RETTENS DOM (Femte Afdeling)

10. december 2009 *

I sag T-195/08,

Antwerpse Bouwwerken NV, Antwerpen (Belgien), først ved avocats J. Verbist og D. de Keuster, derefter ved avocats J. Verbist, B. van de Walle de Ghelcke og A. Vandervennet,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen ved E. Manhaeve, som befuldmægtiget, bistået af avocat M. Gelders,

sagsøgt,

angående dels en påstand om annullation af Kommissionens beslutning om afvisning af det bud, der var afgivet af sagsøgeren inden for rammerne af et begrænset udbud vedrørende opførelse af en produktionshal for referencematerialer på et område

* Processprog: nederlandsk.

tilhørende Institut des matériaux et mesures de références (institut for referencematerialer og –målinger) i Geel (Belgien) og tildeling af den offentlige kontrakt til en anden ansøger, og dels en påstand om erstatning for det tab, sagsøgeren hævder at have lidt som følge af Kommissionens beslutning,

har

RETTEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras (refererende dommer), og dommerne M. Prek og V.M. Ciucă,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 10. juni 2009,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

1 Artikel 27, stk. 1, artikel 89, stk. 1, artikel 91, stk. 1, artikel 99, artikel 100, stk. 2, og artikel 101 i Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 af 25. juni 2002 om

finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget (EFT L 248, s. 1), som ændret ved Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1995/2006 af 13. december 2006 (EUT L 390, s. 1) (herefter »finansforordningen«), fastslår følgende:

»*Artikel 27*

1. Budgetbevillingerne skal anvendes i overensstemmelse med princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning, dvs. i overensstemmelse med principperne om sparsommelighed, produktivitet og effektivitet. […]

Artikel 89

1. Offentlige indkøbsaftaler, der helt eller delvis finansieres over budgettet, skal overholde principperne om klarhed og åbenhed, proportionalitet, ligebehandling og ikke-forskelsbehandling. […]

Artikel 91

1. Proceduren for indgåelse af aftalerne antager en af følgende former:

a) offentligt udbud

b) begrænset udbud

c) projektkonkurrence

d) procedure med forhandling

e) konkurrencepræget dialog.

[…]

Artikel 99

Under hele udbudsproceduren skal eventuelle kontakter mellem den ordregivende myndighed og ansøgerne eller de bydende foregå på en måde, der sikrer klarhed, åbenhed og ligebehandling. Sådanne kontakter kan ikke medføre ændring af aftalebetingelserne eller indholdet af det oprindelige bud.

Artikel 100

[…]

2. Den ordregivende myndighed skal oplyse alle ansøgere og bydende, hvis ansøgning eller bud er blevet afvist, om årsagen hertil, og den skal oplyse alle bydende, der har fremsat et forskriftsmæssigt bud, og som skriftligt anmoder herom, om de kvaliteter og relative fordele, der kendetegner det valgte bud, samt opgive navnet på ordremodtageren.

Meddelelse af visse oplysninger kan imidlertid undlades i tilfælde, hvor det ville være til hinder for anvendelse af lovgivningen, være i modstrid med offentlighedens interesse, være til skade for offentlige eller private virksomheders legitime forretningsmæssige interesser eller kunne hindre loyal konkurrence mellem disse.

Artikel 101

Den ordregivende myndighed kan, så længe en kontrakt ikke er underskrevet, enten undlade at indgå kontrakten eller annullere den pågældende udbudsprocedure, uden at ansøgerne eller de bydende kan gøre krav på nogen form for godtgørelse.

En eventuel beslutning herom skal begrundes og meddeles ansøgerne eller de bydende.«

2 Artikel 122, 138, 139, 148 og 158a i Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 2342/2002 af 23. december 2002 om gennemførelsesbestemmelser til finansforordningen (EFT L 357, s. 1), som ændret ved Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 1261/2005 af 20. juli. 2005 (EUT L 201, s. 3), Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 1248/2006 af 7. august 2006 (EUT L 201, s. 3) og Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 478/2007 af 23. april 2007 (EUT L 111, s. 13) (herefter »gennemførelsesforordningen«), fastslår følgende:

»*Artikel 122*

Typeinddeling af de procedurer, der anvendes ved indgåelse af aftalerne

(Finansforordningens artikel 91)

1. Tildelingen af en ordre sker for offentligt og begrænset udbud og proceduren med forhandling efter offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller — for proceduren med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse — eventuelt efter en projektkonkurrence.

2. Et udbud er offentligt, hvis alle interesserede erhvervsdrivende kan afgive bud. […]

Det er begrænset, hvis alle erhvervsdrivende kan anmode om at deltage, og kun

ansøgere, der opfylder de udvælgelseskriterier, der er omhandlet i artikel 135, og som — samtidigt og skriftligt — opfordres hertil af de ordregivende myndigheder, kan afgive bud […]

Udvælgelsesproceduren kan enten gennemføres i forbindelse med hver enkelt aftale […] eller med henblik på opstilling af en liste over egnede ansøgere som led i et begrænset udbud, jf. artikel 128.

[…]

Artikel 138

Bestemmelser og kriterier for ordretildeling

(Finansforordningens artikel 97, stk. 2)

1. En ordre kan tildeles på følgende to måder, jf. dog finansforordningens artikel 94:

a) Enten vælges det billigste bud blandt de bud, der er forskriftsmæssige og opfylder udbudsbetingelserne.

b) Eller også vælges det økonomisk mest fordelagtige bud. […]

Artikel 139

Unormalt lave bud

(Finansforordningens artikel 97, stk. 2)

1. Hvis bud vedrørende en bestemt aftale forekommer at være unormalt lave, skal den ordregivende myndighed, inden den, alene på dette grundlag, afviser sådanne bud, skriftligt anmode om de oplysninger om de pågældende buds sammensætning, som den anser for relevante, og ved en kontradiktorisk procedure kontrollere buddets sammensætning under hensyntagen til de fremsatte begrundelser. […]

Artikel 148

Kontakt mellem ordregivende myndigheder og bydende

(Finansforordningens artikel 99)

1. Kontakt mellem den ordregivende myndighed og de bydende under en udbudsprocedure er undtagelsesvis tilladt på de betingelser, der er anført i stk. 2 og 3.

[…]

3. Hvis, efter åbningen af buddene, et bud gør det nødvendigt at indhente yderligere oplysninger, eller hvis åbenlyse skrivefejl i affattelsen af buddet skal rettes, kan den ordregivende myndighed kontakte den bydende, men denne kontakt må ikke føre til en ændring af vilkårene i buddet.

[…]

Artikel 158a

Standstill-periode før indgåelse af kontrakten

(Finansforordningens artikel 105)

1. Den ordregivende myndighed indgår først kontrakten eller rammekontrakten, som er omfattet af direktiv 2004/18/EF, med den udvalgte bydende efter udløbet af en frist på 14 kalenderdage.

Fristen løber fra en af følgende datoer:

a) dagen efter den dag, hvor der samtidig blev givet meddelelse om beslutningerne om tildeling og beslutningerne om afvisning

b) når kontrakten eller rammekontrakten tildeles efter en procedure med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, fra dagen efter den dag, hvor meddelelsen om ordretildelingen, jf. artikel 118, blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende.*

I givet fald kan den ordregivende myndighed suspendere underskrivelsen af kontrakten med henblik på supplerende undersøgelser, hvis de anmodninger eller kommentarer, som afviste eller forbigåede bydende eller ansøgere fremsætter, eller enhver anden relevant oplysning, som modtages, taler herfor. Anmodningerne, kommentarerne eller oplysningerne skal være modtaget i løbet af fristen i første afsnit. I tilfælde af suspension

informeres alle ansøgere eller bydende herom senest tre arbejdsdage efter beslutningen om suspension. Undtagen i de i stk. 2 nævnte tilfælde, er enhver kontrakt, som er indgået inden udløbet af fristen i første afsnit, ugyldig. Hvis kontrakten eller rammekontrakten ikke kan tildeles den bydende, som det var påtænkt at udvælge, kan den ordregivende myndighed tildele den til den næstbedste bydende.

[…]«

3 Artikel 2 og 28 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114) har følgende ordlyd:

»*Artikel 2*

Principper for indgåelse af kontrakter

De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikkeforskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.

Artikel 28

Anvendelse af offentligt udbud, begrænset udbud og udbud med forhandling samt konkurrencepræget dialog

For at indgå offentlige kontrakter anvender de ordregivende myndigheder de nationale procedurer, der er tilpasset til brug i forbindelse med dette direktiv.

De indgår disse offentlige kontrakter ved anvendelse af offentlige eller begrænsede udbud. […]«

Sagens baggrund

4 For at få opført en produktionshal for referencematerialer på et område tilhørende instituttet for referencematerialer og -målinger (IRMM) i Geel (Belgien), besluttede Europa-Kommissionen at iværksætte en indgåelse af en offentlig kontrakt. Den valgte et begrænset udbud i henhold til artikel 122, stk. 2, andet afsnit, i gennemførelsesforordningen, og efter offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse den 31. maj 2006 iværksatte den et begrænset udbud vedrørende den førnævnte opførelse.

5 Sagsøgeren, Antwerpse Bouwwerken NV, selskab C. og to andre virksomheder deltog i denne udbudsprocedure. De fik tilsendt udbudsbetingelserne, hvis administrative

bilags punkt 25 fastslog, at den pågældende kontrakt skulle tildeles til det laveste bud, idet det præciseredes:

»[A]lle udbudspriserne i det sammenfattende overslag skal fremgå, idet de ellers vil blive afvist. Dette gælder ligeledes for eventuelle ændringer til overslaget som følge af bemærkninger fremsat i rimelig tid af ansøgerne.«

6 Den 21. september 2007 indgav sagsøgeren sit bud. Den tilbudte pris var på 10 315 112,32 EUR.

7 Den 5. november 2007 udarbejdede en evalueringskomité under Kommissionen en første evalueringsrapport vedrørende de indgivne bud. I denne rapport blev det navnlig bemærket, at »[selskab C.] har angivet en enhedspris vedrørende post 03.09.15 B, men har undladt at medtage den i den samlede pris. Der skal tilføjes 973,76 EUR, hvilket i alt giver 9 728 946,14 EUR«, at »[selskab C.] også har undladt at angive en enhedspris vedrørende post E 9.26«, at »[sagsøgerens] bud ikke indeholder nogen udeladelser«, at »[selskab C.] og [andre selskaber] alle har undladt at angive pris vedrørende bestemte poster«, og følgelig, at »deres bud må anses for ukonditionsmæssige«, at »det eneste antagelige bud følgelig er indgivet af [sagsøgeren]«. På baggrund af denne konklusion foreslog evalueringskomitéen, at den pågældende kontrakt blev tildelt sagsøgeren.

8 Ved skrivelse af 27. februar 2007 underrettede Kommissionen sagsøgeren om, at

— dennes bud var blevet udvalgt i forbindelse med tildelingen af kontrakten, idet der imidlertid blev gjort opmærksom på, at dette ikke skabte en forpligtelse for Kommissionen, da dens relevante tjenestegrene stadig kan undlade at indgå kontrakten eller annullere den pågældende udbudsprocedure, uden at sagsøgeren kan gøre krav på nogen form for godtgørelse

— kontrakten kun kan undertegnes ved udløbet af en frist på to uger, og at Kommissionen forbeholder sig ret til at suspendere underskrivelsen af kontrakten med henblik på supplerende undersøgelse, hvis de anmodninger eller kommentarer, som afviste ansøgere fremsætter, eller enhver anden relevant oplysning, som modtages, taler herfor.

9 Som svar på en skrivelse af 3. marts 2008 fra selskab C., i hvilken dette anmodede om en redegørelse for, hvorfor det bud, det havde indgivet, ikke blev antaget, meddelte Kommissionen ved skrivelse af 10. marts 2008, at det pågældende bud blev afvist, idet det ikke var i overensstemmelse med de krav, der er opstillet i udbudsbetingelserne og i dettes administrative bilag. Kommissionen medtog i skrivelsen et uddrag af evalueringsrapporten af 5. november 2007, idet den bl.a. nævnte det forhold, at det pågældende selskab havde undladt at medtage en pris vedrørende post E 9.26 i det sammenfattende overslag.

10 Ved skrivelse af 11. marts 2008, der blev modtaget af Kommissionen den følgende dag, anførte selskab C., at prisen vedrørende post E 9.26 i det sammenfattende overslag, der manglede i dets bud, klart kunne udledes af den tilbudte pris vedrørende post E 9.13 i samme overslag, der var identisk formuleret. Selskab C. gjorde ligeledes gældende, at det ville være åbenbart urimeligt, uforsvarligt og i strid med princippet om sparsommelighed at afvise dets bud alene på dette grundlag, ikke mindst fordi prisen vedrørende post E 9.26 udgjorde en minimal del af kontraktens samlede værdi.

11 Ved skrivelse af 12. marts 2008 meddelte Kommissionen sagsøgeren, at en af de afviste ansøgere havde afgivet oplysninger, der kunne berettige til suspension af underskrivelsen af kontrakten i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 158a, stk. 1.

12 Ved skrivelse af 16. april 2008 anmodede Kommissionen selskab C. om at bekræfte, at dets bud skulle opfattes således, at den tilbudte pris vedrørende post E 9.26 i det sammenfattende overslag var den samme som den tilbudte pris vedrørende post E 9.13 i samme overslag, dvs. 903,69 EUR, og at den samlede pris var 9 729 849,83 EUR, idet der tages hensyn til den tilbudte pris vedrørende post E 9.26 såvel som den pris, der blev tilbudt vedrørende post 03.09.15B, som dette selskab fejlagtigt havde undladt at medtage i beregningen af den samlede pris, det havde tilbudt.

13 Ved to skrivelser af 22. april 2008, som blev modtaget af Kommissionen den samme dag, bekræftede selskab C., at denne forståelse af dets bud var korrekt.

14 Den 23. april 2008 udarbejdede evalueringskomitéen en ny evalueringsrapport vedrørende de indgivne bud, hvori den i punkt 3.2.1.3 navnlig bemærkede, at »[selskab C.] har undladt at angive en enhedspris vedrørende post E 9.26«, men »det har i en forklarende skrivelse oplyst, at prisen kunne udledes af post E 9.13 (903,69 EUR), da det drejer sig om nøjagtig samme post«. Den tilføjer, at »[p]å baggrund af ovenstående forklaring […] skal 903,69 EUR tilføjes til det oprindelige bud«, og at, »[s]om Kommissionens Juridiske Tjeneste har bemærket, må denne situation betragtes som en afklaring af buddet og ikke som en ændring«. Evalueringskomitéen har således foreslået at tildele den pågældende kontrakt til selskab C. I den nye evalueringsrapport fremtræder sagsøgerens bud kun som det tredje laveste bud.

15 Ved Kommissionens skrivelse af 29. april 2008, der blev modtaget den 5. maj 2008, blev sagsøgeren underrettet om, at selskabets bud i sidste ende ikke var blevet udvalgt i forbindelse med tildelingen af pågældende kontrakt, fordi den pris, som selskabet havde tilbudt, »var højere end den pris, den udvalgte ansøger havde foreslået«.

16 Ved skrivelse af samme dag meddelte Kommissionen selskab C., at den pågældende offentlige kontrakt var blevet tildelt dette.

17 Som svar på en anmodning fra sagsøgeren meddelte Kommissionen ved skrivelse af 6. maj 2008 denne følgende yderligere afslagsgrunde:

»Under første vurdering af det omfattende sagsmateriale forekom De at være vinder, skønt Deres pris var væsentlig højere end den nuværende vinders bud. Årsagen til det

oprindelige afslag på denne ansøgers bud var, at prisen på en lille budgetpost ikke fandtes. Det var også tilfældet med de to andre ansøgeres bud. Følgelig blev disse bud i første omgang anset for ukonditionsmæssige.

I løbet af status quo-perioden i henhold til [gennemførelses]forordningens artikel 158a anførte de andre ansøgere, at de manglende priser befandt sig i deres bud. Følgelig blev status quo-perioden suspenderet for, at der kunne gennemføres endnu en undersøgelse. Det fremgik af den nye undersøgelse, at de priser, der oprindeligt manglende, faktisk fremgik, og at disse selskaber således havde afgivet konditionsmæssige bud. Det var derfor nødvendigt at foretage en ny vurdering af samtlige bud. Da et af disse selskaber havde indgivet det laveste bud, blev det udpeget som vinder af dette udbud.«

18 Ved skrivelse af 15. maj 2008, der blev modtaget af sagsøgeren den følgende dag, tilsendte Kommissionen sagsøgeren en kopi af evalueringsrapporterne af 5. november 2007 og 23. april 2008.

Retsforhandlinger og parternes påstande

19 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 30. maj 2008 anlagde sagsøgeren denne sag. Ved særskilt processkrift indleveret til Justitskontoret samme dag fremsatte sagsøgeren i henhold til artikel 76a i Rettens procesreglement anmodning om hasteprocedure, hvilket blev afslået ved afgørelse af 9. juli 2004.

20 Ved yderligere et særskilt processkrift indleveret til Justitskontoret samme dag og registreret som sag T-195/08 R indgav sagsøgeren tillige en begæring om foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 243 EF og procesreglementets artikel 104 ff. Ved

kendelse afsagt af Rettens præsident den 15. juli 2008, Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen (T-195/08 R, ikke trykt i Samling af Afgørelser), blev begæringen om foreløbige forholdsregler afvist.

21 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har som led i foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglements artikel 64 anmodet Kommissionen om skriftligt at besvare et spørgsmål og fremlægge visse dokumenter. Kommissionen har efterkommet denne anmodning.

22 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål i retsmødet den 10. juni november 2009.

23 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens beslutning i skrivelse af 29. april 2008, der blev suppleret med skrivelse af 6. maj 2008, om afvisning af sagsøgerens bud samt Kommissionens beslutning af 23. april 2008 om tildeling af den pågældende kontrakt til selskab C., der blev meddelt sagsøgeren ved skrivelse af 15. maj 2008 fra Kommissionen, annulleres.

— Kommissionens ansvar uden for kontraktforhold for sagsøgerens senere opgjorte skader fastslås.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

24 Sagsøgeren har i sin replik anslået sit tab til 619 000 EUR og forbeholder sig ret til at foretage en revurdering under sagens behandling.

25 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises, subsidiært frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Om påstanden om annullation

Om sagens genstand

26 Sagsøgeren har med sin første påstand nedlagt påstand om annullation for det første af Kommissionens beslutning af 29. april 2008 om afvisning af sagsøgerens bud og for det andet af Kommissionens »beslutning« af 23. april 2008 om tildeling af den pågældende kontrakt til selskab C. Sidstnævnte beslutning blev meddelt sagsøgeren ved skrivelse af 15. maj 2008 fra Kommissionen.

27 Det må dog som påpeget ovenfor i præmis 18 konstateres, at Kommissionen ved skrivelse af 15. maj 2008 alene har meddelt sagsøgeren evalueringsrapporterne af 5. november 2007 og 23. april 2008, og at disse ikke indeholder nogen beslutning fra Kommissionen, men alene evalueringskomitéens forslag vedrørende tildelingen af den pågældende offentlige kontrakt til henholdsvis sagsøgeren og selskab C., der ikke er

bindende for Kommissionen (jf. i denne retning Domstolens dom af 16.9.1999, sag C-27/98, Fracasso og Leitschutz, Sml. I, s. 5697, præmis 33 og 34, og Rettens dom af 24.2.2000, sag T-145/98, ADT Projekt mod Kommissionen, Sml. II, s. 387, præmis 152).

28 Det skal endvidere fastslås, at idet det drejer sig om foreløbige foranstaltninger, der har til formål at forberede beslutningen om tildelingen af den pågældende kontrakt, hvis tilblivelse omfatter flere stadier i en intern procedure, kan de førnævnte rapporter ikke selv være omfattet af et annullationssøgsmål. Et sådant søgsmål kan alene rettes mod det, der er udtryk for en definitiv fastlæggelse af Kommissionens standpunkt i denne interne procedure (jf. i denne retning Domstolens dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. I, s. 2639, præmis 10, og Rettens dom af 18.12.1992, forenede sager T-10/92 — T-12/92 og T-15/92, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2667, præmis 28), dvs. i det foreliggende tilfælde beslutningen om at afvise en ansøgers bud og beslutningen om at tildele kontrakten til en anden ansøger.

29 Derudover bemærkes, at Kommissionen som svar på en anmodning fra Retten vedrørende fremlæggelse af en kopi af dens afgørelse om tildeling af den pågældende offentlige kontrakt til selskab C. har præciseret, at der på tidspunktet for de faktiske omstændigheder ikke fandtes nogen fast praksis inden for den kompetente tjenestegren vedrørende vedtagelse af en formel tildelingsbeslutning, men at denne tjenestegren på grundlag af de henstillinger, der blev fremsat i evalueringsrapporten, og efter positiv udtalelse fra det interne udvalg, meddelte den udvalgte ansøger beslutningen om at tildele den kontrakten og meddelte de andre ansøgere beslutningen om at afvise deres bud. Under retsmødet bekræftede parterne dette punkt, hvilket er blevet tilført protokollatet for retsmødet.

30 Det må på denne baggrund fastslås, at den første del af sagsøgerens påstand skal forstås således, at den omfatter annullation af Kommissionens beslutning af 29. april 2008 om tildeling af den pågældende offentlige kontrakt til selskab C. og afvisning af sagsøgerens bud (herefter »den anfægtede beslutning«). Ved skrivelse af samme dato fik både selskab C. og sagsøgeren meddelelse herom (jf. præmis 15 og 16 ovenfor).

Formaliteten

Parternes argumenter

31 Kommissionen bemærker, at sagsøgerens bud kun var det tredje i en prioriteringsrækkefølge, der går fra det laveste bud til det højeste bud. Hvis Retten følgelig skulle give sagsøgeren medhold i sagen, ville det være den ansøger, der indtager en andenplads, og ikke sagsøgeren, der vil få tildelt den pågældende offentlige kontrakt. Sagsøgeren har derfor ingen interesse i at anlægge nærværende sag, og den bør derfor afvises.

32 Sagsøgeren finder, at dette anbringende skal forkastes af de grunde, der er anført i kendelsen i sagen Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 20 (præmis 21-25).

Rettens bemærkninger

33 Det bemærkes, at et annullationssøgmål, der anlægges af en fysisk eller juridisk person, ifølge fast retspraksis kun kan admitteres, såfremt sagsøgeren har en retlig interesse i, at den pågældende retsakt annulleres (jf. Rettens dom af 28.9.2004, sag T-310/00, MCI mod Kommissionen, Sml. II, s. 3253, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis). En sådan interesse foreligger kun, såfremt en annullation af den anfægtede retsakt i sig selv kan have retsvirkninger (jf. Rettens dom af 14.9.1995, forenede sager T-480/93 og T-483/93, Antillean Rice Mills m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2305, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis), og søgsmålet således med sit resultat kan tilføre parten en fordel (jf. i denne retning Domstolens dom af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 21).

34 Det skal derfor efterprøves, om en eventuel annullation af den anfægtede beslutning i den foreliggende sag kan give sagsøgeren en fordel. Kommissionen har gjort gældende, at dette ikke er tilfældet i den foreliggende sag, da den i tilfælde af en sådan annullation er berettiget til at tildele den pågældende offentlige kontrakt til den ansøger, hvis bud indtog en andenplads i prioriteringsrækkefølgen, og ikke til sagsøgeren, hvis bud indtog tredjepladsen.

35 Selv om det ganske vist er korrekt, at det, hvis selskab C.'s bud skulle afvises, fordi det ikke opfyldte de krav, der er opstillet i udbudsbetingelserne, ikke automatisk ville medføre, at den pågældende offentlige kontrakt skulle tildeles sagsøgeren, står det dog fast, at Kommissionen i evalueringsrapporten af 23. april 2008 understreger, at det selskab, der indtager en andenplads — som selskab C. — havde undladt at angive prisen vedrørende bestemte poster i det sammenfattende overslag, men at det pågældende selskabs bud (10 140 841,12 EUR) ikke desto mindre var blevet kvalificeret af Kommissionen som i overensstemmelse de krav, der er opstillet i udbudsbetingelserne på baggrund af oplysninger fra dette selskab.

36 Sagsøgeren har med sit eneste anbringende til støtte for annullationspåstanden anfægtet Kommissionens konklusion om, at et bud fra et selskab, der heri har undladt at angive prisen vedrørende bestemte poster i det sammenfattende overslag, ikke desto mindre kan anses for at være i overensstemmelse med de krav, der er opstillet i udbudsbetingelserne, på baggrund af oplysninger fra dette selskab.

37 Det følger heraf, at Kommissionen i tilfælde af, at selskab C.'s bud blev afvist på grund af den af appellanten påståede mangel, kan være juridisk forhindret i at tildele den pågældende offentlige kontrakt til det selskab, der indtager andenpladsen, og hvis bud vil være behæftet med samme mangel som selskab C.'s bud. Under disse omstændigheder kan det selskab, der indtager andenpladsen, ikke hindre, at den pågældende offentlige kontrakt bliver tildelt sagsøgeren. Det følger heraf, at sagsøgeren har en retlig interesse i en prøvelse af den anfægtede beslutning, og at selskabets annullationspåstand skal antages til realitetsbehandling.

Om realiteten

Parternes argumenter

38 Sagsøgeren har med sit eneste anbringende gjort gældende, at der er sket en overtrædelse af finansforordningens artikel 91, af gennemførelsesforordningens artikel 122, 138 og 148 og af artikel 2 og 28 i direktiv 2004/18/EF. Sagsøgeren har anført, at den pågældende offentlige kontrakt blev tildelt efter et begrænset udbud, hvilket i øvrigt fremgår af punkt 2 og 4.3 i udbudsbetingelsernes administrative bilag. Det fremgår også af punkt 25 i samme bilag, at der for det første kun er ét tildelingskriterium, nemlig den pris, hver enkelt ansøger tilbyder, og for det andet, at alle udbudspriserne i det sammenfattende overslag skal fremgå, »idet de ellers vil blive afvist«.

39 Desuden må der ikke som led i et begrænset udbud føres nogen forhandling mellem den ordregivende myndighed og ansøgerne. Det er heller ikke tilladt for ansøgerne at ændre eller supplere deres bud, efter de er afgivet. Følgelig skal et bud, der ikke er i overensstemmelse med de krav, der er opstillet i udbudsbetingelserne, pligtmæssigt afvises af den ordregivende myndighed. I modsat fald vil bemyndigelsen til at anmode om oplysninger om de indgivne bud tilsidesætte princippet om forbud mod forskelsbehandling mellem ansøgerne samt gennemsigtighedskravet, der er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, og som ifølge udbudsbetingelserne finder anvendelse i den foreliggende sag.

40 I sin dom af 22. juni 1993, Kommissionen mod Danmark (sag C-243/89, Sml. I, s. 3353, præmis 37), fastslog Domstolen, at det følger af princippet om ligebehandling af ansøgerne, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne for at sikre muligheden for en objektiv sammenligning af dem. Imidlertid ville dette krav ikke være opfyldt, hvis det var tilladt for ansøgerne at tage forbehold i deres bud, der gør det muligt for dem at fravige de »grundlæggende bestemmelser« i udbudsbetingelserne.

41 Det fremgår endvidere af evalueringsrapporterne, at det sammenfattende overslag i strid med de klare angivelser i punkt 25 i udbudsbetingelsernes administrative bilag ikke var fuldstændigt udfyldt i selskab C.'s bud, eftersom prisen vedrørende post E 9.26 manglede. Dette er grunden til, at evalueringskomitéen i evalueringsrapporten af 5. november 2007 foreslog, at dette bud afvistees, idet det ikke var i overensstemmelse med de krav, der er opstillet i udbudsbetingelserne. I evalueringsrapporten af 23. april 2008 ændrede denne komité dog sin holdning efter selskab C.'s indgriben.

42 En sådan indgriben er imidlertid forbudt som led i et begrænset udbud i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 122, stk. 2, hvor forhandling ikke er tilladt mellem den ordregivende myndighed og de forskellige ansøgere. I modsætning til Kommissionens juridiske tjenestes opfattelse nævnt i punkt 3.2.1.3 i evalueringsrapporten af 23. april 2008 kan selskab C.'s skrivelse af 22. april 2008 ikke anses for at være opklarende, da den ikke vedrører et forhold, der allerede findes i selskab C.'s bud, men har til hensigt at supplere dette bud ved at indføje en pris, der ikke allerede fremgik deri. I virkeligheden har Kommissionen givet tilladelse til, at selskab C. ændrer det bud, det havde indgivet, skønt en sådan fremgangsmåde er forbudt som led i et begrænset udbud, der er blevet fulgt i dette tilfælde.

43 Den omstændighed, at den tilbudte pris vedrørende en post ikke er nævnt i det sammenfattende overslag, kan ikke anses for at være en materiel fejl i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 148, stk. 3, selv om den manglende pris kan udledes af den tilbudte pris vedrørende en anden post i dette overslag. Dette bekræftes af, at evalueringskomitéen i evalueringsrapporten af 5. november 2007 allerede har rettet en materiel fejl i buddet fra selskab C., der havde undladt at tage prisen vedrørende post 03.09.15 B i det sammenfattende overslag i betragtning ved beregning af den samlede tilbudte pris, hvilket har ført til en forhøjelse på 973,76 EUR af den pågældende pris.

44 Sagsøgeren har gjort gældende, at det er en »procedurefejl«, at selskab C. får tilladelse til at supplere det bud, det har indgivet. Kommissionen har ingen skønsbeføjelse på området og skal nøje anvende de processuelle regler. Domstolens faste praksis, hvorefter Kommissionen har et vidt skøn med hensyn til de indgivne bud i forbindelse med en udbudsprocedure, er irrelevant i den foreliggende sag, for så vidt som der er tale

om en »procedurefejl« og ikke et åbenbart urigtigt skøn. Af samme grund finder proportionalitetsprincippet ikke anvendelse i denne sag.

45 Selv om det antages, at Kommissionen rådede over en skønsbeføjelse med hensyn til det mangelfulde sammenfattende overslag, havde den begået en fejl, for så vidt som den besluttede at udelukke den pågældende ansøger og informerede sagsøgeren om, at kontrakten var tildelt, før den ændrede holdning og tildelte kontrakten til den førnævnte ansøger efter dennes indgriben. Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at selv om Kommissionen i sin skrivelse af 27. februar 2008 har forbeholdt sig retten til at suspendere underskrivelsen af kontrakten med sagsøgeren, kan dette ikke føre til et andet resultat, eftersom sagsøgeren, idet selskabet var blevet informeret om, at kontrakten ville blive tildelt det, skulle træffe de nødvendige foranstaltninger, herunder ved ikke at deltage i andre udbudsprocedurer, for at stå parat til at påbegynde den opførelse, der er omhandlet i den pågældende offentlige kontrakt.

46 Desuden har sagsøgeren anført, at det, selv om formuleringerne i posterne E 9.13 og E 9.26 i det sammenfattende overslag ganske vist er identiske, dog står klart, at den af selskab C. tilbudte pris for den anden post ikke kunne udledes af den tilbudte pris for den første post. Den samme formulering findes faktisk under andre poster i det sammenfattende overslag, nemlig posterne E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 og E 9.43. Sagsøgeren havde foreslået forskellige priser for hver af disse poster. Da det ikke er muligt at udlede den af selskab C. tilbudte pris vedrørende post E 9.26, skal dette bud afvises af Kommissionen som mangelfuldt i overensstemmelse med evalueringskomitéens oprindelige forslag.

47 Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at den anfægtede beslutning heller ikke er i overensstemmelse med princippet om gennemsigtighed fastsat i artikel 2 i direktiv 2004/18/EF, da visse passager af de meddelte kopier af evalueringsrapporter var udeladt, uden at det er objektivt begrundet. Sagsøgeren har følgelig anført, at idet det ikke er blevet informeret på en fyldestgørende måde, er »status quo-perioden« i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 158a endnu ikke begyndt at løbe.

48 Kommissionen har bestridt sagsøgerens argumenter.

Rettens bemærkninger

49 Det bemærkes, at Kommissionen ifølge Domstolens praksis med hensyn til de faktorer, der skal tages i betragtning ved indgåelse af en aftale efter udbud, har en vid skønsmargen (Rettens dom af 26.2.2002, sag T-169/00, Esedra mod Kommissionen, Sml. II, s. 609, præmis 95, og af 14.2.2006, forenede sager T-376/05 og T-383/05, TEA-CEGOS m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 205, præmis 50). I den sammenhæng har Kommissionen også en vid skønsmargen ved vurderingen af såvel indholdet som gennemførelsen af de regler, som finder anvendelse ved indgåelse af en aftale efter udbud (dommen i sagen TEA-CEGOS m.fl. mod Kommissionen, præmis 51).

50 Desuden er en ordregivende myndighed, selv om den præcist og klart skal udarbejde betingelserne i det offentlige udbud, ikke forpligtet til at undersøge alle de tilfælde, uanset hvor sjældne de måtte være, der kan gøre sig gældende i praksis (Domstolens kendelse af 20.4.2007, sag C-189/06 P, TEA-CEGOS og STG mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 30).

51 Et krav i udbudsbetingelserne skal fortolkes på baggrund af dets formål, system og ordlyd (jf. i denne retning kendelsen i sagen TEA-CEGOS og STG mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 50, præmis 46). I tvivlstilfælde kan den pågældende ordregivende myndighed undersøge anvendeligheden af et sådan krav ved at foretage en konkret undersøgelse under hensyn til de relevante forhold (jf. i denne retning kendelsen i sagen TEA-CEGOS og STG mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 50, præmis 31).

52 Henset til Kommissionens vide skøn, nævnt ovenfor i præmis 49, må retsinstansernes prøvelse endvidere begrænses til en kontrol af, om formforskrifterne og reglerne om begrundelse har været overholdt, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige,

og om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning (jf. dommen i sagen TEA-CEGOS m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 49, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

53 Som led i denne prøvelse tilkommer det Retten at fastslå, navnlig om den af Kommissionen foretagne fortolkning i dens egenskab af ordregivende myndighed af et krav i udbudsbetingelserne er korrekt eller ej (jf. i denne retning kendelsen i sagen TEA-CEGOS og STG mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 50, præmis 46).

54 Det bemærkes endvidere, at gennemførelsesforordningens artikel 148, stk. 3, giver institutionerne mulighed for at tage initiativ til en kontakt med ansøgeren, hvis et bud gør det nødvendigt at indhente yderligere oplysninger, eller hvis åbenlyse skrivefejl i affattelsen af buddet skal rettes. Det følger heraf, at bestemmelsen ikke kan fortolkes således, at den i de begrænsede undtagelsestilfælde, der er nævnt i bestemmelsen, pålægger institutionerne en pligt til at tage kontakt med ansøgere (jf. analogt Rettens dom af 8.5.1996, sag T-19/95, Adia interim mod Kommissionen, Sml. II, s. 321, præmis 43 og 44).

55 Det kan kun være anderledes, hvis denne mulighed i henhold til almindelige fællesskabsretlige principper kan skabe en forpligtelse for Kommissionen til at tage kontakt med en ansøger (jf. i denne retning og analogt dommen i sagen Adia interim mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 54, præmis 45).

56 Det vil især være tilfældet, når et buds formulering er tvetydigt udarbejdet, og de omstændigheder i sagen, som Kommissionen har kendskab til, viser, at tvetydigheden sandsynligvis kan forklares på en enkel måde og nemt kan fjernes. I et sådant tilfælde er det i princippet i strid med princippet om god forvaltningsskik, at Kommissionen afviser buddet uden at gøre brug af sin beføjelse til at anmode om yderligere

oplysninger. Det ville være i strid med ligebehandlingsprincippet at tillægge Kommissionen et ubegrænset skøn under sådanne omstændigheder (jf. i denne retning Rettens dom af 27.9.2002, sag T-211/02, Tideland Signal mod Kommissionen, Sml. II, s. 3781, præmis 37 og 38).

57 Proportionalitetsprincippet indebærer desuden, at institutionernes retsakter ikke må gå videre end, hvad der er nødvendigt og passende for gennemførelsen af de tilsigtede formål, idet det forudsættes, at den mindst bebyrdende foranstaltning skal vælges, såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, og at byrderne ikke herved må være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål (Domstolens dom af 5.5.1998, sag C-157/96, National Farmers' Union m.fl., Sml. I, s. 2211, præmis 60). Dette princip indebærer, at den ordregivende myndighed, når den skal tage stilling til et tvetydigt bud, og når en anmodning om yderligere oplysninger vedrørende indholdet af det pågældende bud kan garantere retssikkerheden på samme måde som en direkte afvisning af det pågældende bud, skal anmode den pågældende ansøger om præciseringer frem for at vælge en klar afvisning af dennes bud (jf. i denne retning dommen i sagen Tideland Signal mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 56, præmis 43).

58 Det er imidlertid under hensyntagen til retssikkerhedsprincippet også afgørende, at Kommissionen med sikkerhed kan fastslå indholdet af det bud, der er afgivet i en udbudsprocedure, og navnlig, om buddet er i overensstemmelse med de krav, der er fastsat i udbudsbetingelserne. Når et bud er tvetydigt, og Kommissionen ikke har mulighed for hurtigt og effektivt at fastslå, hvad buddets virkelige indhold er, har den således ikke andet valg end at afvise buddet (jf. dommen i sagen Tideland Signal mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 56, præmis 34).

59 Endelig tilkommer det i sidste ende Retten at fastslå, hvorvidt en ansøgers svar på den ordregivende myndigheds anmodning om præciseringer må anses for yderligere oplysninger vedrørende indholdet af ansøgerens bud, eller om der er tale om svar, der overskrider denne ramme og ændrer buddets indhold, set i forhold til de i udbudsbetingelserne opstillede krav (jf. i denne retning dommen i sagen Esedra mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 49, præmis 52).

60 I den foreliggende sag skal det først fastslås, om den i punkt 25 i udbudsbetingelsernes administrative bilag anførte betingelse — i et tilfælde, hvor en ansøger har undladt at angive den tilbudte pris vedrørende en post i det sammenfattende overslag, der ledsager buddet — skal fortolkes således, at dette bud nødvendigvis skal afvises, således som sagsøgeren i det væsentlige har gjort gældende, eller om buddet ikke kan afvises, når den pågældende materielle undladelse kan forklares på en enkel måde, og den manglende pris på en nem og sikker måde kan udledes fra den tilbudte pris vedrørende en anden post i det sammenfattende overslag, således som Kommissionen har gjort gældende.

61 I den forbindelse bemærkes, at den i punkt 25 i udbudsbetingelsernes administrative bilag anførte betingelse tilsiger at give den ordregivende myndighed, i dette tilfælde Kommissionen, en udførlig redegørelse vedrørende den måde, hvorpå den samlede pris, der er tilbudt for den pågældende offentlige kontrakt af hver ansøger, kan opdeles i individuelle priser for de forskellige arbejdsområder, der er omfattet af denne offentlige kontrakt.

62 Det bemærkes desuden, idet der tages hensyn til de præciseringer, som parterne har indgivet herom under retsmødet, at forpligtelsen for hver part til at angive en pris for alle posterne i det sammenfattende overslag skal sikre, at Kommissionen nemt kan kontrollere rigtigheden af den samlede pris, som hver ansøger har budt, og om denne pris er normal, i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 139, stk. 1. Endelig tilsigter denne forpligtelse at lette tilpasningen af denne samlede pris, der er budt for den pågældende offentlige kontrakt, i tilfælde af, at supplerende arbejde ved opfyldelsen af den pågældende kontrakt måtte vise sig nødvendig, efter at kontrakten er tildelt.

63 Opfyldelsen af ovennævnte mål ændres imidlertid på ingen måde for så vidt angår betingelsen i punkt 25 i udbudsbetingelsernes administrative bilag ved den fortolkning af denne bestemmelse, som Kommissionen har baseret sig på, og ifølge hvilken et bud ikke er mangelfuldt og ikke skal afvises, hvis den pris, der mangler for en bestemt post, med sikkerhed kan udledes af den anførte pris for en anden post i det samme sammenfattende overslag eller i det mindste efter at have modtaget præciseringer vedrørende buddets indhold fra dets ophavsmand.

64 Som Kommissionen har fremhævet, handler det nemlig ikke i dette sidste tilfælde om indføjelse af en ny pris, der bliver budt vedrørende posten i det pågældende sammenfattende overslag, men blot om en præcision af buddets indhold, hvorefter den pris, der er tilbudt for en bestemt post, skal forstås således, at den også er tilbudt for alle andre poster med identisk eller lignende indhold.

65 I et sådant tilfælde fører den bogstavelige og snævre fortolkning af kravet i punkt 25 i udbudsbetingelsernes administrative bilag, som sagsøgeren har påberåbt sig, til en afvisning af økonomisk fordelagtige tilbud på grund af åbenlyse og ubetydelige materielle undladelser og fejl, hvilket — som Kommissionen med rette har anført — i sidste ende ikke er foreneligt med »princippet om sparsommelighed«, der er nævnt i finansforordningens artikel 27.

66 I lyset af disse betragtninger skal det således undersøges, om det var med rette, at Kommissionen fandt, at den af selskab C. tilbudte pris vedrørende post E 9.26 i det sammenfattende overslag i det foreliggende tilfælde med sikkerhed kunne udledes af den af samme selskab tilbudte pris vedrørende en anden post i samme overslag, hvilket fik Kommissionen til ikke at afvise det af dette selskab indgivne bud som ikke værende i overensstemmelse med de krav, der er opstillet i udbudsbetingelserne.

67 Det bemærkes i den forbindelse, at selskab C., der var blevet underrettet om Kommissionens beslutning om at tildele den pågældende kontrakt til sagsøgeren, i første omgang i henhold til finansforordningens artikel 100, stk. 2, anmodede Kommissionen om at få at vide, hvorfor deres tilbud blev forkastet. Da dette selskab havde gjort sig bekendt med disse grunde, fremsatte det i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 158a, stk. 1, og inden for den heri fastsatte frist sine bemærkninger, hvori det anmodede Kommissionen om at tildele det den pågældende offentlige kontrakt med den begrundelse, at prisen vedrørende post E 9.26 ikke manglede i det sammenfattende overslag, der ledsagede dets tilbud, da det klart kunne udledes af den tilbudte pris vedrørende post E 9.13 (jf. præmis 9 og 10 ovenfor).

68 Det bemærkes ligeledes, at det fremgår af uddragene af de sammenfattende overslag, der ledsager sagsøgerens og selskab C.'s tilbud, som Kommissionen har fremlagt på Rettens anmodning, at posterne E 9.05, E 9.13, E 9.22, E 9.26, E 9.31, E 9.37 og E 9.43 alle er identisk formuleret og vedrører et identisk anlæg, nemlig et halvautomatisk omstillingsanlæg for gascylindere.

69 Der kan for det første sondres mellem ovennævnte syv poster i forhold til stedet for det pågældende anlæg, da hver post henviser til et forskelligt sted eller laboratorium. Under retsmødet har parterne imidlertid tilkendegivet, at stedet for dette anlæg ikke har indvirkning på omkostningerne og følgelig på den pris, som den enkelte ansøger har tilbudt for posten.

70 For det andet kan der også sondres mellem disse syv poster ved den gasart, som det pågældende anlæg skal anvende. For så vidt angår posterne E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 og E 9.43 vil de pågældende anlæg således skulle anvende ikke-brandbare gasarter. De anlæg, som er nævnt i posterne E 9.13 og E 9.26, skal derimod anvendes til propan, der er en brandbar gasart.

71 Under retsmødet har Kommissionen uden at blive modsagt af sagsøgeren gjort gældende, at spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende gasarts er af en brandbar karakter eller ej, har indvirkning på omkostningerne for det pågældende anlæg og således også på den pris, som den enkelte ansøger har tilbudt for posten. Retten bemærker, at det faktisk fremgår af uddrag fra det sammenfattende overslag, der ledsager sagsøgerens tilbud, at denne har tilbudt den samme pris (880,69 EUR) for hver enkelt af posterne E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 og E 9.43, som vedrører de ikke-brandbare gasarter, og en anden pris (1 016,92 EUR) for hver enkelt af posterne E 9.13 et E 9.26, der vedrører den brandbare gasart.

72 For så vidt angår selskab C. fremgik det af uddraget af det sammenfattende overslag, der ledsagede dets bud, at det også har tilbudt den samme pris (782,63 EUR) for hver enkelt af posterne postes E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 og E 9.43. Desuden har det tilbudt en pris

på 903,69 EUR vedrørende post E 9.13, mens det ikke har indsat nogen pris i det sammenfattende overslag, der ledsager dets tilbud, vedrørende post E 9.26.

73 Det må ligeledes fastslås, at såvel i sagsøgerens bud som i selskab C.'s bud udgør den tilbudte pris for det pågældende anlæg, når det skal anvendes til ikke-brandbare gasarter, 86,60% af den tilbudte pris for det samme anlæg, når det skal anvendes til propan, der er en brandbar gasart.

74 Heraf følger, at Kommissionen med rette fastslog, at den omstændighed, at den tilbudte pris vedrørende post E 9.26 ikke er nævnt i det sammenfattende overslag, der ledsager selskab C.'s bud, udgør en simpel materiel fejl i dette bud eller i det mindste en tvetydighed, der kan forklares på en enkel måde og nemt kan fjernes. På baggrund af ovenstående bemærkninger i præmis 68-73 må det konkluderes, at den manglende pris vedrørende post E 9.26 i det sammenfattende overslag til selskab C.'s bud ikke kan være forskelligt fra den af samme selskab tilbudte pris vedrørende post E 9.13 (903,69 EUR), og at det blot er en fejl, at det pågældende selskab ikke har nævnt denne pris vedrørende post E 9.26 i det sammenfattende overslag.

75 Under disse omstændigheder kan Kommissionen i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 148, stk. 3, uden at tilsidesætte kravet i punkt 25 i udbudsbetingelsernes administrative bilag anmode selskab C. om yderligere oplysninger vedrørende indholdet af dets bud.

76 Det er uden betydning, at denne anmodning om yderligere oplysninger, der er rettet til selskab C., er foretaget, efter at selskabet har fremsat bemærkninger vedrørende afvisningen af dettes bud. Som Kommissionen således med rette har anført, vil denne bestemmelse være fuldstændig uden indhold, hvis den ikke, efter at der er fremsat bemærkninger i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 158a, stk. 1, har ret til

at anmode om yderligere oplysninger, som forekommer den nødvendige, og i givet fald annullere sin beslutning om tildelingen af den pågældende offentlige kontrakt til en anden ansøger.

77 Det var med rette, at Kommissionen, efter at den som svar på sin anmodning til selskab C. om yderligere oplysninger fra dette selskab havde modtaget bekræftelse på, at dets tilbud måtte forstås således, at den tilbudte pris vedrørende post E 9.26 var den samme som den pris, der blev tilbudt vedrørende post E 9.13 (jf. præmis 12 og 13 ovenfor), konkluderede, at dette bud var i overensstemmelse med de krav, der er opstillet i udbudsbetingelserne, og derefter tildelte den pågældende kontrakt til det pågældende selskab, da dets bud var det laveste.

78 Den af sagsøgeren fremførte argumentation kan ikke ændre på denne konklusion. For det første bemærkes, at Kommissionen ikke i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, har indledt ulovlige forhandlinger med selskab C. med henblik på at ændre indholdet af dettes bud, men alene har benyttet sin adgang i henhold til finansforordningens artikel 148, stk. 3, til at anmode om yderligere oplysninger vedrørende dette buds indhold.

79 For så vidt angår sagsøgerens argumentation om tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af ansøgerne, nævnt både i artikel 2 i direktiv 2004/18 og i finansforordningens artikel 89, stk. 1, bemærkes for det andet, at dette princip ikke kan forhindre Kommissionen i at udøve sin beføjelse til at anmode om yderligere oplysninger vedrørende tilbuddene i henhold til finansforordningens artikel 148, stk. 3, efter åbningen af disse bud, idet det må fremhæves, at Kommissionen er forpligtet til at behandle alle ansøgerne ens, når den udøver denne beføjelse (jf. i den retning og analogt dommen i sagen Tideland Signal mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 56, præmis 38).

80 I den foreliggende sag har Kommissionen overholdt princippet om ligebehandling af ansøgerne, da den har anmodet ikke alene selskab C., men også alle de andre ansøgere, hvis bud bl.a. udviste samme fejl som selskab C.'s bud, dvs. manglende priser for bestemte poster i det sammenfattende overslag, der ledsagede disse ansøgeres bud, om yderligere oplysninger (jf. præmis 7 og 17 ovenfor). Sagsøgeren blev ikke anmodet om sådanne yderligere oplysninger, fordi det ikke var nødvendigt, idet der ikke manglende nogen pris i det sammenfattende overslag til selskabets bud. Som det fremgår af evalueringsrapporten af 23. april 2008, har evalueringskomitéen ikke desto mindre også foretaget visse korrektioner i sagsøgerens tilbud, hvilket har udløst et lille fald i den samlede pris i dennes bud.

81 Hvad endelig angår sagsøgerens argument, der er sammenfattet i præmis 47 ovenfor, om, at visse passager i kopierne af de evalueringsrapporter, som Kommissionen har meddelt sagsøgeren, blev holdt skjult i strid med princippet om gennemsigtighed, hvilket resulterede i, at standstill-perioden før indgåelse af kontrakten i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 158a, stk. 1, endnu ikke var begyndt at løbe, skal dette ligeledes forkastes.

82 Hertil bemærkes for det første, at sagsøgeren under retsmødet ikke har kunnet redegøre for relevansen af denne frist i den foreliggende sag, idet det ikke er blevet bestridt, at søgsmålet må anses for indbragt inden for den foreskrevne frist.

83 Videre bemærkes, at sagsøgerens anmodning, på hvilken Kommissionen har svaret ved at meddele kopier af evalueringsrapporterne, blev indgivet efter, at den anfægtede beslutning var blevet truffet. Om Kommissionens svar på denne anmodning kan betragtes som fuldstændigt, kan således på ingen måde rejse tvivl om lovligheden af den anfægtede beslutning, som annullationspåstanden alene vedrører.

84 Endelig bemærkes under alle omstændigheder, at princippet om gennemsigtighed, der er omhandlet både i finansforordningens artikel 89, stk. 1, og i artikel 2 i direktiv 2004/18, bør forliges med beskyttelsen af offentlighedens interesse, offentlige eller private virksomheders legitime forretningsmæssige interesser og den loyale konkurrence, der begrunder muligheden i henhold til finansforordningens artikel 100, stk. 2, andet afsnit, for at undlade at meddele visse oplysninger til de forbigåede ansøgere, når en sådan undladelse er nødvendig for at sikre overensstemmelse med de pågældende krav.

85 Det følger af det ovenstående, at det ene anbringende, som sagsøgeren har fremført til støtte for påstanden om annullation, ikke er begrundet og følgelig bør forkastes.

Erstatningspåstanden

Parternes argumenter

86 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen uretmæssigt har givet selskab C. tilladelse til at ændre eller supplere sit bud, efter at dette bud var afgivet, i strid med de til støtte for påstanden om annullation påberåbte bestemmelser. Denne tilsidesættelse er tilstrækkeligt kvalificeret, når Kommissionen klart og groft har tilsidesat sin skønsbeføjelse ved vurderingen af buddene og har tilsidesat højere retsregler, der

tager sigte på at beskytte enkeltpersoners interesser, herunder bl.a. princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet. Det tab, som sagsøgeren har lidt, er desuden en direkte følge af de retsstridige forhold, som Kommissionen har begået. Tabet er også umiddelbart tilstrækkeligt forestående og påregneligt.

87 Sagsøgeren tilføjer, at selskabets erstatningspåstand kan antages til realitetsbehandling. Det gør gældende, at usikkerheden for så vidt angår omfanget af tabet ikke kan føre til, at et erstatningssøgsmål, der er anlagt i henhold til artikel 288, stk. 2, EF, må afvises. Det fremgår af fast retspraksis, at fastsættelsen af skadernes omfang udsættes, hvis de oplysninger, der er nødvendige for beregningen af skadens størrelse, ikke foreligger på tidspunktet for fastlæggelsen af, om der kan gives sagsøgeren medhold i erstatningspåstanden. Sagsøgeren har gjort gældende, at det følger heraf, at den nøjagtige beregning af omfanget af den påståede skade, når et erstatningssøgsmål indledes, ikke er en ufravigelig betingelse for, hvorvidt et sådan annullationssøgsmål kan antages til realitetsbehandling

88 Sagsøgeren har anført, at selskabet har forsøgt at få tildelt den pågældende kontrakt ved hjælp af en procedure om foreløbige forholdsregler, og at det anlagde hovedsagen, da udfaldet af proceduren om foreløbige forholdsregler endnu var ukendt. Selskabet hævder således, at det foreløbig har begrænset sig til i stævningen at nedlægge påstand om, at Kommissionens ansvar fastslås, og til at forbeholde sig retten til at foretage en efterfølgende opgørelse af omfanget af den påførte skade. Det er desuden klart, at den påståede skade er umiddelbart tilstrækkeligt forestående og påregneligt, da det er ubestridt, at når den offentlige kontrakt ikke er gennemført, falder selskabets omsætning. Et sådant fald har ubestrideligt en negativ indvirkning på selskabets overskud i den relevante regnskabsperiode. Den belgiske lovgivning fastsætter dette tab til et fast beløb på 10% af værdien af den pågældende kontrakt. Sagsøgeren har ligeledes fremlagt en rapport fra selskabets revisor, i hvilken dets tab er opgjort til 619 000 EUR, og forbeholder sig retten til i givet fald at foretage en fornyet opgørelse af det pågældende tab. For så vidt angår Kommissionens ret til forsvar er dette på ingen måde tilsidesat, da denne stadig kan føre sit forsvar hvad angår vurderingen af det af sagsøgeren fremsatte tab.

89 Kommissionen har principalt gjort gældende, at erstatningspåstanden bør afvises, da sagsøgeren alene har nedlagt påstand om, at Retten fastslår tilstedeværelsen af det påståede tab, der blev påført selskabet som følge af Kommissionens adfærd, men ikke om, at Retten fastsætter det påståede tabs størrelse. Retten har således i dom af 23. september 1994, An Taisce og WWF UK mod Kommissionen (sag T-461/93, Sml. II, s. 733, præmis 42 og 43), fastslået, at en sådan påstand skulle afvises.

90 Kommissionen har subsidiært nedlagt påstand om frifindelse for erstatningspåstanden, da ingen af de tre betingelser, som stilles ifølge den faste praksis, er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

Rettens bemærkninger

91 Det følger af fast retspraksis, at spørgsmålet, om der kan gives sagsøgeren medhold efter artikel 288, stk. 2, EF, forudsætter, at en række betingelser er opfyldt, nemlig at den adfærd, der lægges institutionerne til last, er retsstridig, at der foreligger et virkeligt tab, og at der er årsagssammenhæng mellem denne adfærd og det påståede tab (Domstolens dom af 29.9.1982, sag 26/81, Oleifici Mediterranei mod EØF, Sml. s. 3057, præmis 16, og Rettens dom af 11.7.1996, sag T-175/94, International Procurement Services mod Kommissionen, Sml. II, s. 729, præmis 44). Hvis en af disse betingelser ikke er opfyldt, må sagsøgte i det hele frifindes, uden at det er nødvendigt at undersøge de øvrige betingelser (Domstolens dom af 15.9.1994, sag C-146/91, KYDEP mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 4199, præmis 19 og 81, og Rettens dom af 20.2.2002, sag T-170/00, Förde-Reederei mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 515, præmis 37).

92 Som allerede nævnt under gennemgangen af annullationspåstanden, er den anfægtede beslutning ikke behæftet med nogen ulovlighed.

93 Da betingelsen om, at den adfærd, der er lagt Kommissionen til last, skal være retsstridig, ikke er opfyldt, må erstatningspåstanden følgelig forkastes som ubegrundet, uden at det er nødvendigt at tage stilling til formaliteten.

Sagens omkostninger

94 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, pålægges det selskabet at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler, i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

2) Antwerpse Bouwwerken NV betaler sagens omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler i sag T-195/08 R.

Vilaras Prek Ciucă

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. december 2009.

Underskrifter