 procent),

c) vilka metoder som föreslås för att kontrollera (30 procent)

— tjänstens och förvaltningens kvalitet,

— att arbetskraftens stabilitet upprätthålls,

— projektets pedagogiska genomförande."

13 Kontraktshandlingarna kompletterades med protokollen från besöket på platsen och från det obligatoriska informationsmötet, vilka ägde rum den 24 och den 25 november 1999 (nedan kallade kontraktshandlingarna).

14 Den 7 februari 2000, vilket var den dag då fristen gick ut i detta hänseende, inkom fyra företag med anbud, däribland sökanden och Manieri.

15 Anbuden öppnades den 14 februari 2000. Därefter begärde kommissionen vid flera tillfällen ytterligare upplysningar av anbudsgivarna. Sökanden mottog och besvarade sålunda tre förfrågningar från kommissionen av den 25 och den 29 februari samt av den 17 mars 2000. Manieri tog för sin del emot fem förfrågningar av kommissionen av den 25 (två förfrågningar) och den 29 februari samt av den 3 och den 10 mars 2000, som företaget besvarade den 10 och den 14 mars 2000.

16 Anbuden granskades av tre utvärderingskommittéer.

17 Inledningsvis bedömdes anbuden med avseende på kvalitetskriteriet av en utvärderingskommitté som bestod av sex företrädare för kommissionen och en företrädare för föräldraföreningen (nedan kallad kvalitetsutvärderingskommittén). Kvalitetsutvärderingskommittén lade fram en rapport den 5 april 2000. I rapporten rankades Manieris anbud högst och därefter Esedras.

18 Därefter bedömdes de fyra anbudsgivarnas anbud med avseende på priskriteriet av tjänstemän från kommissionen (nedan kallad prisutvärderingskommittén). Prisutvärderingskommittén upprättade en tabell för ekonomisk utvärdering av anbuden, som rankade Manieris anbud på andra plats och därefter Esedras.

19 Kvalitetsutvärderingskommitténs rapport och nämnda tabell för ekonomisk utvärdering granskades därefter av en kommitté som bestod av sex personer, varav fem hade utsetts i sin egenskap av tjänstemän vid kommissionen och den sjätte i sin egenskap av företrädare för föräldraföreningen (nedan kallad kommittén för utvärdering av anbuden). Kommittén meddelade sin slutliga utvärdering den 7 april 2000. I utvärderingen återges kvalitetsutvärderingskommitténs och prisutvärderingskommitténs slutsatser, och Manieris anbud rankas som det bästa godkända anbudet, då det är det lägsta och det kvalitativt bästa.

20 Till följd av denna bedömning, och efter Rådgivande kommitténs för upphandling och kontrakt positiva yttrande av den 30 maj 2000, tilldelade kommissionen en italiensk företagsgrupp, som företräddes av Manieri och utgjordes av detta och sex andra företag, kontraktet i fråga.

21 Genom en skrivelse av den 31 maj 2000 upplyste kommissionen sökanden om att den inte hade tilldelats det ifrågavarande kontraktet (nedan kallat beslutet att inte tilldela sökanden kontraktet).

22 Genom en skrivelse av den 2 juni 2000 begärde sökandens ombud att kommissionen skulle tillsända dem motiveringen till detta beslut. De begärde även att kommissionen tills vidare inte skulle vidta några åtgärder för att verkställa beslutet att tilldela en annan anbudssökande kontraktet i fråga (nedan kallat beslutet om tilldelning) och att den följaktligen inte skulle ingå det kontrakt som avsågs i kontraktshandlingarna.

23 Genom ett telefax av den 9 juni 2000 lämnade kommissionen upplysningar angående motiveringen till att den italienska företagsgrupp som Manieri företräder hade tilldelats kontraktet i fråga. Vidare avslog kommissionen begäran om att den tills vidare inte skulle verkställa beslutet om tilldelning.

24 Efter tilldelningen av kontraktet i fråga beslutade den grupp som Manieri företräder att överlåta genomförandet till ett nybildat belgiskt bolag vid namn Sapiens för att tillmötesgå ett antal krav som den medlemsstat där tjänsten skulle utföras ställde med avseende på arbetslagstiftning, skattelagstiftning och sociallagstiftning (sociala avgifter och andra rättigheter för arbetstagare, betalning av skatter, tillgång till mervärdesskatteregistreringsnummer, kontroll av småbarnsmiljön i Belgien etc.). Så hade gjorts vid den föregående tilldelningen av kontraktet.

Förfarandet och parternas yrkanden

25 Sökanden har genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 20 juni 2000, väckt talan i förevarande mål.

26 Sökanden har genom särskild handling, som inkom till förstainstansrättens kansli samma dag, ansökt om uppskov med verkställigheten av beslutet om tilldelning och beslutet att inte tilldela sökanden kontraktet.

27 Förstainstansrättens ordförande avslog ansökan om interimistiska åtgärder genom beslut av den 20 juli 2000 i mål T-169/00 R, Esedra mot kommissionen (REG 2000, s. II-2951).

28 Sökanden har i sin ansökan och i sin replik begärt att förstainstansrätten skall anmoda kommissionen att lämna ut ett antal handlingar och ge sökanden tillfälle att yttra sig över handlingarna.

29 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet och begärde som processledande åtgärd enligt artikel 64 i rättegångsreglerna att sökanden skulle besvara en fråga och att kommissionen dels skulle lämna ut vissa handlingar, dels besvara ett antal frågor. Sökanden besvarade förstainstansrättens fråga genom skrivelser av den 28 och den 29 juni 2001, och kommissionen lämnade ut de begärda handlingarna och besvarade förstainstansrättens frågor genom skrivelser av den 22 juni och den 9 samt av den 24 juli 2001.

30 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor vid förhandlingen den 18 september 2001. Sökanden uppgav vid förhandlingen att de handlingar som kommissionen hade lämnat ut räckte för att sökanden skulle kunna förbereda sitt försvar och att den således ansåg att dess begäran om att handlingar skulle lämnas ut hade tillmötesgåtts.

31 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— slå fast att talan kan tas upp till prövning i sak och att den är välgrundad,

— ogiltigförklara beslutet att inte tilldela sökanden kontraktet,

— ogiltigförklara beslutet om tilldelning av kontraktet,

— förplikta kommissionen att betala ett skadestånd på 1 001 574,09 euro, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

32 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla yrkandena om ogiltigförklaring,

— ogilla yrkandet om skadestånd, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

33 Sökanden har i en skrivelse av den 22 oktober 2001 begärt att förstainstansrätten skall återuppta det muntliga förfarandet, eftersom sökanden nyligen fått kännedom om en ny uppgift som gör en ny förhandling motiverad. Kommissionen har i en skrivelse av den 27 november 2001 yttrat sig över begäran och anfört att det varken är nödvändigt eller motiverat att återuppta det muntliga förfarandet.

Yrkandena om ogiltigförklaring

34 Sökanden har åberopat fem grunder till stöd för sin talan om ogiltigförklaring. Den första grunden avser åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen, den andra grunden avser åsidosättande av meddelandet om upphandling och kontraktshandlingarna i fråga om utvärderingen av den finansiella och tekniska kapaciteten hos den anbudsgivare som tilldelades kontraktet, den tredje grunden avser åsidosättande av kontraktshandlingarna i fråga om utvärderingen av anbudens pris och kvalitet, den fjärde grunden avser åsidosättande av motiveringsskyldigheten och den femte grunden avser maktmissbruk.

Den första grunden: Åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen

35 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt icke-diskrimineringsprincipen, som utgör en grundläggande princip vid offentlig upphandling och som direkt anges i artikel 3.2 i direktiv 90/50, enligt vilken "[d]e upphandlande myndigheterna skall säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer". Sökanden har sålunda för det första gjort gällande att den inte gavs samma frist som de övriga anbudssökandena för att inkomma med sitt anbud. För det andra har sökanden gjort gällande att

kommissionen ställde frågor till anbudsgivarna som överskred kravet på klargörande eller rättelse av uppenbara skrivfel i anbuden. För det tredje anser sökanden att utvärderingen av anbuden inte genomfördes på ett opartiskt sätt.

1. Sökandens påstående att den inte gavs samma frist som de övriga anbudssökandena för att inkomma med sitt anbud

Parternas argument

36 Sökanden anser att den inte gavs samma frist som de övriga anbudssökandena för att inkomma med sitt anbud. Den har erinrat om att fristen för att inkomma med anbud, som från början i kontraktshandlingarna fastställdes till den 6 januari 2000, flyttades fram till den 7 februari 2000. Sökanden var emellertid den enda anbudssökanden som inte upplystes om att fristen hade skjutits fram, eftersom det i den skrivelse på italienska som kommissionen tillsände sökanden den 20 december 1999 angavs att den sista dagen för att inkomma med anbud var framskjuten till den 7 januari 2000, och inte den 7 februari 2000. I detta hänseende har sökanden anfört att de övriga anbudssökandena upplystes om fristen den 7 februari genom skrivelser eller telefonsamtal. Sökanden har i synnerhet anmärkt att Manieri, som mottog en skrivelse på italienska med samma fel avseende den nya fristen för att inkomma med anbud, upplystes om felet via telefon. Enligt sökanden var det först den 7 januari 2000, när dess företrädare begav sig till kommissionens kontor för att lämna in anbudet, som sökanden upplystes om att fristen för att inkomma med anbud i själva verket hade flyttats fram till den 7 februari 2000.

37 Sökanden har anfört att den sålunda anpassade sig för att hålla den frist som den hade fått, det vill säga fram till den 7 januari 2000. Den omständigheten att sökanden kunde ta tillbaka sitt anbud den 7 januari och komplettera det och

lämna in det den 7 februari 2000 medförde därför inte att företaget jämställdes med de övriga anbudssökandena, som redan från början kunde fördela arbetet över en längre tidsperiod. I detta hänseende har sökanden uppgivit att den faktiskt inte kunde återuppta arbetet med anbudet förrän den 24 januari 2000, då en del av dess personal, som hade medverkat till att utarbeta anbudet, återkom från sin ledighet och då de externa konsulter som hade anlitats för att förbereda anbudet kunde lösgöra sig från andra uppdrag som de hade åtagit sig efter den 7 januari 2000.

38 Kommissionen har tillbakavisat sökandens argumentation, eftersom fristen för att inkomma med anbud i vart fall var densamma för samtliga anbudssökande, det vill säga den 7 februari 2000, och eftersom sökanden kunde lämna in sitt anbud efter den 6 januari 2000. Det felaktiga datumet i den skrivelse som sändes till sökanden den 20 december 1999 medförde enligt kommissionen ingen diskriminering av sökanden.

Förstainstansrättens bedömning

39 Sökandens påstående att den inte fick samma frist som de övriga kandidaterna för att lämna in anbudet stämmer inte, eftersom fristen flyttades fram lika långt för sökanden som för dem.

40 Det framgår nämligen av handlingarna i målet att kommissionen ursprungligen fastställde fristen för att lämna in anbud till den 6 januari 2000. Detta datum angavs i punkt 2 i de kontraktshandlingar som kommissionen skickade den 29 oktober 1999 till de sju anbudssökande som hade godkänts i urvalsförfarandet.

41 Den 20 december 1999 flyttades fristen för att inkomma med anbud fram till den 7 februari 2000. Till följd av ett skrivfel i det telefax som kommissionen skickade

till Esedra och Manieri, upplystes dessa företag om att fristen hade flyttats fram till den 7 januari i stället för den 7 februari 2000. Manieri upptäckte felet och kontaktade kommissionen för att få ett klargörande, och kommissionen upplyste företaget via telefax den 22 december 1999 om att fristen för inlämnande hade flyttats fram till den 7 februari 2000. Esedra blev däremot vilselett och kom till kommissionen för att lämna in sitt anbud den 7 januari 2000. Emellertid kunde företaget ta tillbaka anbudet och dra nytta av att fristen hade flyttats fram till den 7 februari 2000.

42 I detta avseende noterar rätten att det var Manieri som den 21 december 1999 skickade ett telefax till kommissionen för att påpeka det felaktiga datumet och att kommissionen rättade felet dagen därpå genom att återsända Manieris telefax med en handskriven kommentar som klargjorde att fristen för att lämna in anbud hade flyttats fram till den 7 februari 2000.

43 Det är visserligen olyckligt att kommissionen, när nu felet väl hade uppdagats, inte ansåg att det fanns anledning att kontrollera om det telefax som hade sänts till Esedra innehöll samma fel som det telefax som hade sänts till Manieri, för att kunna kontakta sökanden och rätta till felet. Icke desto mindre är de av sökanden anförda orsakerna till att den inte kunde återuppta arbetet med anbudet förrän den 24 januari 2000 hänförliga till sökanden själv, och inte till att kommissionen för sent upplyste sökanden om att fristen för inlämnande hade skjutits upp. Sökandens påstående att den inte i tid kunde varsla de olika externa konsulter som den hade anlitat, vilka hade tagit på sig andra uppdrag från den 7 januari och inte kunnat bli tillgängliga förrän den 24 januari, har dessutom inte bestyrkts av någon som helst bevisning.

44 Sökanden har i vart fall inte gjort gällande att den omständigheten att den underrättades om den framflyttade fristen för att lämna in anbud den 7 januari 2000 i stället för den 22 december 1999 som Manieri (eller den 20 december 1999 som de övriga anbudssökandena) medförde att den tvingades lämna in ett anbud som inte var tillräckligt utarbetat.

45 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av sökandens invändning att den diskriminerades då fristen flyttades fram.

2. Sökandens påstående att kommissionen ställde frågor till anbudsgivarna som överskred kravet på klargörande eller rättelse av uppenbara skrivfel i anbuden

Parternas argument

46 Sökanden har gjort gällande att kommissionen ställde frågor till Manieri som överskred kravet på klargörande eller rättelse av uppenbara skrivfel i detta företags anbud. Därigenom överträdde kommissionen enligt sökanden dels artikel 99 h.2 i bestämmelserna för genomförandet av budgetförordningen, enligt vilken kommissionen inte får ta kontakt med en anbudsgivare efter öppningen av anbud, såvida inte kontakten syftar till att begära klargöranden eller rätta uppenbara skrivfel i denne anbudsgivares anbud, dels icke-diskrimineringsprincipen, som ligger till grund för artikeln.

47 Sökanden har hävdat att kommissionen ställde flera frågor till Manieri den 25 och den 29 februari samt den 3 mars 2000, på grund av vilka företaget kunde komplettera sitt anbud. Dessa frågor från kommissionen ledde även till att Manieri ställde frågor, vilket utgjorde ytterligare en överträdelse av artikel 99 h.2 i bestämmelserna för genomförandet av budgetförordningen.

48 Kommissionen har tillbakavisat sökandens bedömning. De frågor som ställdes till samtliga anbudsgivare den 25 och den 29 februari 2000 hade enligt kommissionen redan tagits upp i anbuden, och svaren innehöll endast klargöranden, utan

att någon anbudsgivare kunde komplettera sitt anbud. Manieri kompletterade inte sitt anbud, och detta gavs in innan fristen hade löpt ut. Kommissionen anser för övrigt att de tre framställningarna om klargöranden som sökanden har åberopat står helt i överensstämmelse med artikel 99 h.2 i bestämmelserna för genomförandet av budgetförordningen. Kommissionen har i detta hänseende åberopat förstainstansrättens dom av den 8 maj 1996 i mål T-19/95, Adia Interim mot kommissionen (REG 1996, s. II-321). Kommissionen har vidare framhållit att den enda fråga som Manieri ställde till kommissionen rörde de praktiska tillvägagångssätten för att tala ett annat av gemenskapens språk med barnen.

Förstainstansrättens bedömning

49 Rätten erinrar om att det framgår av artikel 99 h.2 i bestämmelserna för genomförandet av budgetförordningen att varje kontakt mellan institutionen och anbudsgivaren är förbjuden efter anbudsöppningen, utom i vissa undantagsfall "om något klargörande krävs i samband med ett anbud, eller om uppenbara skrivfel i anbudet måste korrigeras". I dessa fall kan institutionen ta kontakt med en anbudsgivare (domen i det ovannämnda målet Adia Interim mot kommissionen, punkt 43).

50 I detta hänseende framgår det av de handlingar som kommissionen har givit in inom ramen för ett antal processledningsåtgärder att Manieri fick fem framställningar om klargöranden av kommissionen av den 25 (två framställningar) och den 29 februari samt av den 3 och den 10 mars 2000 och att företaget besvarade dem den 10 och den 14 mars 2000.

51 Inom ramen för processledningsåtgärderna har kommissionen även företett Manieris svar på framställningarna om klargörande och de delar av Manieris anbud som avser frågorna 1, 2, 5 och 6 i det första telefaxet av den 25 februari 2000 samt Manieris svar på frågorna i den första, den tredje och

den fjärde strecksatsen i telefaxet av den 3 mars 2000. Dessutom har kommissionen för var och en av de sju nämnda frågorna uppgett vilka delar av kontraktshandlingarna som utdragen ur Manieris anbud och kommissionens framställningar om klargöranden motsvarar.

52 Rätten skall för var och en av de sju frågor som anges nedan undersöka om Manieris svar på kommissionens frågor skall betraktas som klargöranden av innehållet i anbudet eller tvärtom överskrider gränserna och ändrar anbudets lydelse med avseende på de krav som anges i kontraktshandlingarna. De övriga frågorna har sökanden inte invänt mot.

53 I den första frågan i det första telefaxet av den 25 februari 2000 anmodade kommissionen Manieri att inkomma med "mycket exakta exempel på tänkta planer för personalutbildning (periodicitet, ordningsföljd, utbildningens slag)". Det framgår av handlingarna i målet att Manieris anbud innehöll en detaljerad redogörelse för dess utbildningsplan och att Manieri till svar på kommissionens begäran inkom med en tänkt utbildningsplan som innehöll en tabell med rubriken "plan för personalutbildning".

54 Med hänsyn till dessa handlingar påpekar rätten att de uppgifter som Manieri lämnade i sitt svar redan fanns i den utbildningsplan som hade sänts in med anbudet i enlighet med föreskrifterna i kontraktshandlingarna. Manieris svar klargjorde således endast de uppgifter som nämndes i anbudet för kommissionen utan att anbudets innehåll ändrades.

55 I den andra frågan i det första telefaxet av den 25 februari 2000 anmodade kommissionen Manieri att inkomma med en "beskrivning av psykologiska och yrkesmässiga kontroller (periodicitet, testernas slag)". Det framgår av handlingarna i målet att Manieris anbud innehöll en lista över åtgärder för att begränsa personalens frånvaro, bland annat regelbundna yrkesmässiga och psykologiska kontroller av personalen. Till svar på kommissionens anmodan inkom Manieri med den begärda beskrivningen.

56 Med hänsyn till dessa handlingar påpekar rätten att de psykologiska och yrkesmässiga kontrollerna inte uttryckligen hade begärts i kontraktshandlingarna. Problemet med frånvaro togs emellertid upp i Manieris anbud, där sådana kontroller nämndes, och detta var skälet till att kommissionen begärde klargöranden avseende dessa åtgärder. Manieris svar klargjorde således endast begreppen yrkesmässiga och psykologiska kontroller som nämndes i anbudet för kommissionen utan att anbudets innehåll ändrades.

57 Den femte frågan i det första telefaxet av den 25 februari 2000 hade följande lydelse: "Kommer avtalsparten att stå för kostnaden för inträde på museer och/eller för utflykter? Ange antalet planerade utflykter per år, deras periodicitet och åldersintervallen." Det framgår av handlingarna i målet att de planerade besöken och utflykterna beskrevs i Manieris anbud utan att det uttryckligen angavs att anbudsgivaren skulle stå för kostnaderna för dem. Till svar på kommissionens fråga uppgav Manieri att företaget skulle stå för dessa kostnader. Anbudsgivaren lämnade även upplysningar om antalet, om periodiciteten och om vilka åldersintervall som skulle beröras av utflykterna.

58 Med hänsyn till dessa handlingar påpekar rätten vad beträffar kostnaderna för besök och utflykter att den omständigheten att Manieri inte uttryckligen i anbudet uppgav att den skulle stå för dessa kostnader saknar relevans för förevarande mål. Det angavs nämligen i kontraktshandlingarna att det inte kunde vara på något annat sätt, även om det inte krävdes att detta skulle nämnas i anbudet. Om Manieri hade besvarat kommissionens begäran om klargörande nekande, skulle dess anbud således automatiskt ha underkänts, medan ett jakande svar inte medförde att anbudet förändrades. Vad beträffar dels utflykternas frekvens och periodicitet, dels de åldersintervall som skulle beröras, noterar rätten vidare att Manieri i sitt svar endast upprepade de uppgifter som angavs i anbudet och specificerade de berörda barnens ålder, utan att anbudet därigenom kan anses ha ändrats.

59 Den sjätte frågan i det första telefaxet av den 25 februari 2000 hade följande lydelse: "Gruppstabilitet — Avses part-time med avseende på arbetstimmar, och

i så fall hur många timmar per vecka? — Eller avses part-time med avseende på roller, men med faktisk närvaro på heltid? — Ange med utgångspunkt i den allmänna organisationsplanen och i samma struktur genom att numrera varje anställd som barnskötare 1 till 50 (ex. P1, P2, P3, P4 etc.) för fördelningen över salar och för vars och ens roll (A, B, C, part-time) och gör på samma sätt med lärarna." Det framgår av handlingarna i målet att Manieri i sitt anbud beskrev vilka åtgärder som planerades för att säkerställa gruppstabiliteten för elevgrupperna och lärargrupperna. Det angavs särskilt i anbudet att de lärare som arbetade deltid skulle ha särskilda uppdrag eller se till att det fanns en tredje barnskötare i vissa fall. Till svar på kommissionens begäran inkom Manieri med erforderliga klargöranden beträffande frågan om deltid och med den organisationsplan som kommissionen önskade.

60 Med hänsyn till dessa handlingar påpekar rätten att Manieri i sitt svar beträffande frågan om deltid endast upprepade innehållet i sitt anbud utan att ändra dess lydelse. Rätten noterar för övrigt beträffande den organisationsplan som kommissionen önskade att denna endast illustrerar ovannämnda svar och inte ersätter den kompletta och detaljerade organisationsplan som krävs enligt kontraktshandlingarna, vilken fanns med i Manieris anbud.

61 Den första, den tredje och den fjärde frågan i telefaxet av den 3 mars 2000 hade följande lydelse: "— vänligen beskriv närmare den teoretiska manualen [Hazard Analysis Critical Control Point ('HACCP')] som skall tillämpas när kontraktet inleds och ange hur länge den skall bearbetas.... — vänligen ange vilka interna kontroller som ert bolag kommer att utföra och vilka externa kontroller som Laboraco kommer att utföra. — vänligen ange kontrollernas slag, periodicitet och antal." Det framgår av handlingarna i målet att Manieris anbud dels innehöll en allmän teoretisk beskrivning av vilka åtgärder som skulle vidtas för hygien och städning, dels tog upp hygienfrågorna som en del av genomförandet av ett allmänt system för kvalitetskontroll. För övrigt uppgav Manieri i anbudet att företaget åtog sig att säkerställa tjänsternas hygieniska kvalitet genom att anlita ett specialiserat företag, Laboraco. Till svar på kommissionens framställningar inkom Manieri med erforderliga klargöranden och med en organisationsplan över det planerade systemet för kvalitet och självkontroll samt med en beskrivning av vilka personer som skulle ha ansvar för systemet, en teoretisk lista över kontroller och en teoretisk HACCP-manual.

62 Med hänsyn till dessa handlingar påpekar rätten att Manieri i sitt svar endast klargjorde anbudets innehåll för kommissionen utan att ändra anbudets lydelse. Manieris anbud svarade nämligen mot föreskrifterna i kontraktshandlingarna, enligt vilka varje anbudssökande till sitt anbud skulle bifoga "en kort anteckning om dess eget utvecklingsstadium avseende hygien, personalresurser och kvalifikationer som tagits i anspråk eller i annat fall vilka åtgärder som för närvarande vidtagits för att säkerställa dess tjänsters hygieniska kvalitet", och i Manieris svar angavs bara vilka interna och externa kontroller som planerades. Inte heller den omständigheten att en teoretisk HACCP-manual bifogades som svar på kommissionens begäran kan betraktas som en ändring av anbudet, eftersom anbudet innehöll en allmän teoretisk beskrivning av vilka åtgärder som skulle vidtas med avseende på hygien och städning och HACCP-manualen endast var ett av tillvägagångssätten.

63 Sammanfattningsvis finner rätten, vid en genomgång av kontraktshandlingarna, Manieris anbud, framställningarna om klargöranden och Manieris svar som har behandlats ovan, att kommissionen inte har åsidosatt icke-diskrimineringsprincipen i artikel 3.2 i direktiv 92/50 och artikel 99 h.2 i bestämmelserna för genomförandet av budgetförordningen. Manieris svar på kommissionens framställningar skall nämligen betraktas som klargöranden av anbudets innehåll, som inte på något sätt förändrar anbudets lydelse med avseende på kraven i kontraktshandlingarna.

64 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av sökandens invändning att den diskriminerades genom Manieris svar på kommissionens framställningar om klargörande.

3. Sökandens påstående att utvärderingen av anbuden inte genomfördes på ett opartiskt sätt

65 Utvärderingen av anbuden genomfördes enligt sökanden inte på ett opartiskt sätt, eftersom föräldraföreningen och den partssammansatta förvaltningskommittén

för daghemmet (nedan kallad Cocepe), vilka är obefogat fientligt inställda till sökanden, deltog i utvärderingen. Sökanden anser vidare att kommissionen försökte göra rent hus med det förflutna och avlägsna sökanden från CPE Clovis, eftersom sökanden drev daghemmet när pedofilgärningar påstås ha begåtts år 1997.

66 Sökanden har för det första anfört att föräldraföreningens vice ordförande deltog i förfarandet för utvärdering av de anbud som hade inkommit i förevarande fall. Ordföranden för föräldraföreningen hade dock uttryckt sitt missnöje till kommissionen genom att tillsända den en kopia av en skrivelse som hon hade sänt till en medlem i Cocepe för att klaga på det sätt på vilket sökanden drev CPE Clovis. Vidare hade föräldraföreningen ombett kommissionen att säga upp det kontrakt som då löpte.

67 Rätten finner att det inte kan bestridas att det med hänsyn till föräldrarnas stora ekonomiska deltagande i kostnaderna för CPE Clovis och deras intresse av de pedagogiska frågor som har att göra med barnens välbefinnande är befogat att låta en företrädare för föräldraföreningen delta i utvärderingen av anbuden.

68 Vidare leder inte den omständigheten att ordföranden för föräldraföreningen uttryckte sitt missnöje med Esedras drift av CPE Clovis till slutsatsen att sökanden har diskriminerats. En granskning av den skrivelse som detta påstående bygger på, som var ställd till en medlem av Cocepe och som kommissionen fick en kopia av för kännedom, visar att skrivelsen sändes personligen från en förälder till elever, och inte i föräldraföreningens namn. Skrivelsens författare uppger nämligen inte någon gång att hon är ordförande för föräldraföreningen. Vidare framstår det som om skrivelsens författare i själva verket varken hade för avsikt att skada bilden av sökanden eller sökandens verksamhet, vilket hon klargjorde i samband med den talan mot henne som Esedra väckte.

69 Sökandens påstående att föräldraföreningen begärde att kommissionen skulle säga upp det verksamhetskontrakt med sökanden som tidigare löpte bygger för övrigt endast på ett flygblad från den lokala personalkommittén, och denna handling ger inte vid handen att föreningen framställde någon sådan begäran.

70 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av sökandens invändning att en företrädare för föräldraföreningen deltog i upphandlingsförfarandet i fråga.

71 För det andra har sökanden framhållit att Cocepe följde upphandlingsförfarandet i fråga, vilken togs upp vid kommitténs tvåhundratjugoförsta möte den 24 mars 2000. I detta avseende har sökanden erinrat om att Cocepe, är ett partssammansatt organ där företrädare för personalkommittén ingår. I likhet med föräldraföreningen är den lokala personalkommittén fientligt inställd till sökanden, vilket framgår av den omständigheten att kommittén motsatte sig privatiseringen av verksamheten vid CPE Clovis år 1995.

72 Rätten påpekar att det framgår av specifikationerna i bilagorna till kontraktshandlingarna att Cocepe är ett partssammansatt organ som består av företrädare för administrationen och för personalkommittéerna. Det består av fyra företrädare för kommissionen, två företrädare för rådet, två företrädare för Ekonomiska och sociala kommittén och för Regionkommittén och två företrädare för parlamentet. Inom ramen för CPE Clovis verksamhetskontrakt biträder Cocepe kommissionen i dess uppdrag avseende uppföljning, interinstitutionell samordning och fortlöpande utvärdering. Cocepe bidrar även till övervakningen av CPE Clovis funktion och granskar föräldrarnas framställningar och uttalar sig om daghemmets funktion.

73 Rätten konstaterar dock att ingen medlem av Cocepe deltog i utvärderingen av anbuden inom ramen för upphandlingsförfarandet i fråga. Kommissionen har

särskilt uppgivit att Cocepe inte kan få tillgång till anbudsgivarnas anbud, som endast får företes för utvärderingskommittéerna, vilket sökanden inte har bestridit.

74 Sökanden har inte heller något stöd för påståendet att den omständigheten att Cocepe kunde följa upphandlingsförfarandet i fråga eller skulle kunna intervenera i upprättandet av verksamhetskontraktet står i strid med icke-diskrimineringsprincipen. Cocepe följde visserligen det omtvistade upphandlingsförfarandet, men detta skedde endast genom en allmän framställning över utvecklingen av den genomförda anbudsinfordran under kommitténs tvåhundratjugoförsta möte, som inte påverkade utvärderingsförfarandet.

75 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av sökandens invändning att Cocepe deltog i upphandlingsförfarandet i fråga.

76 För det tredje har sökanden hävdat att till följd av påstådda pedofilgärningar år 1997 utövades påtryckningar på kommissionen för att avlägsna sökanden från driften av CPE Clovis och att kommissionen gav vika för dessa påtryckningar och ville göra rent hus med det förflutna.

77 Rätten konstaterar att sökanden inte har företett något bevis för att de pedofilgärningar som påstås ha begåtts år 1997 har medfört någon diskriminering av sökanden.

78 Det var inte kommissionen, utan sökanden, som sade upp kontraktet om drift av CPE Clovis, vilket visar att kommissionen inte höll sökanden ansvarig för de händelser som skulle ha ägt rum år 1997.

79 Den omständigheten att den lokala personalkommittén kritiserade sökandens sätt att genomföra kontraktet och begärde att kommissionen åter skulle ta över driften av CPE Clovis saknade vidare betydelse för bedömningen av sökandens anbud, eftersom kommittén inte deltog i utvärderingsprocessen.

80 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av sökandens invändning avseende kommissionens påstådda vilja att avlägsna sökanden, eftersom den drev CPE Clovis när pedofilgärningar påstås ha begåtts där år 1997.

81 Det framgår av det anförda att sökanden har fel i sitt påstående att kommissionen inte har genomfört utvärderingen av anbuden på ett opartiskt sätt.

82 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på den första grunden.

Den andra grunden: Åsidosättande av meddelandet om upphandling och kontraktshandlingarna i fråga om utvärderingen av den finansiella och tekniska kapaciteten hos den anbudsgivare som tilldelades kontraktet

83 Sökanden har anfört att den anbudsgivare som tilldelades kontraktet, det vill säga den företagsgrupp som Manieri företräder, inte har den finansiella och tekniska kapacitet som krävs enligt meddelandet om upphandling och kontraktshandlingarna.

1. Den finansiella kapaciteten hos den anbudsgivare som tilldelades kontraktet

Parternas argument

84 Sökanden har hävdat att kommissionen borde ha avlägsnat Manieri från upphandlingsförfarandet i fråga på grund av den otillräckliga finansiella kapaciteten hos företaget och hos de övriga företagen i den grupp som Manieri företräder. På denna punkt har kommissionen åsidosatt meddelandet om upphandling och kontraktshandlingarna, gjort en uppenbart oriktig bedömning, överträtt artikel 34 i direktiv 92/50 och åsidosatt icke-diskrimineringsprincipen.

85 Sökanden har sålunda noterat att gruppen för utvärdering av anbudsansökningarna beslutade att godkänna anbudsansökan från den grupp som Manieri företräder den 28 oktober 1999 utan att ha tillgång till balansräkningarna från tre av de sju företag som gruppen består av. Dessa handlingar inkom nämligen, till följd av kommissionens begäran av den 13 oktober 1999, inte till kommissionen förrän den 3 november 1999. I detta avseende har sökanden anfört att avsaknaden av balansräkningar inte kunde kompenseras genom det solidariska ansvaret mellan medlemmarna i den grupp som Manieri företräder, eftersom kommissionen inte kände till den finansiella kapaciteten hos tre av företagen. De balansräkningar som sändes in när urvalet av anbud skulle ske gjorde det enligt sökanden inte möjligt att slå fast att denna anbudssökande hade den erforderliga finansiella kapaciteten, eftersom kontraktets värde, som sökanden uppskattar till cirka 140 000 000 belgiska franc (BEF) (3 470 509,34 euro) per år, överstiger den sammanlagda omsättningen hos de fyra medlemmar i den grupp som Manieri företräder vars balansräkning kommissionen hade fått del av, som år 1998 uppgick till cirka 60 000 000 BEF (1 487 361,15 euro).

86 Sökanden har vidare invänt mot att gruppen för utvärdering av anbudsansökningarna gav företräde åt analysen av den tekniska kapaciteten framför

utvärderingen av den finansiella kapaciteten. Sökanden anser att det ankommer på kommissionen att utvärdera såväl det finansiella kriteriet som det tekniska kriteriet, och inte ge företräde åt det ena på bekostnad av det andra. I detta hänseende anser sökanden att det, om den finansiella kapaciteten hos den grupp som Manieri företräder inte klart framgick av företagets anbudsansökan, ankom på kommissionen att införskaffa närmare upplysningar på denna punkt enligt artikel 34 i direktiv 92/50. Vidare har sökanden gjort gällande att den eventuella skillnaden mellan de olika medlemsstaternas gällande bestämmelser angående bolags och andra juridiska personers upprättande av balansräkningar och resultaträkningar i brist på fullständig harmonisering på området inte kan motivera att ett kriterium som gemenskapslagstiftaren har velat införa inte skall beaktas. I detta hänseende har sökanden uppgivit att den inte förstår varför en juridisk persons balansräkning eller resultaträkning inte innehåller de begärda uppgifterna, i synnerhet uppgifter om den samlade omsättningen, omsättningen för verksamheten på marknaden i fråga och eventuellt offentligt stöd.

87 Sökanden har för övrigt anfört att Deutsche Banks skrivelse av den 3 februari 2000 inte innehåller någon uppgift av värde för bedömningen, eftersom den inkom för sent och eftersom det i skrivelsen endast anges dels att Manieri kan uppfylla sina finansiella åtaganden, utan att beloppet för kontraktet i fråga anges, dels att företaget har ett gott rykte i sin bransch, vilket inte är den bransch som kontraktet avser, utan undervisning på en högre nivå.

88 Kommissionen har tillbakavisat sökandens argumentation och gjort gällande att den grupp som Manieri företräder hade den erforderliga finansiella kapaciteten för att kunna väljas ut, vilket framgår av de handlingar som denna anbudssökande gav in inom ramen för upphandlingsförfarandet i fråga enligt bestämmelserna i artiklarna 31 och 34 i direktiv 92/50.

Förstainstansrättens bedömning

89 Rätten erinrar om att artikel 31 i direktiv 92/50 har följande lydelse:

"1. Bevis om tjänsteleverantörens finansiella och ekonomiska ställning kan som regel utgöras av en eller flera av följande referenser:

a) Relevanta intyg från banker eller bevis om relevant ansvarsförsäkring för verksamheten.

b) Uppvisande av tjänsteleverantörens balansräkningar eller utdrag ur dessa, om offentliggörande av balansräkningarna krävs enligt bolagslagstiftningen i det land där tjänsteleverantören är etablerad.

c) Uppgift om företagets samlade omsättning och om dess omsättning i samband med sådana tjänster som kontraktet avser under de tre föregående räkenskapsåren.

2. De upphandlande myndigheterna skall i meddelandet om upphandling eller i uppmaningen till anbudsgivning specificera vilken eller vilka av de referenser som nämns i punkt 1 som de har valt samt vilka andra referenser som skall företes.

3. Om en tjänsteleverantör har godtagbart skäl för att inte förete de referenser som de upphandlande myndigheterna begär, får han dokumentera sin ekonomiska och finansiella ställning på varje annat sätt som den upphandlande myndigheten finner lämpligt."

90 I artikel 34 i direktiv 92/50 anges för övrigt följande: "De upphandlande myndigheterna kan inom de ramar som anges i artiklarna 29—32 uppmana tjänsteleverantörerna att komplettera eller förtydliga ingivna intyg och dokument."

91 Enligt artikel 31.2 i direktiv 92/50 utgör sålunda meddelandet om upphandling de föreskrifter som är relevanta för bedömningen av huruvida kommissionen kunde godkänna anbudsansökan från den företagsgrupp som Manieri företräder utan att göra sig skyldig till ett uppenbart och allvarligt fel.

92 I punkt 13 i meddelandet om upphandling, som rör upplysningar om tjänsteleverantörens egen situation samt de uppgifter och formella förfaranden som är nödvändiga för att kunna bedöma om han uppfyller de ekonomiska och tekniska minimikrav som ställs på honom, anges att anbudssökandena ovillkorligen tillsammans med sin anhållan om deltagande och med angivande av referensen 99/52/IX.D.1 skall inkomma med följande handlingar:

"...

3) en kopia av balansräkningarna och resultaträkningarna för de tre senast föregående räkenskapsåren eller om den sökande på grund av legitimt skäl inte har möjlighet att tillhandahålla dem, alla andra handlingar som bevisar hans finansiella kapacitet,

4) en handling som anger den årliga samlade omsättningen uppnådd under de tre senast föregående räkenskapsåren,

5) en handling som visar den årliga omsättningen specifikt vad beträffar det område som beträffar föreliggande anmodan att lämna anbud uppnådd under de tre senast föregående räkenskapsåren,

..."

93 Vidare anges i punkt 9 i meddelandet om upphandling, beträffande fall där en grupp tjänsteleverantörer inkommer med ett anbud, att alla medlemmarna av gruppen skall vara "gemensamt och solidariskt" ansvariga för att fullfölja kontraktet. I punkt 12 anges att en garanti för kontraktets riktiga fullföljande med ett belopp på 400 000 euro kommer att begäras av det företag som tilldelas kontraktet innan det träder i kraft.

94 Slutligen ges kommissionen genom meddelandet om upphandling ett visst utrymme för skönsmässig bedömning, eftersom det anges i punkt 15.2 att kommissionen kan underkänna en anbudsansökan som inte innehåller samtliga upplysningar som begärs i punkt 13. Meddelandet om upphandling innehåller således inte någon förpliktelse för kommissionen att underkänna ofullständiga anbudsansökningar.

95 I detta hänseende erinrar rätten om att kommissionen har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vad som skall beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran och att förstainstansrättens prövning endast skall avse en kontroll av att det inte har förekommit allvarliga och uppenbara fel (domstolens dom av den 23 november 1978 i mål 56/77, Agence européenne d'interims mot kommissionen, REG 1978, s. 2215, punkt 20, förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet Adia Interim mot kommissionen, punkt 49, och av den 6 juli 2000 i mål T-139/99, AICS mot parlamentet, REG 2000, s. II-2849, punkt 39).

96 I förevarande fall genomfördes utvärderingen av den finansiella kapaciteten hos Manieri och de övriga gruppmedlemmar som detta företag företräder i två etapper, nämligen när anbudsansökningarna valdes ut och, i ett senare skede, innan kontraktet i fråga tilldelades.

97 Vad beträffar den första etappen framgår det av handlingarna i målet att Manieris anbudsansökan då anbudsansökningarna valdes ut innehöll dels en kopia av balansräkningarna och resultaträkningarna för de tre senast föregående räkenskapsåren för fyra av de sju företag som utgjorde den grupp som Manieri företräder och en "ersättningshandling" för de tre övriga gruppmedlemmarna (enligt punkt 13.3 i meddelandet om upphandling), dels en handling där den årliga samlade omsättningen under de tre senast föregående räkenskapsåren angavs för vart och ett av de sju företagen (enligt punkt 13.4 i meddelandet om upphandling) och där deras årliga omsättning under de tre senast föregående räkenskapsåren angavs specifikt för det område som anbudsinfordran i fråga avsåg (enligt punkt 13.5 i meddelandet om upphandling).

98 Kommissionen kan således med hänsyn till institutionens utrymme för skönsmässig bedömning enligt meddelandet om upphandling inte klandras för att den inte underkände Manieris anbudsinfordran endast på grund av att företaget inte motiverade varför det inte fanns några kopior av balansräkningarna och resultaträkningarna för tre av de sju medlemmarna i den grupp som företaget företräder.

99 Kommissionen förfogade nämligen över andra uppgifter med hjälp av vilka den, i avsaknad av balansräkningar och resultaträkningar kunde bedöma den finansiella kapaciteten hos den grupp som Manieri företräder.

100 I banken Rolo Bancas skrivelse 1473 av den 17 juni 1999, som bifogades Manieris anbudsansökan, angavs sålunda att sistnämnda företag förfogade över tillräckliga finansiella medel. En sådan handling kan betraktas som ett

"[r]elevant... intyg från [en] bank..." i den mening som avses i artikel 31.1 a i direktiv 92/50, som i sig kan styrka en anbudssökandes finansiella kapacitet och som kommissionen kan beakta inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning.

101 Manieris förslag den 23 oktober 1999 att från och med den dagen lämna en sådan bankgaranti på 400 000 euro som anges i punkt 12 i meddelandet om upphandling kunde också göra det möjligt för kommissionen att bedöma denna anbudssökandes finansiella kapacitet som tillräcklig.

102 Detta gäller även för den förklaring som bifogades Manieris skrivelse av den 23 oktober 1999, genom vilken de sju medlemmarna av den grupp som företaget företräder åtog sig att fullfölja kontraktet "gemensamt och solidariskt" i enlighet med punkt 9 i meddelandet om upphandling.

103 Dessa uppgifter framstår som särskilt relevanta i förevarande fall, eftersom anbudssökandenas finansiella kapacitet vid offentlig upphandling av tjänster snarare skall bedömas i förhållande till sökandenas förutsättningar att betala sin personal och sina fordringsägare om de tilldelas kontraktet i fråga än i förhållande till kontraktets värde. I det utkast till ramavtal som bifogades kontraktshandlingarna uppgavs sålunda att kommissionen åtar sig att betala uppkomna skulder inom 60 dagar, vilket i stort sett begränsar den risk som har att göra med anbudssökandens finansiella kapacitet till att avse utgifterna under de två månader då det går att förlita sig på institutionen, och inte till exempel till kontraktets årliga värde, som kommissionen har uppskattat till 4 000 000 euro. Under dessa omständigheter är ett bankintyg, ett erbjudande om garanti eller ett "gemensamt och solidariskt" åtagande särskilt lämpliga för att bedöma en anbudssökandes finansiella kapacitet.

104 Den omständigheten att den tekniska kapaciteten har givits företräde framför den finansiella kapaciteten när anbudssökandena valdes ut innebär inte heller att bedömningen av den finansiella kapaciteten helt har uteblivit. I de slutsatser som

gruppen för utvärdering av anbudsansökningarna drog, enligt vilka anbudssökandenas finansiella kapacitet inte klart framgår av de lämnade uppgifterna om omsättning, eftersom de har beviljats vissa stöd och subventioner, framhålls nämligen uttryckligen att en djupgående kontroll av de föreslagna anbudsgivarnas finansiella täckning bör göras innan kontraktet tilldelas.

105 I detta hänseende påpekar rätten att kommissionen i enlighet med nämnda begäran av gruppen för utvärdering av anbudsansökningarna kontrollerade den finansiella kapaciteten hos den grupp som Manieri företräder när denna väl hade föreslagits som den anbudsgivare som skulle tilldelas kontraktet.

106 Kommissionen begärde sålunda den 13 oktober 1999 att de balansräkningar och resultaträkningar för tre medlemmar av den av Manieri företrädda gruppen som inte hade bifogats företagets anbudsansökan skulle företes, eller i vart fall att företaget skulle motivera varför dessa handlingar inte kunde företes i enlighet med artikel 34 i direktiv 92/50. Nämnda balansräkningar och resultaträkningar inkom till institutionen den 3 november 1999 och kompletterade sålunda denna anbudsansökan.

107 Därefter tillsände Manieri även kommissionen en skrivelse från Deutsche Bank av den 3 februari 2000, där det angavs att Manieri ensamt "har finansiella medel, kan uppfylla sina åtaganden och har ett gott rykte". Denna andra skrivelse, som tillkommer utöver banken Rolo Bancas skrivelse 1473 av den 17 juni 1999, utgör ytterligare ett intyg om denna anbudssökandes finansiella kapacitet.

108 Av det anförda följer att kommissionen inte åsidosatte meddelandet om upphandling eller kontraktshandlingarna, inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning, inte överträdde artikel 34 i direktiv 92/50 och inte åsidosatte icke-diskrimineringsprincipen vid bedömningen av den finansiella kapaciteten hos Manieri och hos de övriga medlemmarna i den grupp som företaget företräder.

109 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av sökandens invändning avseende den otillräckliga finansiella kapaciteten hos den anbudsgivare som tilldelades kontraktet.

2. Den tekniska kapaciteten hos den anbudsgivare som tilldelades kontraktet

Parternas argument

110 Sökanden har hävdat att kommissionen borde ha avlägsnat Manieri från upphandlingsförfarandet i fråga på grund av företagets otillräckliga tekniska kapacitet. På denna punkt har kommissionen åsidosatt meddelandet om upphandling och gjort en uppenbart oriktig bedömning.

111 Vad avser den tekniska kapaciteten hos den anbudsgivare som tilldelades kontraktet i fråga har sökanden anfört att Manieris bolagsändamål är oförenligt med att driva daghem, eftersom det avser undervisning på en högre nivå. Sökanden har vidare påpekat att det av samtliga bolag i den grupp som Manieri företräder endast är bolaget Garden Bimbo, med bara elva anställda, som har småbarnsverksamhet och ett bolagsändamål som har att göra med sådana tjänster som kontraktet i fråga avser. Detta bolagsändamål anger dock enligt sökanden inte huruvida företaget har den tekniska kapacitet som behövs för att genomföra kontraktet i fråga, eftersom kontraktet även avser grupper för barn under ett år.

112 Sökanden har för övrigt anfört att den grupp som Manieri företräder överlät genomförandet av kontraktet i fråga till ett belgiskt bolag vid namn Sapiens. Sapiens förfogar dock inte över den erforderliga kapaciteten för att genomföra kontraktet, eftersom dess enda aktieägare är en fysisk person och Manieri och de

övriga medlemmarna av gruppen, bland andra Garden Bimbo, inte äger någon del av dess kapital. Vidare anser sökanden att den personal som Sapiens har anlitat inte har tillräckliga kvalifikationer och inte har den yrkeserfarenhet som krävs, vilket omvittnas i de negativa omdömen som sökanden har fått höra angående genomförandet av kontraktet i fråga.

113 Kommissionen har anfört att den anbudsgivare som tilldelades kontraktet uppfyller de tekniska kriterier som uppställs i meddelandet om upphandling och i kontraktshandlingarna och har tillräcklig teknisk kapacitet.

Förstainstansrättens bedömning

114 Rätten erinrar avseende denna fråga inledningsvis om att kommissionen har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning och att förstainstansrättens prövning endast skall avse en kontroll av att det inte har förekommit allvarliga och uppenbara fel (se ovan punkt 95).

115 I detta hänseende noterar rätten att de upplysningar som är nödvändiga för att kunna utvärdera om anbudssökandena uppfyller de tekniska minimikrav som ställs anges på följande sätt i punkt 13 i meddelandet om upphandling:

»...

6) en handling som visar sökande[n]s arbetsstyrka i årsgenomsnitt och antalet ledande personal under de tre senast föregående åren,

7) en förteckning över de huvudsakliga kontrakt på det område som föreliggande anmodan att lämna anbud avser, som tillhandahållits under loppet av de tre senaste åren med angivande av beloppen, datum samt namn, adress och telefonnummer för tjänsternas mottagare,

8) en uttömmande beskrivning av de olika åtgärder som den sökande tagit för att kontrollera kvaliteten på tjänsterna,

9) hänvisning till den del av kontraktet som den sökande möjligen avser att lägga ut på underentreprenörer och sätten för kvalitetskontroll och ledningen av planerad underentreprenad."

116 I likhet med vad som gäller för upplysningarna om den finansiella kapaciteten, kan kommissionen enligt punkt 15.2 i meddelandet om upphandling underkänna ett anbud som är ofullständigt med avseende på upplysningar om den tekniska kapaciteten.

117 Beträffande sökandens argument avseende bolagsändamålet för de företag som är medlemmar av den grupp som Manieri företräder, påpekar rätten att bolagsändamålet inte finns omnämnt bland de i meddelandet om upphandling uppräknade kriterier som kan beaktas vid bedömningen av en anbudssökandes tekniska kapacitet. Ett sådant kriterium skulle dessutom riskera att medföra artificiella resultat, eftersom ett företags bolagsändamål kan anges som mycket omfattande och eftersom det kan ändras.

118 Detta argument är för övrigt inte riktigt i sak vad gäller Manieri. En granskning av företagets bolagsändamål ger nämligen vid handen att det inte bara omfattar undervisning på en högre nivå, utan även bland annat förskola och fritidshem, vilket sålunda omfattar småbarnsverksamhet.

119 Beträffande sökandens invändningar mot Sapiens noterar rätten dels att detta bolag bildades i juni 2000, efter det att anbudssökandena hade valts ut och kontraktet i fråga hade tilldelats, och att invändningarna sålunda saknar relevans för utvärderingen av den tekniska kapaciteten hos den grupp som Manieri företräder, dels att kommissionen har hävdat att den största delen av Sapiens personal tidigare var anställd av sökanden, vilket inte har bestridits.

120 Som kommissionen har anfört i sitt meddelande till Rådgivande kommittén för upphandling och kontrakt av den 10 maj 2000 medförde bildandet av ett belgiskt bolag, som Sapiens, vidare att ett antal krav som den medlemsstat där tjänsterna skulle utföras ställde med avseende på arbetslagstiftning, skattelagstiftning och sociallagstiftning (sociala avgifter och andra rättigheter för arbetstagare, betalning av skatter, tillgång till mervärdesskatteregistreringsnummer, kontroll av småbarnsmiljön i Belgien etc.) kunde tillmötesgås.

121 När anbudssökandena valdes ut innehöll anbudsansökan från den företagsgrupp som Manieri företräder för övrigt en handling som visade arbetsstyrkan i genomsnitt och antalet ledande personal under de tre senast föregående åren i enlighet med punkt 13.6 i meddelandet om upphandling.

122 Av slutsatserna från gruppen för utvärdering av anbudsansökningarna framgår emellertid att uppgifterna om arbetsstyrkan inte betraktades som tillförlitliga eller avgörande, eftersom det inte var anbudssökandena som direkt skulle genomföra kontraktet, utan ett belgiskt bolag som de skulle bilda, och eftersom den största delen av personalen skulle rekryteras på plats.

123 Anbudssökandenas tekniska kapacitet bedömdes således med utgångspunkt i de övriga kriterierna i meddelandet om upphandling, det vill säga en förteckning över vilka huvudsakliga kontrakt som hade genomförts på området för

föreliggande anbudsinfordran under de tre senaste åren (punkt 13.7 i meddelandet om upphandling), vilka åtgärder som vidtagits för att säkerställa kontrollen av kvaliteten (punkt 13.8 i meddelandet om upphandling) och vilken del av kontraktet som eventuellt skulle läggas ut på underentreprenörer och sätten för kvalitetskontroll av underentreprenaden (punkt 13.9 i meddelandet om upphandling).

124 Gruppen för utvärdering av anbudsansökningarna ansåg i förevarande fall att Manieris anbudsansökan, för övrigt i likhet med de sex övriga anbudssökandenas ansökningar, var tillfredsställande. Det framgår särskilt av slutsatserna från gruppen för utvärdering av anbudsansökningarna att Manieri i likhet med de sex övriga anbudssökandena hade inkommit med samtliga begärda upplysningar och därmed uppfyllde kraven i punkt 13.7—13.9 i meddelandet om upphandling.

125 Sökanden har således fel i sitt påstående att kommissionen åsidosatte meddelandet om upphandling och gjorde en uppenbart oriktig bedömning vid undersökningen av den tekniska kapaciteten hos Manieri eller hos de övriga medlemmarna i den grupp som företaget företräder. Av detta följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av sökandens invändningar avseende den otillräckliga tekniska kapaciteten hos den anbudsgivare som tilldelades kontraktet.

126 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på den andra grunden.

Den tredje grunden: Åsidosättande av kontraktshandlingarna i fråga om utvärderingen av anbudens pris och kvalitet

127 Sökanden har gjort gällande att Manieris anbud omöjligen kan vara bättre än sökandens med avseende på de pris- och kvalitetskriterier som anges i kontraktshandlingarna.

128 Rätten erinrar i detta hänseende om att de kriterier för tilldelning av kontraktet i fråga som ställs upp i kontraktshandlingarna är följande:

"7. Kriterier för tilldelning:

Kontraktet kommer att tilldelas det lägsta och ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till

— det begärda priset, och

— anbudets och den erbjudna tjänstens kvalitet, vilken bedöms med beaktande av följande faktorer (angivna i fallande ordning efter betydelse):

a) projektets pedagogiska värde (40 procent),

b) vilka åtgärder och metoder som skall användas för att lösa frågan med vikarier för frånvarande personal (30 procent),

c) vilka metoder som föreslås för att kontrollera (30 procent)

— tjänstens och förvaltningens kvalitet,

— att arbetskraftens stabilitet upprätthålls, och

— projektets pedagogiska genomförande."

1. Utvärderingen av de priser som anbudsgivarna begärde

129 Parterna har inte bestridit följande omständigheter.

130 Utvärderingen av de priser som anbudsgivarna begärde gjordes med utgångspunkt i de uppgifter som hade lämnats i enlighet med anvisningarna i "anbudsgivningsförteckning 2 av 3" (nedan kallad förteckningen), som var bilagd kontraktshandlingarna. I förteckningen föreskrevs att anbudsgivarna skulle ange ett "sammantaget, i förväg fastställt, pris per månad inklusive samtliga avgifter för genomförandet av den totala administrativa och pedagogiska driften av CPE Clovis" med åtskillnad mellan daghemmet och fritidshemmet. I förteckningen gjordes åtskillnad mellan fem olika priskategorier:

— Priset "per barn som är inskrivet vid daghemmet vid CPE Clovis" (i euro/månad),

— Priset "per plats vid daghemmet vid CPE Clovis som är reserverad under högst fyra månader utan att barnet utnyttjar platsen" (i euro/månad),

— Priset "per barn som är inskrivet vid fritidshemmet vid CPE Clovis" (i euro/månad)

— Priset "per plats vid fritidshemmet vid CPE Clovis som är reserverad under högst fyra månader utan att barnet utnyttjar platsen" (i euro/månad), och

— Priset per "extra öppethållande utöver en kvart utanför de vanliga öppettiderna för CPE [Clovis]" (i euro/kvart).

131 Kommissionen genomförde utvärderingen av priserna i anbuden med utgångspunkt i de uppgifter som hade lämnats i enlighet med anvisningarna i förteckningen (det vill säga priset avseende var och en av de fem ovannämnda kategorierna) med beaktande av tre antaganden om beläggningen vid CPE Clovis:

— Antagande A: det genomsnittliga antal barn som faktiskt hade varit närvarande under år 1999.

— Antagande B: det genomsnittliga antal barn som lokalerna var anpassade för.

— Antagande C: det högsta antal barn som lokalerna var anpassade för.

132 Genom att beakta tre antaganden om beläggningen vid CPE Clovis och inte bara de uppgifter som krävdes enligt förteckningen gjorde kommissionen enligt

sökanden ett rättsstridigt avsteg från kontraktshandlingarna. Sökanden påpekade vid förhandlingen att en utvärdering i enlighet med föreskrifterna i kontraktshandlingarna, det vill säga med utgångspunkt i en summering av de priser som begärdes för var och en av de fem kategorier som nämns i förteckningen, skulle ha lett kommissionen till slutsatsen att sökandens anbud var billigare än Manieris.

133 För det andra har sökanden anfört att kommissionen, för det fall den kunde göra avsteg från anbudsgivningsförteckningarna, i vart fall var tvungen att motivera sig. Den anförda motiveringen, det vill säga att "en direkt jämförelse mellan de olika prisuppgifterna i anbudsgivningsförteckningen inte var möjlig", gav inte kommissionen rätt att åsidosätta kontraktshandlingarna.

134 Kommissionen anser tvärtom att utvärderingen av priserna gjordes helt i enlighet med de kriterier som i förväg hade fastställts i kontraktshandlingarna.

135 Rätten erinrar avseende denna fråga inledningsvis om att kommissionen har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning och att förstainstansrättens prövning endast skall avse en kontroll av att det inte har förekommit allvarliga och uppenbara fel (se ovan punkt 95).

136 Som har angivits ovan gjordes utvärderingen av priserna i anbuden med utgångspunkt i de priser som varje anbudsgivare hade begärt för var och en av de fem kategorier som angavs i förteckningen. Esedra och Manieri hade begärt följande priser:

— Esedra: 1 090 euro per barn som är inskrivet vid daghemmet, 430 euro per reserverad plats vid daghemmet, 965 euro per barn som är inskrivet vid fritidshemmet, 300 euro per reserverad plats vid fritidshemmet och 5 euro per extra kvart.

— Manieri: 1 050 euro per barn som är inskrivet vid daghemmet, 880,64 euro per reserverad plats vid daghemmet, 940 euro per barn som är inskrivet vid fritidshemmet, 788,37 euro per reserverad plats vid fritidshemmet och 6 euro per extra kvart.

137 Härvid skall framhållas att de priser som begärdes i var och en av de kategorier som ovan nämns är enhetspriser (för varje barn som är inskrivet vid daghemmet eller fritidshemmet, för varje reserverad plats vid daghemmet eller fritidshemmet eller för varje kvart).

138 Vart och ett av dessa priser multiplicerades därefter med motsvarande antal barn som skulle vara inskrivna vid daghemmet eller fritidshemmet, reserverade platser vid daghemmet eller fritidshemmet eller kvartar som kommissionen använde sig av i vart och ett av sina tre antaganden om beläggningen på CPE Clovis. Härvid användes följande uppgifter:

— Antagande A (det genomsnittliga antal barn som faktiskt hade varit närvarande under år 1999): 211,08 barn inskrivna vid daghemmet, 2 reserverade platser vid daghemmet, 60,33 barn inskrivna vid fritidshemmet, 2 reserverade platser vid fritidshemmet och 12,5 extra kvartar.

— Antagande B (det genomsnittliga antal barn som lokalerna var anpassade för): 253 barn inskrivna vid daghemmet, 2 reserverade platser vid daghemmet, 55 barn inskrivna vid fritidshemmet, 2 reserverade platser vid fritidshemmet och 12,5 extra kvartar.

— Antagande C (det högsta antal barn som lokalerna var anpassade för): 270 barn inskrivna vid daghemmet, 0 reserverade platser vid daghemmet, 108 barn inskrivna vid fritidshemmet, 0 reserverade platser vid fritidshemmet och 12,5 extra kvartar.

139 För antagande A (det genomsnittliga antal barn som faktiskt hade varit närvarande under år 1999) gav utvärderingen följande resultat:

— Esedra: För var och en av kategorierna uppgick priset per månad till 230 080,83 euro, det vill säga 1 090 euro × 211,08 (barn inskrivna vid daghemmet), 860 euro, det vill säga 430 euro × 2 (reserverade platser vid daghemmet), 58 221,67 euro, det vill säga 965 euro × 60,33 (barn inskrivna vid fritidshemmet), 600 euro, det vill säga 300 euro × 2 (reserverade platser vid fritidshemmet), respektive 62,50 euro, det vill säga 5 euro × 12,5 (extra kvartar). Det totala genomsnittet per månad uppgick således till 289 825 euro.

— Manieri: För var och en av kategorierna uppgick priset per månad till 221 637,50 euro, det vill säga 1 050 euro × 211,08 (barn inskrivna vid daghemmet), 1 761,28 euro, det vill säga 880,64 euro × 2 (reserverade platser vid daghemmet), 56 713,33 euro, det vill säga 940 euro × 60,33 (barn inskrivna vid fritidshemmet), 1 576,74 euro, det vill säga 788,37 euro × 2 (reserverade platser vid fritidshemmet), respektive 75 euro, det vill säga 6 euro × 12,5 (extra kvartar). Det totala genomsnittet per månad uppgick således till 281 763,85 euro.

140 För antagande B (det genomsnittliga antal barn som lokalerna var anpassade för) gav utvärderingen följande resultat:

— Esedra: För var och en av kategorierna uppgick priset per månad till 275 770 euro, det vill säga 1 090 euro × 253 (barn inskrivna vid daghemmet),

860 euro, det vill säga 430 euro × 2 (reserverade platser vid daghemmet), 53 075 euro, det vill säga 965 euro × 55 (barn inskrivna vid fritidshemmet), 600 euro, det vill säga 300 euro × 2 (reserverade platser vid fritidshemmet), respektive 62,50 euro, det vill säga 5 euro × 12,5 (extra kvartar). Det totala genomsnittet per månad uppgick således till 330 367,50 euro.

— Manieri: För var och en av kategorierna uppgick priset per månad till 265 650 euro, det vill säga 1 050 euro × 253 (barn inskrivna vid daghemmet), 1 761,28 euro, det vill säga 880,64 euro × 2 (reserverade platser vid daghemmet), 51 700 euro, det vill säga 940 euro × 55 (barn inskrivna vid fritidshemmet), 1 576,74 euro, det vill säga 788,37 euro × 2 (reserverade platser vid fritidshemmet), respektive 75 euro, det vill säga 6 euro × 12,5 (extra kvartar). Det totala genomsnittet per månad uppgick således till 320 763,02 euro.

141 För antagande C (det högsta antal barn som lokalerna var anpassade för) gav utvärderingen följande resultat (rätten erinrar om att det i detta antagande inte fanns några reserverade platser vid daghemmet eller vid fritidshemmet):

— Esedra: För var och en av kategorierna uppgick priset per månad till 294 300 euro, det vill säga 1 090 euro × 270 (barn inskrivna vid daghemmet), 104 220 euro, det vill säga 965 euro × 108 (barn inskrivna vid fritidshemmet), respektive 62,50 euro, det vill säga 5 euro × 12,5 (extra kvartar). Det totala genomsnittet per månad uppgick således till 398 582,50 euro.

— Manieri: För var och en av kategorierna uppgick priset per månad till 283 500 euro, det vill säga 1 050 euro × 270 (barn inskrivna vid daghemmet), 101 520 euro, det vill säga 940 euro × 108 (barn inskrivna vid fritidshemmet), respektive 75 euro, det vill säga 6 euro × 12,5 (extra kvartar). Det totala genomsnittet per månad uppgick således till 385 095 euro.

142 Resultaten av kommissionens utvärdering av priserna i anbuden med nämnda metod ger vid handen att Manieris anbud för vart och ett av de tre undersökta antagandena är mer intressant än Esedras anbud.

143 Det kan inte bestridas att enhetspriset per barn måste multipliceras med det totala antalet enheter (barn som är inskrivna vid daghemmet eller vid fritidshemmet, reserverade platser vid daghemmet eller vid fritidshemmet eller extra kvartar) för att priserna i de olika anbuden skall kunna utvärderas.

144 Sökandens inställning i detta hänseende saknar helt logik. Om enhetspriserna per barn är det enda som beaktas, går det nämligen inte att avgöra det totala pris per månad som kommissionen skall betala till leverantören för driften av CPE Clovis, eftersom detta totala pris naturligtvis kommer att bero på antalet barn som är inskrivna vid daghemmet och vid fritidshemmet, antalet reserverade platser vid daghemmet och vid fritidshemmet och antalet extra kvartar. Det är först om varje enhetspris per barn multipliceras med det planerade totala antalet barn, reserverade platser och extra kvartar som anbudens belopp kan avgöras och anbuden kan jämföras.

145 Rätten påpekar för övrigt att de tre antaganden om beläggning som kommissionen gjorde bygger på rimliga uppgifter, nämligen den genomsnittliga verkliga beläggningen vid CPE Clovis under ett referensår, som var år 1999, den planerade genomsnittliga beläggningen och den högsta möjliga beläggningen, och att sökanden huvudsakligen kände till dessa uppgifter. Vad beträffar antagande B anges sålunda i kontraktshandlingarna det genomsnittliga antalet inskrivna barn vid daghemmet (253 barn) och vid fritidshemmet (55 barn). Beträffande antagande C anges vidare i kontraktshandlingarna det högsta antalet barn som kan vara inskrivna vid daghemmet (270) och vid fritidshemmet (108). Uppgifterna om antalet inskrivna barn vid daghemmet och vid fritidshemmet

var de viktigaste vid utvärderingen av priserna i anbuden med utgångspunkt i kommissionens tre antaganden på grund av de respektive antalen i dessa kategorier (253 eller 270 inskrivna barn vid daghemmet, 55 eller 108 inskrivna barn vid fritidshemmet) jämfört med antalen i de tre andra kategorierna (2 eller 0 reserverade platser vid daghemmet eller fritidshemmet, 12,5 extra kvartar). Sökanden kan slutligen inte med framgång hävda att den inte kände till uppgifterna avseende antagande A, eftersom sökanden själv stod för tjänsterna i fråga under år 1999, som valdes som referensår för att avgöra den verkliga genomsnittliga beläggningen.

146 Av det anförda följer att kommissionen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning av Manieris och Esedras anbud med avseende på priskriteriet. Sökandens argumentation avseende utvärderingen av anbudens pris kan således inte godtas.

2. Utvärderingen av anbudens kvalitet

a) Utvärderingen av anbudens kvalitet i allmänhet

Parternas argument

147 Sökanden anser att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den slog fast att Manieris anbud var bättre än sökandens med avseende på kvalitetskriteriet.

148 Sökanden har sålunda anfört att den har erhållit kvalitetscertifikatet ISO 9001:94 och därför är underställd regelbundna och krävande interna och externa kontroller. Vidare har sökanden erinrat om att dess anbud innehöll olika initiativ för att förbättra kvaliteten på dess tjänster, såsom särskild verksamhet för handikappade barn och utarbetande av en femårsplan för varje tjänst.

149 Sökanden har ifrågasatt kompetensen hos medlemmarna i kvalitetsutvärderingskommittén och noterat att de inte begav sig till de platser där anbudsgivarna bedrev sin verksamhet, till skillnad från vad som skedde vid den föregående offentliga upphandlingen. Om så hade skett, skulle de ha kunnat konstatera att inget av bolagen i den grupp som Manieri företräder — delvis med undantag av Garden Bimbo, vars verksamhet avsåg barn i åldrarna tolv månader och uppåt, medan kontraktet i fråga även avser barn som är yngre än ett år — tillhandahåller sådana tjänster som avses i anbudsinfordran, vilket dessa bolags bolagsordningar visar.

150 Kommissionen har tillbakavisat denna analys och erinrat om att kvalitetsutvärderingen av anbuden gjordes på grundval av de kvalitetskriterier som i förväg hade angivits i kontraktshandlingarna och med tillämpning av den metod som angavs den 9 februari 2000, det vill säga mellan dagen för ingivande av anbud (den 7 februari 2000) och den dag då anbuden öppnades (den 14 februari 2000). I detta hänseende har kommissionen erinrat om att det framgår av den sammanfattning som gjordes vid den slutliga utvärderingen av anbuden att det finns en avsevärd kvalitetsskillnad mellan Manieri, som klassades högst, och Esedra, som klassades på andra plats.

151 Vidare har kommissionen uppgivit att det framgår av kvalitetsutvärderingskommitténs rapport och av bilagorna till den att Esedra fick färre poäng än Manieri avseende två av tre kvalitetskriterier.

Förstainstansrättens bedömning

152 Rätten erinrar avseende denna fråga inledningsvis om att kommissionen har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning och att förstainstansrättens prövning endast skall avse en kontroll av att det inte har förekommit allvarliga och uppenbara fel (se ovan punkt 95).

153 Innan resultaten av kvalitetsbedömningen undersöks, erinrar rätten om enligt vilka kvalitetskriterier kommissionen skulle bedöma anbuden.

154 Det anges i förevarande fall i kontraktshandlingarna att kontraktet kommer att tilldelas det lägsta och ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till bland annat:

"anbudets och den erbjudna tjänstens kvalitet, vilken bedöms med beaktande av följande faktorer (angivna i fallande ordning efter betydelse):

a) projektets pedagogiska värde (40 procent),

b) vilka åtgärder och metoder som skall användas för att lösa frågan med vikarier för frånvarande personal (30 procent),

c) vilka metoder som föreslås för att kontrollera (30 procent)

— tjänstens och förvaltningens kvalitet,

— att arbetskraftens stabilitet upprätthålls, och

— projektets pedagogiska genomförande."

155 I detta hänseende framgår följande av den slutliga tabell som kvalitetsutvärderingskommittén upprättade:

— Manieris anbud fick 27,6 poäng avseende projektets pedagogiska värde, 21,6 poäng avseende de åtgärder och metoder som skulle användas för att lösa frågan med vikarier för frånvarande personal och 21 poäng avseende vilka kontrollmetoder som föreslogs, det vill säga totalt 70,2 poäng, vilket motsvarade index 100, det vill säga det kvalitativt bästa anbudet.

— Esedras anbud fick 21,1 poäng avseende projektets pedagogiska värde, 13,2 poäng avseende de åtgärder och metoder som skulle användas för att lösa frågan med vikarier för frånvarande personal och 22,2 poäng avseende vilka kontrollmetoder som föreslogs, det vill säga totalt 56,5 poäng, vilket motsvarade index 80,4, det vill säga det kvalitativt näst bästa anbudet i förevarande fall.

156 Rätten konstaterar att sökanden inte har företett något bevis för eller något som talar för att kommissionen gjorde ett uppenbart och allvarligt fel när den utvärderade anbudens kvalitet i allmänhet.

157 Rätten påpekar sålunda att varken den omständigheten att sökanden har erhållit kvalitetscertifikatet ISO 9001:94 och är underställd regelbundna och krävande kontroller eller de olika initiativen i dess anbud för förbättring av tjänsternas kvalitet talar för att sökandens anbud har högre kvalitet än Manieris.

158 Beträffande sökandens argument att medlemmarna i den grupp som Manieri företräder inte eller praktiskt taget inte tillhandahåller sådana tjänster som kontraktet i fråga avser, erinrar rätten — utöver den omständigheten att detta argument inte påverkar bedömningen i förevarande fall (se ovan punkterna 117 och 118) — om att anbudens kvalitet skall utvärderas med utgångspunkt i själva anbuden, och inte med utgångspunkt i anbudsgivarnas erfarenhet av den upphandlande myndigheten under tidigare kontrakt eller på grundval av de urvalskriterier, såsom anbudssökandenas tekniska kapacitet, som redan har kontrollerats vid urvalet av anbudsansökningarna, som inte på nytt kan beaktas då anbuden jämförs (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, REG 1988, s. 4635, punkt 15).

159 Beträffande sökandens frågor angående kompetensen hos medlemmarna i kvalitetsutvärderingsgruppen och avsaknaden av besök på de platser där anbudsgivarna utövar sin verksamhet, påpekar rätten att sökanden inte har anfört några argument som kan leda till ifrågasättande av kompetensen hos dessa personer, som genom sina uppgifter vid kommissionen har tillräcklig erfarenhet för att kunna utvärdera anbud i fråga om kvalitet, samt att några sådana besök inte krävdes inom ramen för den offentliga upphandlingen i fråga.

160 Sökandens argument avseende kvalitetsutvärderingen i allmänhet av dess anbud och det anbud som gavs in av den anbudsgivare som tilldelades kontraktet kan således inte godtas.

b) Kvalitetsutvärderingen av vissa parametrar i anbuden

161 Sökanden har vidare gjort gällande att det gjordes en uppenbart oriktig bedömning vid kvalitetsutvärderingen av vissa parametrar i dess anbud och i det anbud som gavs in av den anbudsgivare som tilldelades kontraktet.

162 Rätten erinrar avseende denna fråga om att kommissionen har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning och att förstainstansrättens prövning endast skall avse en kontroll av att det inte har förekommit allvarliga och uppenbara fel (se ovan punkt 95).

163 Rätten konstaterar att sökanden inte har företett något bevis för eller något som talar för att kommissionen gjorde en sådan oriktig bedömning när den utvärderade vissa parametrar i anbuden. Nedan redovisas en undersökning av sökandens argument beträffande var och en av parametrarna.

i) Parametrarna A.2 "nivån på planen för kontinuerlig utbildning av pedagogerna" och B.1 "utbildningsnivån för vikarier"

164 Sökanden har anfört att den fick ett lågt betyg (2 poäng) och kommentaren "upplysning och inte utbildning, sammanblandning mellan rollen som psykopedagog och lärarrollen", medan Manieri fick ett mycket högt betyg (10). Sökanden har hävdat att påståendet om "sammanblandning" är felaktigt, eftersom en av psykopedagogens främsta uppgifter är att utbilda de vuxna som arbetar med barnen och inte att ha kontakt med barnen, vilket är lärarens roll. Vidare är

bedömningen "upplysning och inte utbildning" felaktig, eftersom olika förfaranden för identifiering och organisation av utbildningar skulle inrättas och iakttas i Esedras system för "kvalitetssäkring". Dessutom har kvaliteten på den utbildning som sökanden bedriver lovordats i en studie av två studenter vid det katolska universitetet i Leuven och i undervisningsinstitutet De Mots rapport om barnskötares praktik under utbildningen.

165 Samma synpunkter gör sig enligt sökanden även gällande avseende parameter B.1 "utbildningsnivån för vikarier", för vilken sökanden fick 1 poäng och Manieri 4.

166 Förstainstansrätten påpekar i likhet med vad kommissionen har gjort att denna institution har tillräckliga kunskaper för att kunna bedöma värdet av utbildningsplanen och rollen för ett psykopedagogiskt arbetslag med hänsyn till den erfarenhet som uppnåtts vid kontraktsenlig drift och övervakning av en grupp om tre daghem med mer än 600 barn.

167 I detta avseende noterar rätten att det pedagogiska arbetslaget visserligen utöver sin roll som pedagogisk rådgivare och undervisningsledare även kan fungera som lärare. Detta arbetslag behöver emellertid oundvikligen kompletteras och få hjälp av utomstående expertis (konsulter, specialiserade organisatörer etc.) på de olika områden som rör småbarn. Vidare måste utbildningen, oavsett om den bedrivs internt eller externt, systematiseras i en utbildningsplan i samband med principerna för det pedagogiska projektet.

168 Kommissionen kan endast göra jämförelser mellan anbuden i detta avseende om anbudsgivarna inkommer med så konkreta utbildningsplaner som möjligt. I detta avseende utgör kontrollerna inom ramen för Esedras system för "kvalitets-

säkring", utvärderingarna av studenterna vid det katolska universitetet i Leuven eller resultaten av de utbildningar som genomfördes vid CPE Clovis under den tid då verksamheten bedrevs av sökanden inte uppgifter som kan visa att sökandens anbud håller högre kvalitet än Manieris.

169 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av sökandens invändning avseende utvärderingen av parametrarna A.2 och B.1.

ii) Parameter A.4 "kvalitet på och kvantitet undervisningsmateriel (leksaker, materiel,...) för barnen"

170 Sökanden har anfört att den anbudsgivare som tilldelades kontraktet fick samma betyg (4 poäng) som sökanden. Sökanden har emellertid framhållit att dess materiel, för vilken en komplett förteckning bifogades anbudet, köptes av Sapiens. Sökanden ifrågasätter därför vilken materiel Manieri beskrev i sitt anbud, om denne anbudsgivare senare var tvungen att köpa den materiel som erfordrades enligt kontraktshandlingarna av sökanden.

171 Förstainstansrätten påpekar i likhet med vad kommissionen har gjort att det, eftersom Manieri i enlighet med föreskrifterna i kontraktshandlingarna inkom med en förteckning över undervisningsmateriel, saknar betydelse om Sapiens köpte en del av materielen av sökanden eller skaffade den från en annan leverantör.

172 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av sökandens invändning avseende utvärderingen av parameter A.4.

iii) Parameter A.7 "möjligheter för varje barn att utvecklas i sin egen takt..."

173 Sökanden har ifrågasatt om Manieri har något pedagogiskt projekt för barn som är två år eller yngre, eftersom det enda bolag i gruppen som hade erfarenhet från detta område (Garden Bimbo) endast tog emot barn som var tolv månader och äldre.

174 Rätten påpekar såsom har anförts ovan i punkterna 114—126 att kommissionen med giltig verkan kunde avgöra att Manieri hade den erforderliga tekniska kapaciteten för att dess anbudsansökan skulle kunna väljas ut och att denna fråga inte åter skall beaktas inom ramen för tilldelningen av kontraktet.

175 Det framgår för övrigt av handlingarna i målet att kommissionen gjorde bedömningen att det pedagogiska projekt och den pedagogiska verksamhet som Manieri erbjöd var anpassade för de olika åldersintervall som kontraktet i fråga avsåg.

176 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av sökandens invändning avseende utvärderingen av parameter A.7.

iv) Parametrarna C.1.1 "kvalitetsnivån på kontrollverktygen och på den erbjudna verksamheten" och C.1.2 "den styrande/ledande personalens värde"

177 Sökanden har erinrat om att den har kvalitetscertifikatet ISO 9001:94 och att den därför är föremål för externa kontroller varje halvår. Sökanden inkom dessutom

med en komplett organisationsplan som gick längre än föreskrifterna i kontraktshandlingarna och som bland annat innehöll ett "kvalitetssäkrings"-uppdrag som skulle samordnas av två personer på heltid. Något sådant uppdrag finns inte hos Sapiens, varför detta bolag inte anställde Esedras ansvarige för "kvalitetssäkring" den 31 juli 2000. I detta hänseende anser sökanden att det var uppenbart felaktigt att dess anbuds och Manieris anbud fick lika många poäng (8 poäng för parameter C.1.1 och 3 poäng för parameter C.1.2). Vidare har sökanden anfört att den personal som är anställd av Sapiens såvitt sökanden känner till inte har kvalifikationer och erfarenhet som motsvarar vad som krävs enligt kontraktshandlingarna, eftersom Sapiens endast förnyade 10 av de 20 anställningsavtal som löpte ut den 31 juli 2000.

178 Förstainstansrätten finner att sökandens anmärkningar avseende Sapiens saknar relevans, eftersom detta bolag bildades efter kommissionens utvärdering av anbuden. Den omständigheten att sökanden har kvalitetscertifikatet ISO 9001:94 och därför är föremål för externa kontroller varje halvår visar vidare inte att kommissionen gjorde ett allvarligt och uppenbart fel när den gav samma betyg till sökanden som till Manieri.

179 Kommissionens analys bygger dessutom på företedda konkreta utbildningsplaner och inte på resultatet av tidigare genomförda kontroller.

180 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall med stöd av sökandens invändning avseende utvärderingen av parametrarna C.1.1 och C.1.2.

181 Av det anförda följer att det inte har visats att kommissionen gjorde ett allvarligt och uppenbart fel när den ansåg att Manieris anbud höll högre kvalitet än Esedras.

182 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på den tredje grunden.

Den fjärde grunden: Åsidosättande av motiveringsskyldigheten

Parternas argument

183 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt motiveringsskyldigheten som följer av artikel 253 EG, av principen om insyn, som har gjorts till en allmän rättsprincip genom artikel 255 EG, och av artikel 12 i direktiv 92/50 såsom den har tolkats i domen i det ovannämnda målet Adia Interim mot kommissionen, eftersom innehållet i kommissionens skrivelse av den 9 juni 2000, till svar på sökandens begäran om upplysningar om skälen till att den inte tilldelades kontraktet i fråga, inte gör det möjligt att bedöma om de omtvistade besluten är rättsenliga.

184 I detta hänseende anser sökanden att motiveringen är otillräcklig, eftersom den endast består av uppgifter om de betyg som sökanden och Manieri fick avseende varje kriterium för tilldelning i kontraktshandlingarna, utan att det framgår vilken utvärderingsmetod som har tillämpats och hur denna metod har tillämpats i praktiken på respektive anbud. Sökanden har särskilt framhållit att den inte kan förstå hur kommissionen har kunnat göra en global utvärdering av de olika uppgifterna för att fastställa de priser som krävs enligt kontraktshandlingarna.

185 Vidare har sökanden anfört att den med hänvisning till Manieris berättigade kommersiella intressen inte fick några uppgifter om det anbud som antogs för att kunna kontrollera om de omtvistade besluten var rättsenliga. Sökanden känner

inte heller till vilka italienska bolag som ingår i den grupp som Manieri företräder och vilka förbindelser dessa bolag har sig emellan och med Sapiens, som presenteras som det bolag som Manieri bildade för att genomföra kontraktet i fråga.

186 Kommissionen har anfört att den för insynens skull i sin skrivelse av den 9 juni 2000 i enlighet med bestämmelserna i artikel 12.1 i direktiv 92/50 underrättade sökanden om utformningen av och de relativa fördelarna med det antagna anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet. Kommissionen har vidare anfört att sökanden, som fick ovannämnda svar inom tidsfristen (den 9 juni med telefax), inte begärde några ytterligare upplysningar. Kommissionen har särskilt noterat att sökanden inte begärde några sådana upplysningar om "vilken utvärderingsmetod som hade tillämpats" eller "uppgifter om det anbud som antogs" som nämns i ansökan.

Förstainstansrättens bedömning

187 Rätten skall inledningsvis fastställa vilken motiveringsskyldighet kommissionen har gentemot den anbudsgivare vars anbud inte antogs inom ramen för upphandlingsförfarandet i fråga.

188 I artikel 12.1 i direktiv 92/50 anges följande:

"Den upphandlande myndigheten skall inom 15 dagar efter att ha mottagit en skriftlig begäran underrätta varje anbudssökande eller anbudsgivare vars ansökan eller anbud har förkastats om orsakerna till att hans ansökan eller anbud förkastats samt underrätta varje anbudsgivare som lämnat ett godtagbart anbud om utformningen av och de relativa fördelarna med det antagna anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.

De upphandlande myndigheterna får emellertid besluta att viss information som rör tilldelningen av kontrakt och som nämns i första stycket inte skall lämnas ut om det bedöms att detta skulle hindra lagarnas tillämpning eller strida mot allmänintresset eller vara till skada för offentliga eller privata företags legitima kommersiella intressen eller för lojal konkurrens mellan tjänsteleverantörer."

189 Enligt denna bestämmelse är kommissionen skyldig att inom femton dagar från mottagandet av begäran underrätta en anbudsgivare vars anbud inte har antagits om utformningen av och de relativa fördelarna med det antagna anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, med undantag av konfidentiella uppgifter.

190 Detta förfaringssätt står i överensstämmelse med syftet med den motiveringsskyldighet som föreskrivs i artikel 253 EG, enligt vilken det klart och tydligt skall framgå hur den som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen till den vidtagna åtgärden för att kunna bevaka sina rättigheter och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (förstainstansrättens dom av den 14 juli 1995 i mål T-166/94, Koyo Seiko mot rådet, REG 1995, s. II-2129, punkt 103, och i det ovannämnda målet Adia Interim mot kommissionen, punkt 32).

191 I förevarande fall innehöll kommissionens skrivelse av den 9 juni 2000 följande upplysningar:

"1. Sju företag har anmodats att inkomma med anbud efter det stadium för urval av anbudsansökningar som föreskrevs i meddelandet om upphandling.

2. Bland dessa sju företag har fyra inkommit med anbud, två avstått skriftligen och en inte svarat.

3. Kontraktet har tilldelats en italiensk företagsgrupp som företräds av Centro Studi Antonio Manieri SRL (Via Faleria, 21, I-00183 Roma).

4. Följande jämförelse har gjorts mellan Esedras anbud och det anbud som hade givits in av den anbudsgivare som har tilldelats kontraktet i fråga om de två kriterier för tilldelning (pris och kvalitet) som angavs i punkt 7 i kontraktshandlingarna:

	ESEDRA	DET FÖRETAG SOM HAR TILLDELATS KONTRAKTET
Prisindex ([1])	102,9	100
Kvalitetsindex ([2])	80,4	100

([1]) Jämfört med det lägsta godkända anbudet med utgångspunkt i den förutsatta beläggningen (minimiindex: 100).
([2]) Jämfört med det bäst kvalificerade anbudet (maximiindex: 100).

Esedras anbud är således 2,9 procent dyrare än det anbud som har givits in av det företag som föreslås tilldelas kontraktet (vilket är det lägsta av samtliga godkända anbud).

Kommittén för utvärdering av anbuden har för övrigt gjort bedömningen att Esedras anbud har lägre kvalitet (index 80,4) än anbudet från den anbudsgivare som har tilldelats kontraktet (som har givit in det bästa anbudet, med index 100).

5. ESEDRA och den anbudsgivare som har tilldelats kontraktet har fått följande betyg med avseende på vart och ett av kvalitetskriterierna:

KRITERIER	VIKT	ESEDRA	DEN ANBUDSGIVARE SOM HAR TILLDELATS KONTRAKTET
Pedagogiskt projekt	40 %	21,1/40	27,6/40
Åtgärder för vikarierande personal	30 %	13,2/30	21,6/30
Kontrollmetod/medel	30 %	22,2/30	21/30
KVALITET TOTALT	100 %	56,5/100	70,2/100
Relativ total/bästa anbud	—	80,4/100	100/100

6. Av ovannämnda uppgifter kan den slutsatsen dras att den anbudsgivare som har tilldelats anbudet har givit in det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, [det vill säga] det godkända anbud som var lägst och som fick det bästa betyget med avseende på kvalitetskriteriet."

...

192 Rätten konstaterar att kommissionen i sin skrivelse av den 9 juni 2000 gav en tillräckligt detaljerad motivering av skälen till att den inte antog sökandens anbud genom att ange namnet på den anbudsgivare som hade tilldelats kontraktet och de relativa fördelarna med det antagna anbudet jämfört med sökandens anbud med avseende på de kriterier för tilldelning som angavs i kontraktshandlingarna. Denna motivering gjorde det vidare möjligt för sökanden att bevaka sina rättigheter och för förstainstansrätten att utöva sin prövningsrätt.

193 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på den grund som avser åsidosättande av motiveringsskyldigheten.

Den femte grunden: Maktmissbruk

Parternas argument

194 Sökanden har gjort gällande att kommissionen gjorde sig skyldig till maktmissbruk när den inte tilldelade sökanden kontraktet i fråga för att påstådda pedofilgärningar skall ha ägt rum i CPE Clovis lokaler och för att föräldraföreningen och de instanser som företrädde personalen var fientligt inställda till sökanden.

195 Vidare anser sökanden att kommissionens beslut att avbryta den första anbudsinfordran som inleddes genom meddelandet om upphandling av den 26 maj 1999 utgör maktmissbruk, eftersom kommissionen hade fått in tillräckligt många anbudsansökningar — tre anbudsansökningar — för att verklig konkurrens om upphandlingen skulle kunna uppkomma. Sökanden har i detta avseende åberopat domstolens dom av den 16 september 1999 i mål C-27/98, Fracasso och Leitschutz (REG 1999, s. I-5697). Om Manieris begäran att få delta i den första anbudsinfordran var oriktig, utgör detta enligt sökanden ett tecken på maktmissbruk på samma sätt som de övriga oegentligheter som har påtalats i ansökan.

196 Kommissionen har bestridit sökandens påståenden. Den har uppgivit att den avbröt den första anbudsinfordran endast för att öka konkurrensen i enlighet med artikel 27.2 i direktiv 92/50, vilket lyckades, eftersom sju anbudssökande — och inte längre tre — besvarade den andra anbudsinfordran.

197 Kommissionen har vidare anfört att sökanden inte har företett något bevis för att den första anbudsinfordran avbröts av någon annan anledning än den ovannämnda. Kommissionen har gjort gällande att sökandens påståenden motsägs av den omständigheten att Manieri även inkom med en anbudsansökan inom ramen för den första anbudsinfordran, och av att det var sökanden som inte ville att dess kontrakt skulle förlängas.

Förstainstansrättens bedömning

198 Begreppet maktmissbruk har en bestämd räckvidd inom gemenskapsrätten och avser det fallet att en förvaltningsmyndighet använder sin behörighet för ett annat ändamål än det som ligger till grund för behörigheten. Det är i detta hänseende fast rättspraxis att ett beslut innebär maktmissbruk endast om det på grundval av objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter kan antas att det har antagits för att uppnå andra mål än dem som angetts (se till exempel förstainstansrättens dom av den 25 februari 1997 i de förenade målen T-149/94 och T-181/94, Kernkraftwerke Lippe-Ems mot kommissionen, REG 1997, s. II-161, punkterna 53 och 149, fastställd efter överklagande genom domstolens dom av den 22 april 1999 i mål C-161/97 P, Kernkraftwerke Lippe-Ems mot kommissionen, REG 1999, s. I-2057).

199 I förevarande mål styrker de uppgifter som sökanden har lämnat inte att kommissionen har eftersträvat något annat mål än att tilldela kontraktet till det lägsta och ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till de kriterier för tilldelning som anges i meddelandet om upphandling och i kontraktshandlingarna.

200 Sökanden har sålunda inte lämnat några objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis som visar att

kommissionen har använt sin behörighet för att utesluta sökanden från upphandlingen på grund av anklagelserna om att pedofilgärningar skulle ha begåtts vid CPE Clovis under den tid då det drevs av sökanden eller föräldraföreningens eller personalens representanters påstådda fientlighet mot sökanden.

201 Vidare leder inte den omständigheten att endast tre anbudssökande — bland andra Esedra och Manieri — besvarade den första anbudsinfordran till slutsatsen att kommissionen missbrukade sin behörighet enligt budgetförordningen och direktiv 92/50 när den beslutade att avbryta denna anbudsinfordran för att inte tilldela sökanden kontraktet i fråga.

202 Domen i det ovannämnda målet Fracasso och Leitschutz stöder inte sökandens tes i detta avseende. I detta mål begärde en nationell domstol förhandsavgörande av EG-domstolen av frågan huruvida rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), i dess lydelse enligt direktiv 97/52 skall tolkas så, att den upphandlande myndigheten är skyldig att tilldela kontraktet till den ende anbudsgivare som har ansetts vara lämpad att delta i förfarandet. EG-domstolen besvarade frågan nekande och påpekade bland annat att det i artikel 22.2 i direktiv 93/37 (som till innehållet liknar artikel 27.2 i direktiv 92/50) i syfte att utveckla en effektiv konkurrens på området för offentlig upphandling föreskrivs att antalet anbudssökande som tillåts lämna ett anbud då den upphandlande myndigheten genomför en upphandling enligt ett selektivt förfarande under alla omständigheter skall vara tillräckligt för att garantera en verklig konkurrens (domen i det ovannämnda målet Fracasso och Leitschutz, punkt 27).

203 Kommissionen kunde således besluta att avbryta den första anbudsinfordran som hade inletts genom meddelandet om upphandling av den 26 maj 1999 med motiveringen att antalet anbudssökande inte var tillräckligt för att en verklig konkurrens skulle kunna säkerställas.

204 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på den grund som avser maktmissbruk.

205 Av det anförda följer att yrkandena om ogiltigförklaring skall ogillas.

Begäran om skadestånd

206 Sökanden har begärt skadestånd med 1 001 574,09 euro på grund av kommissionens rättsstridiga uppträdande under upphandlingsförfarandet i fråga.

207 Gemenskapens utomobligatoriska ansvar förutsätter enligt fast rättspraxis att flera villkor är uppfyllda, nämligen att det agerande som läggs institutionen till last är rättsstridigt, att det verkligen föreligger en skada och att det finns ett orsakssamband mellan agerandet och den åberopade skadan (se domstolens dom av den 17 maj 1990 i mål C-87/89, Sonito m.fl. mot kommissionen, REG 1990, s. I-1981, punkt 16, och förstainstansrättens dom av den 29 oktober 1998 i mål T-13/96, TEAM mot kommissionen, REG 1998, s. II-4073, punkt 68).

208 Det framgår av rättens utredning angående yrkandena om ogiltigförklaring att kommissionen under upphandlingsförfarandet i fråga inte agerade rättsstridigt på ett sådant sätt att den kunde bli ansvarig gentemot sökanden.

209 Eftersom kriteriet avseende institutionens rättsstridiga agerande inte är uppfyllt, kan sökandens begäran om skadestånd inte bifallas. Det saknas därför anledning att utreda huruvida de övriga kriterierna för gemenskapens ansvar är uppfyllda.

Begäran om att det muntliga förfarandet skall återupptas

210 Sökanden har i sin skrivelse av den 22 oktober 2001 gjort gällande att kommissionen, inom ramen för en annan tvist mellan sökanden och kommissionen angående betalning av priset för dagen den 22 juni 2000, då Esedras personal strejkade, i tilläggsyrkanden som gavs in den 9 augusti 2001 till kansliet vid Tribunal de première instance de Bruxelles, i syfte att vederlägga påståendet att strejken utgjorde force majeure och visa att strejken inte var oförutsägbar, anfört följande: "... den 2 juli 1999 hade problemet med verksamhetsövergång till följd av avtal uppkommit, och [Esedras] deltagande i anbudsinfordringsförfarandet förändrade inte på något sätt övertygelsen att kontraktet skulle upphöra den 31 juli 2000 och med största sannolikhet tilldelas en annan anbudsgivare". Ett sådant uttalande visar enligt sökanden tydligt att kommissionen från och med juli 1999, det vill säga när anbudsinfordringsförfarandet inleddes, hade för avsikt att inte tilldela sökanden kontraktet. Sökanden anser att den således inte har behandlats jämlikt och objektivt och att anbudsinfordringsförfarandet i fråga var felaktigt, varför sökanden har begärt att det muntliga förfarandet skall återupptas.

211 Kommissionen har i sin skrivelse av den 27 november 2001 anfört att sökanden har ryckt den återgivna formuleringen ur sitt sammanhang och att formuleringen

sedd inom ramen för det nationella förfarandet och föremålet för det inte kan gälla som ett erkännande vad beträffar de rättsfrågor som är föremål för förfarandet vid förstainstansrätten. I vart fall, och oberoende av de kanske spetsiga formuleringar som kommissionens advokat använde, utgör det omtvistade påståendet, med hänsyn till den omfattande utredning som redan har gjorts i förevarande mål och de argument som kommissionen har anfört till stöd för att förfarandet var rättsenligt, inte en tillräckligt objektiv, relevant och samstämmig uppgift för att kunna motivera att det muntliga förfarandet skall återupptas.

212 Vid bedömningen av den omtvistade formuleringens innebörd noterar rätten att formuleringen gjordes inom ramen för ett nationellt förfarande, som inte syftade till att avgöra huruvida upphandlingsförfarandet i fråga var opartiskt, utan till att avgöra huruvida Esedras underlåtenhet att fullgöra sina avtalsenliga förpliktelser kunde rättfärdigas på grund av en strejk som uppkom vid CPE Clovis. Vidare noterar rätten att denna strejk uppkom den 22 juni 2000, det vill säga efter det att kontraktet i fråga hade tilldelats Manieri, samt att de omständigheter som den omtvistade formuleringen avser ägde rum i juli 1999, det vill säga mer än två år innan tilläggsyrkandena gavs in. Slutligen konstaterar rätten att det framgår av ovanstående analys att upphandlingsförfarandet i fråga genomfördes utan minsta rättsstridighet, diskriminering eller maktmissbruk. Under dessa omständigheter utgör den omtvistade formuleringen inte en objektiv och relevant uppgift på grund av vilken upphandlingsförfarandet i fråga kan ifrågasättas, en uppgift som motiverar att det muntliga förfarandet skall återupptas.

213 Rätten finner att det således saknas skäl att återuppta det muntliga förfarandet.

Rättegångskostnader

214 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden skall förpliktas att bära sin rättegångskostnad och ersätta kommissionens rättegångskostnad, inklusive de kostnader som är hänförliga till det interimistiska förfarandet. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande dom:

1) **Talan ogillas.**

2) **Sökanden skall bära sin rättegångskostnad och ersätta kommissionens rättegångskostnad, inklusive de kostnader som är hänförliga till det interimistiska förfarandet.**

Lindh García-Valdecasas Cooke

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 26 februari 2002.

H. Jung

Justitiesekreterare

J.D. Cooke

Ordförande

Innehåll

Tillämpliga bestämmelser ..... II - 613

Bakgrund till tvisten ..... II - 615

Förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 620

Yrkandena om ogiltigförklaring ..... II - 623

Den första grunden: Åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen ..... II - 623

1. Sökandens påstående att den inte gavs samma frist som de övriga anbudssökandena för att inkomma med sitt anbud ..... II - 624

Parternas argument ..... II - 624

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 625

2. Sökandens påstående att kommissionen ställde frågor till anbudsgivarna som överskred kravet på klargörande eller rättelse av uppenbara skrivfel i anbuden . II - 627

Parternas argument ..... II - 627

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 628

3. Sökandens påstående att utvärderingen av anbuden inte genomfördes på ett opartiskt sätt ..... II - 632

Den andra grunden: Åsidosättande av meddelandet om upphandling och kontraktshandlingarna i fråga om utvärderingen av den finansiella och tekniska kapaciteten hos den anbudsgivare som tilldelades kontraktet ..... II - 636

1. Den finansiella kapaciteten hos den anbudsgivare som tilldelades kontraktet ... II - 637

Parternas argument ..... II - 637

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 639

2. Den tekniska kapaciteten hos den anbudsgivare som tilldelades kontraktet .... II - 645

Parternas argument ..... II - 645

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 646

Den tredje grunden: Åsidosättande av kontraktshandlingarna i fråga om utvärderingen av anbudens pris och kvalitet ..... II - 649

1. Utvärderingen av de priser som anbudsgivarna begärde ..... II - 651

2. Utvärderingen av anbudens kvalitet ..... II - 658

a) Utvärderingen av anbudens kvalitet i allmänhet ..... II - 658

Parternas argument ..... II - 658

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 660

b) Kvalitetsutvärderingen av vissa parametrar i anbuden ..... II - 663

i) Parametrarna A.2 "nivån på planen för kontinuerlig utbildning av pedagogerna" och B.1 "utbildningsnivån för vikarier" ..... II - 663

ii) Parameter A.4 "kvalitet på och kvantitet undervisningsmateriel (leksaker, materiel,...) för barnen" ..... II - 665

iii) Parameter A.7 "möjligheter för varje barn att utvecklas i sin egen takt..." II - 666

iv) Parametrarna C.1.1 "kvalitetsnivån på kontrollverktygen och på den erbjudna verksamheten" och C.1.2 "den styrande/ledande personalens värde" ..... II - 666

Den fjärde grunden: Åsidosättande av motiveringsskyldigheten ..... II - 668

Parternas argument ..... II - 668

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 669

Den femte grunden: Maktmissbruk ..... II - 673

Parternas argument ..... II - 673

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 674

Begäran om skadestånd ..... II - 676

Begäran om att det muntliga förfarandet skall återupptas ..... II - 677

Rättegångskostnader ..... II - 679