TRIBUNALENS DOM (femte avdelningen)

den 10 december 2009 *

I mål T-195/08,

Antwerpse Bouwwerken NV, Antwerpen (Belgien), inledningsvis företrätt av J. Verbist och D. de Keuster, därefter av advokaterna J. Verbist, B. van de Walle de Ghelcke och A. Vandervennet,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företrädd av E. Manhaeve, i egenskap av ombud, biträdd av advokaten M. Gelders,

svarande,

angående en talan om, för det första, ogiltigförklaring av kommissionens beslut att förkasta det anbud som sökanden lämnat inom ramen för en selektiv anbudsinfordran avseende anläggning av en produktionshall för referensmaterial på det område som

* Rättegångsspråk: nederländska.

innehas av Institutet för referensmaterial och referensmätningar i Geel (Belgien), och att tilldela en annan anbudssökande kontraktet, samt, för det andra, ersättning för den skada som sökanden påstås ha lidit till följd av samma kommissionsbeslut,

meddelar

TRIBUNALEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Vilaras (referent), samt domarna M. Prek och V. M. Ciucă,

justitiesekreterare: handläggaren J. Plingers,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 10 juni 2009,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

1 I artiklarna 27.1, 89.1, 91.1, 99, 100.2 och artikel 101 i rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 av den 25 juni 2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskap-

ernas allmänna budget (EGT L 248, s. 1), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG, Euratom) nr 1995/2006 av den 13 december 2006 (EUT L 390, s. 1) (nedan kallad budgetförordningen), föreskrivs följande:

”Artikel 27

1. Budgetanslagen skall användas enligt principen om sund ekonomisk förvaltning, det vill säga i enlighet med principerna om sparsamhet, effektivitet och ändamålsenlighet …

Artikel 89

1. Alla kontrakt som helt eller delvis finansieras genom budgeten skall omfattas av principerna om insyn och öppenhet, proportionalitet, likabehandling och icke-diskriminering …

Artikel 91

1. Förfaranden för tilldelning av kontrakt får ske i någon av följande former:

a) Öppen anbudsinfordran.

b) Selektiv anbudsinfordran.

c) Formgivningstävling.

d) Förhandlat förfarande.

e) Konkurrenspräglad dialog.

…

Artikel 99

Medan förfarandet för tilldelning av kontrakt pågår får kontakter mellan de anbudssökande eller anbudsgivarna och den upphandlande myndigheten endast ske på ett sätt som garanterar öppenhet och likabehandling. Sådana kontakter får varken leda till att villkoren för anbudsförfarandet ändras eller till att ett enskilt anbud ändras

…

Artikel 100

…

2. Den upphandlande myndigheten skall informera alla anbudssökande och anbudsgivare vars ansökningar förkastats om orsaken till detta, och alla som lämnat formellt korrekta anbud och ansökningar som prövats skall, om de skriftligen begär detta, informeras om vilka relativa kvaliteter och fördelar som kännetecknar det anbud som slutligen valts, samt namnet på den som lämnat det anbudet.

Information behöver dock inte lämnas ut om detta skulle hindra tillämpningen av lagstiftningen, stå i strid med det allmänna intresset, vara till skada för offentliga eller privata företags legitima affärsintressen eller snedvrida den lojala konkurrensen mellan dessa.

Artikel 101

Fram till dess att ett kontrakt undertecknats skall den upphandlande myndigheten ha rätt att avstå från att ingå ett enskilt avtal eller att avbryta upphandlingsförfarandet utan att anbudssökande eller anbudsgivare kan göra anspråk på någon ersättning.

Sådana beslut skall motiveras, och anbudsgivarna och anbudssökarna skall underrättas.”

2 I artiklarna 122, 138, 139, 148 och 158a i kommissionens förordning (EG, Euratom) nr 2342/2002 av den 23 december 2002 om genomförandebestämmelser för budgetförordningen (EGT L 357, s. 1), i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG, Euratom) nr 1261/2005 av den 20 juli 2005 (EUT L 201, s. 3) och kommissionens förordning (EG, Euratom) nr 478/2007 av den 23 april 2007 (EUT L 111, s. 13) (nedan kallad genomförandeförordningen), föreskrivs följande:

”Artikel 122

Olika typer av upphandlingsförfaranden

(Artikel 91 i budgetförordningen)

1. Tilldelning av ett kontrakt skall ske antingen efter anbudsinfordran genom ett öppet, selektivt eller förhandlat anbudsförfarande efter offentliggörandet av ett meddelande om upphandling eller efter ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling, i förekommande fall efter en formgivningstävling.

2. Anbudsinfordran skall vara öppen när alla berörda ekonomiska aktörer kan lämna ett anbud …

Anbudsinfordran skall anses vara selektiv när alla ekonomiska aktörer kan begära att få delta, men endast de anbudssökande som uppfyller urvalskriterierna i artikel 135 och

som samtidigt skriftligen uppmanas av de upphandlande myndigheterna kan inkomma med ett anbud …

Urvalsfasen kan genomföras antingen för varje enskild upphandling … eller i syfte att upprätta en förteckning över potentiella anbudssökande i det selektiva förfarande som avses i artikel 128.

…

Artikel 138

Tilldelningsformer och -kriterier

(Artikel 97.2 i budgetförordningen)

1. Utan att det påverkar artikel 94 i budgetförordningen skall kontrakt tilldelas på något av följande två sätt:

a) Den anbudsgivare som erbjuder det lägsta priset får kontraktet, förutsatt att anbudet uppfyller angivna villkor och formella krav.

b) Kontraktet tilldelas den som avgivit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet …

Artikel 139

Onormalt låga anbud

(Artikel 97.2 i budgetförordningen)

1. Om det i en viss upphandling förekommer anbud som verkar vara onormalt låga, skall den upphandlande myndigheten, innan den förkastar dessa anbud av endast detta skäl, skriftligen begära sådana förtydliganden om anbudens sammansättning som den anser sig behöva, och sedan parterna fått lämna sina synpunkter granska anbudets innehåll mot bakgrund av dessa förtydliganden …

Artikel 148

Kontakter mellan de upphandlande myndigheterna och anbudsgivarna

(Artikel 99 i budgetförordningen)

1. Kontakter mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna under ett upphandlingsförfarande är tillåtna i undantagsfall enligt villkoren i punkterna 2 och 3.

…

3. Sedan anbuden öppnats får den upphandlande myndigheten kontakta en anbudsgivare om klargöranden krävs i fråga om ett anbud, eller om uppenbara fel i anbudet måste korrigeras; denna kontakt får inte leda till någon ändring av villkoren i anbudet.

…

Artikel 158a

Tidsfrist före undertecknande av kontrakt

(Artikel 105 i budgetförordningen)

1. Den upphandlande myndigheten får inte underteckna ett kontrakt eller ramkontrakt som omfattas av direktiv 2004/18/EG med den anbudsgivare som valts ut förrän efter en period av 14 kalenderdagar.

Denna period skall räknas från något av följande datum:

a) Från den dag då beslutet om tilldelning och besluten om att inte anta övriga anbud samtidigt skickats ut.

b) I de fall kontraktet eller ramavtalet tilldelats genom ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling: från den dag meddelandet om tilldelning enligt artikel 118 offentliggörs i *Europeiska unionens officiella tidning*.

Om så är nödvändigt får den upphandlande myndigheten skjuta upp undertecknandet av kontraktet för ytterligare undersökningar om detta är motiverat på grundval av yrkanden eller anmärkningar från anbudsgivare eller anbudssökande vars anbud eller ansökningar inte antagits och som eventuellt anser sig vara förfördelade, eller på

grundval av andra relevanta uppgifter som den upphandlande myndigheten fått del av. Dessa yrkanden, anmärkningar eller andra uppgifter måste inkomma inom den period som anges i första stycket. Om undertecknandet skjuts upp skall samtliga anbudssökande eller anbudsgivare underrättas inom tre dagar räknat från beslutet om att skjuta upp undertecknandet. Utom i de fall som anges i punkt 2 skall alla kontrakt som undertecknas före utgången av den period som anges i första stycket vara ogiltiga. Om kontraktet eller ramkontraktet inte kan tilldelas den anbudsgivare som valts ut får den upphandlande myndigheten besluta att den anbudsgivare som lagt det nästa bästa anbudet skall tilldelas kontraktet.

…”

3 I artiklarna 2 och 28 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), föreskrivs följande:

”Artikel 2

Principer för tilldelning av kontrakt

Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.

Artikel 28

Användning av öppet, selektivt och förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog

Vid offentlig upphandling skall en upphandlande myndighet tillämpa nationella förfaranden som anpassats i enlighet med detta direktiv.

Den skall vid denna offentliga upphandling tillämpa det öppna förfarandet eller det selektiva förfarandet …”

Bakgrund till tvisten

4 Europeiska kommissionen beslutade att tilldelning av ett kontrakt avseende anläggning av en produktionshall för referensmaterial på det område som innehas av Institutet för referensmaterial och referensmätningar i Geel (Belgien) skulle ske genom offentlig upphandling. Kommissionen valde att använda sig av ett selektivt förfarande, i den mening som avses i artikel 122.2 andra stycket i genomförandeförordningen. Den 31 maj 2006 offentliggjorde kommissionen ett meddelande om upphandling och inledde därefter en selektiv anbudsinfordran avseende nämnda anläggning.

5 Sökanden, Antwerpse Bouwwerken NV, bolaget C. och två andra företag deltog i detta förfarande. Dessa bolag erhöll förfrågningsunderlaget. I punkt 25 i den administrativa

bilagan till förfrågningsunderlaget anges att det aktuella kontraktet ska tilldelas den anbudsgivare som ger det minst kostsamma anbudet enligt följande:

”[D]e priser som begärs i den sammanfattande beräkningen ska anges och detta är ett oeftergivligt villkor för deltagande. Detta gäller även för eventuella ändringar i beräkningen, som sker efter det att de anbudssökande inkommit med synpunkter inom fristen.”

6 Den 21 september 2007 lämnade sökanden sitt anbud. Det pris som erbjöds uppgick till 10 315 112,32 euro.

7 Kommissionens utvärderingskommitté avfattade den 5 november 2007 en första utvärderingsrapport avseende de anbud som hade lämnats. I denna rapport anges bland annat att ”[bolaget C.] har angett ett pris per enhet för posten 03.09.15 B, men har underlåtit att räkna in det i totalpriset. Ett belopp på 973,76 euro måste läggas till, vilket medför att det nya totalpriset uppgår till 9 728 946,14 euro”. Det anges vidare att ”[bolaget C.] … även [har] underlåtit att ange ett pris per enhet för posten E 9.26”, att ”[sökanden] inte har utelämnat något i sitt anbud” att ”både [bolaget C.] och [andra företag] har underlåtit att ange priset för vissa poster”, och att av denna anledning ska ”deras anbud … inte anses uppfylla villkoren”. Därefter anges att ”[d]et följaktligen endast är [sökanden] som har lämnat ett anbud som uppfyller villkoren”. Mot bakgrund av denna slutsats föreslog utvärderingskommittén att sökanden skulle tilldelas det aktuella kontraktet.

8 Genom skrivelse av den 27 februari 2008 informerade kommissionen sökanden om följande:

— Sökanden tilldelades kontraktet. Kommissionen uppmärksammade att detta emellertid inte var bindande för den, med hänsyn till att de behöriga avdelningarna vid kommissionen fortfarande kunde avbryta eller upphäva upphandlingsförfarandet, utan att sökanden kunde göra anspråk på skadestånd av något slag.

— Kontraktet kunde endast undertecknas före utgången av en tidsperiod om två veckor, och kommissionen förbehöll sig rätten att skjuta upp undertecknandet av kontraktet för ytterligare undersökningar, om detta var motiverat på grundval av yrkanden eller anmärkningar från anbudssökande vars ansökningar inte hade antagits, eller på grundval av andra relevanta uppgifter som den upphandlande myndigheten fått del av.

9 Genom skrivelse av den 10 mars 2008 angav kommissionen, som svar på en skrivelse från bolaget C. av den 3 mars 2008, varigenom bolaget begärde att skälen till att dess anbud hade förkastats skulle anges, att anbudet hade förkastats därför att det inte uppfyllde de villkor som var angivna i förfrågningsunderlaget och i den administrativa bilagan till detsamma. Till denna skrivelse fogade kommissionen ett utdrag ur utvärderingsrapporten av den 5 november 2007, enligt vilket bolaget bland annat hade underlåtit att ange priset för posten E 9.26 i den sammanfattande beräkningen.

10 Genom skrivelse av den 11 mars 2008, som kommissionen mottog följande dag, angav bolaget C. att det pris för posten E 9.26 i den sammanfattande beräkningen som saknades i dess anbud på ett enkelt sätt kunde härledas från det pris som erbjöds för posten E 9.13 i samma beräkning med identisk formulering. Bolaget C. gjorde även gällande att det var uppenbart orättvist, oförsiktigt och i strid med principen om sparsamhet att förkasta dess anbud endast av denna anledning, särskilt med hänsyn till att priset för posten E 9.26 motsvarade en mycket liten del av det totala kontraktsvärdet.

11 Genom skrivelse av den 12 mars 2008 informerade kommissionen sökanden om att en av de anbudssökande vars anbud inte hade antagits hade inkommit med uppgifter på grundval av vilka undertecknandet av kontraktet kunde skjutas upp, i enlighet med artikel 158a.1 i genomförandeförordningen.

12 Genom skrivelse av den 16 april 2008 bad kommissionen bolaget C. att bekräfta att dess anbud skulle förstås på så sätt att det pris som hade erbjudits för posten E 9.26 i den sammanfattande beräkningen, var detsamma som det pris som hade erbjudits för posten E 9.13 i samma beräkning, nämligen 903,69 euro, och att med beaktande av detta pris, samt det pris som hade erbjudits för posten 03.09.15B, vilket bolaget av misstag hade underlåtit att ta med i beräkningen av det totalpris som det hade erbjudit, uppgick totalpriset till 9 729 849,83 euro.

13 Genom två skrivelser av den 22 april 2008, som kommissionen mottog samma dag, bekräftade bolaget C. att tolkningen av dess anbud var korrekt.

14 Den 23 april 2008 avfattade utvärderingskommittén en ny utvärderingsrapport avseende de anbud som hade lämnats. Utvärderingskommittén angav, i bland annat punkt 3.2.1.3 i utvärderingsrapporten, att ”[bolaget C.] har underlåtit att ange ett pris per enhet för posten E 9.26”, men att ”bolaget har angett i en förklarande skrivelse, att priset kan härledas från posten E 9.13 (903,69 euro), då det är fråga om exakt samma post”. Utvärderingskommittén angav vidare att ”[p]å grundval av denna förklaring …, ska 903,69 euro läggas på det ursprungliga anbudet”, och att ”[s]åsom kommissionens rättstjänst har påpekat borde denna situation anses utgöra ett klargörande av anbudet och inte en ändring av detsamma”. Utvärderingskommittén föreslog således att det aktuella kontraktet skulle tilldelas bolaget C. Enligt den nya utvärderingsrapporten var sökandens anbud endast det tredje minst kostsamma.

15 Kommissionen informerade sökanden, genom skrivelse av den 29 april 2008, som sökanden mottog den 5 maj 2008, om att sökanden slutligen inte hade tilldelats det aktuella kontraktet. Kommissionen motiverade detta med att det pris som sökanden hade erbjudit ”var högre än det pris som den anbudssökande som tilldelats kontraktet hade föreslagit”.

16 Genom skrivelse daterad samma dag informerade kommissionen bolaget C. om att den hade beslutat att tilldela bolaget det aktuella kontraktet.

17 Kommissionen angav, som svar på en begäran av sökanden, genom skrivelse av den 6 maj 2008, ytterligare skäl enligt följande:

”Vid en första utvärdering av denna omfångsrika akt föreföll Ni vara den vinnande anbudsgivaren, trots att Ert pris är väsentligt högre än den nuvarande vinnarens. Skälet till att denna anbudssökandes anbud förkastades tidigare var att priset inte hade angetts

för en av posterna. Så var även fallet avseende två andra anbudssökandes anbud. Dessa anbud ansågs följaktligen, till en början, inte uppfylla villkoren.

De andra anbudssökande angav, under den frysningsperiod som föreskrivs i artikel 158a i [genomförande]förordningen, att de priser som saknades faktiskt framgick av deras anbud. Frysningsperioden sköts följaktligen upp i syfte att genomföra ytterligare en undersökning. Av den nya undersökning som företogs framgick att de priser som till en början saknades faktiskt hade angetts, och att dessa bolag således hade lämnat ett anbud som uppfyllde villkoren. En ny utvärdering företogs således av samtliga anbud. Med hänsyn till att ett av dessa bolag hade lämnat in det minst kostsamma anbudet, utsågs det bolaget till vinnare i anbudsinfordran."

18 Genom skrivelse av den 15 maj 2008 förmedlade kommissionen en kopia till sökanden av de utvärderingsrapporter som hade upprättats den 5 november 2007 och den 23 april 2008. Sökanden mottog denna skrivelse följande dag.

Förfarandet och parternas yrkanden

19 Sökanden väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 30 maj 2008. Sökanden begärde även, genom särskild handling som inkom till förstainstansrättens kansli samma dag, med stöd av artikel 76a i förstainstansrättens rättegångsregler, att målet skulle handläggas skyndsamt. Denna begäran avslogs genom beslut av den 9 juli 2008.

20 Genom en annan särskild handling som inkom till förstainstansrättens kansli samma dag, och som registrerades som mål T-195/08 R, lämnade sökanden in en ansökan om interimistiska åtgärder, i den mening som avses i artikel 243 EG och i artikel 104 och följande artiklar i rättegångsreglerna. Förstainstansrättens ordförande avslog denna

ansökan om interimistiska åtgärder genom beslut av den 15 juli 2008 i mål T-195/08 R, Antwerpse Bouwwerken mot kommissionen (ej publicerat i rättsfallssamlingen).

21 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (femte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och anmodade kommissionen, i enlighet med de bestämmelser om åtgärder för processledning som föreskrivs i artikel 64 i rättegångsreglerna, att skriftligen besvara en fråga samt att inkomma med vissa handlingar. Kommissionen efterkom denna begäran.

22 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 10 juni 2009.

23 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara beslutet i kommissionens skrivelse av den 29 april 2008, i dess kompletterade lydelse enligt skrivelsen av den 6 maj 2008, att förkasta sökandens anbud, samt kommissionens beslut av den 23 april 2008 att tilldela bolaget C. det aktuella kontraktet, vilket sökanden underrättades om genom kommissionens skrivelse av den 15 maj 2008,

— förklara att kommissionen är utomobligatoriskt skadeståndsansvarig och ska ersätta den skada som sökanden har lidit, med ett belopp som fastställs senare, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

24 I repliken angav sökanden att dess skada uppgick till 619 000 euro, och förbehöll sig rätten att uppräkna beloppet under förfarandets gång.

25 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

— avvisa talan, eller, åtminstone, ogilla den, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Talan om ogiltigförklaring

Föremålet för tvisten

26 Sökanden har, genom sitt första yrkande, yrkat ogiltigförklaring av dels kommissionens beslut av den 29 april 2008 att förkasta sökandens anbud, dels kommissionens ”beslut” av den 23 april 2008 att tilldela bolaget C. det aktuella kontraktet. Sökanden underrättades om det sistnämnda beslutet genom kommissionens skrivelse av den 15 maj 2008.

27 Såsom angetts ovan i punkt 18 underrättade kommissionen emellertid endast sökanden om utvärderingsrapporterna av den 5 november 2007 och den 23 april 2008 genom skrivelsen av den 15 maj 2008. Dessa innehåller inte något beslut från kommissionens sida, utan endast utvärderingskommitténs förslag avseende tilldelningen, till sökanden respektive bolaget C., av det aktuella kontraktet.

Kommissionen är inte bunden av dessa förslag (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 16 september 1999 i mål C-27/98, Fracasso och Leitschutz, REG 1999, s. I-5697, punkterna 33 och 34, och förstainstansrättens dom av den 24 februari 2000 i mål T-145/98, ADT Projekt mot kommissionen, REG 2000, s. II-387, punkt 152).

28 Eftersom det är fråga om mellankommande åtgärder, som syftar till att förbereda beslutet om tilldelning av det aktuella kontraktet, vilket utarbetas i flera led inom ramen för ett internt förfarande, kan talan om ogiltigförklaring inte väckas mot rapporterna. En sådan talan kan endast väckas mot de åtgärder varigenom kommissionens ställningstagande slutgiltigt slås fast efter detta interna förfarande (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen, REG 1981, s. 2639, punkt 10, svensk specialutgåva, volym 6, s. 225, och förstainstansrättens dom av den 18 december 1992 i de förenade målen T-10/92–T-12/92 och T-15/92, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 1992, s. II-2667, punkt 28, svensk specialutgåva, volym 13, s. 92), det vill säga, i förevarande fall, mot beslutet att förkasta en anbudssökandes anbud och beslutet att tilldela kontraktet till en annan anbudssökande.

29 För övrigt angav kommissionen, som svar på en begäran från förstainstansrätten om att inkomma med en kopia av kommissionens beslut att tilldela bolaget C. det aktuella kontraktet, att det vid tiden för omständigheterna i målet inte förelåg någon praxis hos den behöriga avdelningen avseende antagande av ett formellt tilldelningsbeslut. Kommissionen angav vidare att på grundval av rekommendationer i utvärderingsrapporten och efter att ha fått ett positivt utlåtande från en intern kommitté, underrättade denna avdelning den anbudssökande som valts ut om beslutet att tilldela denne kontraktet, och de andra anbudssökandena om beslutet att förkasta deras anbud. Parterna bekräftade detta vid förhandlingen, vilket antecknades i förhandlingsprotokollet.

30 Mot denna bakgrund ska sökandens första yrkande förstås på så vis att det avser ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 29 april 2008 att tilldela bolaget C. det aktuella kontraktet, och att förkasta sökandens anbud (nedan kallat det angripna beslutet). Bolaget C. och sökanden delgavs samtidigt detta beslut, genom skrivelser daterade samma dag (se ovan punkterna 15 och 16).

Upptagande till sakprövning

Parternas argument

31 Kommissionen har anfört att sökandens anbud endast kom på tredje plats i rangordningen av det lägsta till det högsta anbudet. Även om tribunalen bifaller talan är det följaktligen den anbudssökande som kom på andra plats, och inte sökanden, som ska tilldelas det aktuella kontraktet. Sökanden har således inget intresse av att väcka förevarande talan. Kommissionen anser därmed att talan ska avvisas.

32 Sökanden anser att denna invändning om rättegångshinder ska ogillas av de skäl som redogjordes för i det ovan i punkt 20 nämnda beslutet Antwerpse Bouwwerken mot kommissionen (punkterna 21–25).

Tribunalens bedömning

33 En talan om ogiltigförklaring som har väckts av en enskild kan enligt fast rättspraxis endast upptas till sakprövning om sökanden har ett intresse av att få den aktuella rättsakten ogiltigförklarad (se förstainstansrättens dom av den 28 september 2004 i mål T-310/00, MCI mot kommissionen, REG 2004, s. II-3253, punkt 44, och där angiven rättspraxis). Ett sådant intresse föreligger endast om ogiltigförklaringen av rättsakten i sig kan få rättsliga följder (se förstainstansrättens dom av den 14 september 1995 i de förenade målen T-480/93 och T-483/93, Antillean Rice Mills m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-2305, punkt 59, och där angiven rättspraxis), och om talan således kan medföra en fördel för sökanden (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mot rådet, REG 2002, s. I-6677, punkt 21).

34 Det ska således prövas huruvida en eventuell ogiltigförklaring av det angripna beslutet i förevarande mål kan medföra en fördel för sökanden. Kommissionen har hävdat att så inte är fallet, eftersom kommissionen vid en eventuell ogiltigförklaring av beslutet skulle ha rätt att tilldela det aktuella kontraktet till den anbudssökande vars anbud kom på andra plats i rangordningen, och inte till sökanden, vars anbud kom på tredje plats.

35 Även om det förvisso är så att sökanden inte automatiskt skulle tilldelas det aktuella kontraktet om bolaget C:s anbud förkastas på grund av att det inte uppfyller villkoren i förfrågningsunderlaget, är det likväl så att kommissionen, i utvärderingsrapporten av den 23 april 2008, angav att det företag som kom på andra plats i likhet med bolaget C. hade underlåtit att ange priset för vissa poster i den sammanfattande beräkningen, och att kommissionen trots det fastslog att företagets anbud (10 140 841,12 euro) uppfyllde villkoren i förfrågningsunderlaget med beaktande av de klargöranden företaget kommit in med.

36 Sökanden har som enda grund till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring bestritt just kommissionens slutsats, att även om ett företag har underlåtit att ange priset i sitt anbud för vissa poster i den sammanfattande beräkningen, kan anbudet, med beaktande av att företaget har kommit in med klargöranden, ändå anses uppfylla villkoren i förfrågningsunderlaget.

37 Det följer härav att om bolaget C:s anbud skulle förkastas på grund av det fel som sökanden har åberopat, kan kommissionen vara rättsligt förhindrad att tilldela det aktuella kontraktet till det företag som kom på andra plats, vars anbud kan vara behäftat med samma fel som det anbud som bolaget C. lämnade. Det företag som kom på andra plats utgör under dessa omständigheter inte ett hinder för att sökanden tilldelas det aktuella kontraktet. Det följer härav att sökanden har ett berättigat intresse av att få saken prövad, och att dennes yrkande om ogiltigförklaring kan tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

Parternas argument

38 Sökanden har som enda grund åberopat ett åsidosättande av artikel 91 i budgetförordningen, artiklarna 122, 138 och 148 i genomförandeförordningen, samt artiklarna 2 och 28 i direktiv 2004/18. Sökanden har påpekat att det aktuella kontraktet tilldelades efter en selektiv anbudsinfordran, vilket för övrigt anges i punkterna 2 och 4.3 i den administrativa bilagan till förfrågningsunderlaget. Det framgår även av punkt 25 i samma bilaga att det, för det första, uppställs ett enda tilldelningskriterium, nämligen att varje anbudssökande ska ange vilket pris de erbjudit. För det andra framgår det att de priser som begärs i den sammanfattande beräkningen ska anges och att detta är ett ”oeftergivligt villkor för deltagande”.

39 Det är vidare inte möjligt för den upphandlande myndigheten och de anbudssökande att förhandla inom ramen för en selektiv anbudsinfordran. De anbudssökande får inte heller ändra eller komplettera sina anbud efter det att de har lämnats. Den upphandlande myndigheten är följaktligen skyldig att förkasta ett anbud som inte uppfyller villkoren i förfrågningsunderlaget. I annat fall skulle befogenheten att begära förtydligande av anbuden strida mot principen om icke-diskriminering av de anbudssökande, och mot den skyldighet att förfara på ett öppet sätt som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2004/18, vilken enligt förfrågningsunderlaget är tillämplig i förevarande mål.

40 För övrig konstaterade domstolen, i dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353, punkt 37), att respekten för principen om likabehandling av de anbudssökande kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i villkoren i förfrågningsunderlaget, för att garantera en objektiv jämförelse dem emellan. Detta krav skulle emellertid inte uppfyllas om det var tillåtet för de anbudssökande att göra förbehåll i sina anbud, och på så vis avvika från ”grundläggande bestämmelser” i förfrågningsunderlaget.

41 Det framgår även av utvärderingsrapporterna att, i motsats till vad som tydligt anges i punkt 25 i den administrativa bilagan till förfrågningsunderlaget, hade den sammanfattande beräkningen i bolaget C:s anbud inte helt och hållet färdigställts, eftersom priset för posten E 9.26 saknades. Det var av denna anledning som utvärderingskommittén, i utvärderingsrapporten av den 5 november 2007, föreslog att detta anbud skulle förkastas på grund av att det inte uppfyllde villkoren. Kommittén ändrade emellertid uppfattning i utvärderingsrapporten av den 23 april 2008, efter det att bolaget C. hade intervenerat.

42 En sådan intervention är emellertid förbjuden inom ramen för ett selektivt förfarande, i den mening som avses i artikel 122.2 i genomförandeförordningen. Under den tid detta förfarande pågår är det inte tillåtet för den upphandlande myndigheten att förhandla med de anbudssökande. Bolaget C:s skrivelse av den 22 april 2008 kan, i motsats till vad kommissionens rättstjänst anser, vilket nämns i punkt 3.2.1.3 i utvärderingsrapporten av den 23 april 2008, inte anses utgöra ett klargörande. Skrivelsen avser nämligen inte en uppgift som förekommer i bolagets anbud, utan syftar till att komplettera anbudet genom att föra in ett pris som inte framgår därav. Kommissionen tillät i själva verket bolaget C. att ändra det anbud som det hade lämnat, fastän en sådan åtgärd är förbjuden inom ramen för det selektiva förfarande som följts i förevarande fall.

43 Den omständigheten att det pris som erbjudits för en post inte anges i den sammanfattande beräkningen kan nämligen inte anses utgöra ett materiellt fel, i den mening som avses i artikel 148.3 i genomförandeförordningen, även om det pris som saknas kan härledas från det pris som erbjudits för en annan post i samma beräkning. Detta bekräftas av att utvärderingskommittén redan i utvärderingsrapporten av den 5 november 2007 korrigerat ett materiellt fel i bolaget C:s anbud, då bolaget hade underlåtit att ta med priset för posten 03.09.15 B i den sammanfattande beräkningen när anbudets totalpris räknades ut, vilket medförde en prisökning på 973,76 euro.

44 Enligt sökanden utgör den omständigheten att bolaget C. tilläts att komplettera det anbud som det hade lämnat ett ”förfarandefel”. Kommissionen förfogar inte över något utrymme för skönsmässig bedömning på området, och är skyldig att tillämpa förfarandereglerna restriktivt. Den fasta rättspraxis enligt vilken kommissionen förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning beträffande anbud som lämnats vid ett upphandlingsförfarande saknar nämligen relevans i målet, eftersom det

är fråga om ett ”förfarandefel” och inte om en uppenbart oriktig bedömning. Av samma anledning är inte proportionalitetsprincipen tillämplig i förevarande fall.

45 Även om det antas att kommissionen förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning beträffande huruvida en ofullständig sammanfattande beräkning ska tas i beaktande, handlade kommissionen felaktigt då den beslutade att utesluta den berörda anbudssökanden och informera sökanden om att denne hade vunnit kontraktet, och sedan ändra uppfattning och tilldela denna anbudssökanden kontraktet efter det att den hade intervenerat. Sökanden har dessutom hävdat att även om kommissionen, i sin skrivelse av den 27 februari 2008, förbehöll sig rätten att skjuta upp undertecknandet med sökanden, föranleder inte detta en annan slutsats, eftersom sökanden, efter att ha informerats om att den tilldelades kontraktet, var skyldig att vidta nödvändiga åtgärder, däribland att avstå från att delta i andra anbudsinfordringar, så att den skulle vara redo att påbörja anläggningen i enlighet med det aktuella kontraktet.

46 Enligt sökanden kan för övrigt inte det pris som bolaget C. erbjöd för posten E 9.26 härledas från det pris som erbjöds för posten E 9.13, även om formuleringen för dessa båda poster i den sammanfattande beräkningen förvisso är identisk. Andra poster i den sammanfattande beräkningen har nämligen samma formulering, nämligen posterna E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 och E 9.43. Sökanden har emellertid föreslagit olika priser för dessa poster. Eftersom det inte var möjligt att härleda det pris som bolaget C. erbjudit för posten E 9.26, borde kommissionen, i enlighet med utvärderingskommitténs ursprungliga förslag, ha förkastat bolagets anbud såsom ofullständigt.

47 Sökanden har slutligen gjort gällande att det angripna beslutet inte heller är förenligt med den öppenhetsprincip som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2004/18, eftersom vissa delar i kopiorna av de utvärderingsrapporter som sökanden delgivits hade strukits, utan att detta motiverats på sakliga grunder. Sökanden anser följaktligen att eftersom den inte fick fullständig information, har den ”frysningsperiod” som föreskrivs i artikel 158a i genomförandeförordningen ännu inte börjat löpa.

48 Kommissionen har bestritt sökandens argument.

Tribunalens bedömning

49 Enligt fast rättspraxis förfogar kommissionen över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vad som ska beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran (förstainstansrättens dom av den 26 februari 2002 i mål T-169/00, Esedra mot kommissionen, REG 2002, s. II-609, punkt 95, och av den 14 februari 2006 i de förenade målen T-376/05 och T-383/05, TEA-CEGOS m.fl. mot kommissionen, REG 2006, s. II-205, punkt 50). I detta sammanhang förfogar kommissionen även över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller såväl innehåll som tillämpning av regler för att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran (domen i det ovannämnda målet TEA-CEGOS m.fl. mot kommissionen, punkt 51).

50 Även om en upphandlande myndighet är skyldig att klart och tydligt formulera villkoren i en anbudsinfordran, är den inte skyldig att förutse alla tänkbara händelseförlopp, hur sällsynta de än är, som kan uppkomma i praktiken (domstolens beslut av den 20 april 2007 i mål C-189/06 P, TEA-CEGOS och STG mot kommissionen, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkt 30).

51 Ett villkor i förfrågningsunderlaget ska tolkas med avseende på villkorets syfte, uppbyggnad och ordalydelse (se, för ett liknande resonemang, beslutet i det ovan i punkt 50 nämnda målet TEA-CEGOS och STG mot kommissionen, punkt 46). När det råder osäkerhet får den berörda upphandlande myndigheten göra en bedömning, från fall till fall, av huruvida ett sådant villkor är tillämpligt, med hänsyn till samtliga relevanta omständigheter (se, för ett liknande resonemang, beslutet i det ovan i punkt 50 nämnda målet TEA-CEGOS och STG mot kommissionen, punkt 31).

52 Med beaktande av det stora utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen förfogar över, vilket nämndes i punkt 49 ovan, ska domstolsprövningen begränsas till att avse kontroll av att bestämmelserna för handläggning och för motivering har följts, att

de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk (se domen i det ovan i punkt 49 nämnda målet TEA-CEGOS m.fl. mot kommissionen, punkt 50, och där angiven rättspraxis).

53 Det ankommer på tribunalen att, inom ramen för en sådan prövning, bland annat fastställa huruvida den tolkning som kommissionen, i egenskap av upphandlande myndighet, gjort av ett villkor i förfrågningsunderlaget är korrekt eller inte (se, för ett liknande resonemang, beslutet i det ovan i punkt 50 nämnda målet TEA-CEGOS och STG mot kommissionen, punkt 46).

54 Enligt artikel 148.3 i genomförandeförordningen får institutionerna ta initiativ till att kontakta de anbudssökande om ett anbud behöver klargöras, eller om det är fråga om att korrigera materiella fel i utformningen av ett anbud. Det följer härav att denna bestämmelse inte kan tolkas på så sätt att institutionerna är skyldiga att i de begränsade undantagsfall som däri anges kontakta de anbudssökande (se, analogt, förstainstansrättens dom av den 8 maj 1996 i mål T-19/95, Adia interim mot kommissionen, REG 1996, s. II-321, punkterna 43 och 44).

55 Så skulle endast vara fallet om denna befogenhet enligt allmänna rättsprinciper omfattade en skyldighet för kommissionen att kontakta en anbudssökande (se, för ett liknande resonemang och analogt, domen i det ovan i punkt 54 nämnda målet Adia interim mot kommissionen, punkt 45).

56 Så är bland annat fallet då ett anbud är oklart formulerat och de av kommissionen kända omständigheterna i målet tyder på att det förmodligen finns en enkel förklaring till tvetydigheten, och att den lätt kan åtgärdas. I ett sådant fall strider det, i princip, mot principen om god förvaltningssed att kommissionen förkastar anbudet utan att utöva sin befogenhet att begära förtydligande. Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen

att under sådana omständigheter tillerkänna kommissionen ett absolut utrymme för skönsmässig bedömning (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 27 september 2002 i mål T-211/02, Tideland Signal mot kommissionen, REG 2002, s. II-3781, punkterna 37 och 38).

57 Enligt proportionalitetsprincipen krävs det dessutom att institutionernas rättsakter inte går utöver gränserna för vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå de mål som eftersträvas, varvid gäller att man när det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan ska använda sig av den åtgärd som är minst betungande och att vållade olägenheter inte får vara orimliga i förhållande till de eftersträvade målen (domstolens dom av den 5 maj 1998 i mål C-157/96, National Farmers' Union m.fl., REG 1998, s. I-2211, punkt 60). När den upphandlande myndigheten har fått in ett oklart anbud, och det skulle vara möjligt att uppfylla kraven på rättssäkerhet såväl genom att begära ett förtydligande av anbudets innebörd som genom att omedelbart förkasta det aktuella anbudet, är den, enligt denna princip, skyldig att begära förtydligande av den berörda anbudssökanden, snarare än att välja att helt enkelt förkasta dennes anbud (se, för ett liknande resonemang domen i det ovan i punkt 56 nämnda målet Tideland Signal mot kommissionen, punkt 43).

58 Det är emellertid även i rättssäkerhetens intresse nödvändigt att kommissionen ges möjlighet att med säkerhet fastställa innebörden av ett anbud som lämnats inom ramen för ett anbudsförfarande, och särskilt huruvida det uppfyller villkoren i förfrågningsunderlaget. Om ett anbud är oklart och kommissionen inte har möjlighet att snabbt och effektivt klargöra anbudets verkliga innebörd, har den följaktligen inte något annat val än att förkasta detsamma (se domen i det ovan i punkt 56 nämnda målet Tideland Signal mot kommissionen, punkt 34).

59 Till slut ankommer det på tribunalen att slutgiltigt avgöra huruvida en anbudssökandes svar på en begäran om klargöranden, som framställts av den upphandlande myndigheten, kan anses utgöra förtydliganden av innehållet i den anbudssökandes anbud, eller om svaren överskrider gränserna och ändrar anbudets lydelse med avseende på de villkor som uppställs i förfrågningsunderlaget (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 49 nämnda målet Esedra mot kommissionen, punkt 52).

60 Det ska i förevarande fall först prövas huruvida villkoret i punkt 25 i den administrativa bilagan till förfrågningsunderlaget ska tolkas så, att i det fall en anbudssökande har underlåtit att i den sammanfattande beräkning som bifogas dennes anbud ange det pris som erbjuds för en post ska anbudet definitivt förkastas, såsom sökanden har hävdat, eller så, att anbudet inte ska förkastas om det finns en enkel förklaring till det aktuella materiella utelämnandet, och det pris som saknas på ett enkelt och säkert vis kan härledas från ett pris som erbjudits för en annan post i den ovannämnda sammanfattande beräkningen, såsom kommissionen har gjort gällande.

61 Villkoret i punkt 25 i den administrativa bilagan till förfrågningsunderlaget syftar till att ge den upphandlande myndigheten, i detta fall kommissionen, en närmare förklaring till på vilket sätt varje anbudssökandes totalpris för det aktuella kontraktet delas upp i enskilda priser för de olika arbeten som ingår i kontraktet.

62 Skyldigheten för varje anbudssökande att ange ett pris för samtliga poster i den sammanfattande beräkningen syftar till att ge kommissionen möjlighet att, mot bakgrund av de klargöranden i detta hänseende som parterna inkommer med under förhandlingen, på ett enkelt sätt granska det exakta totalpris som varje anbudsgivare erbjudit, och att det inte är fråga om ett onormalt lågt anbud, i enlighet med artikel 139.1 i genomförandeförordningen. Denna skyldighet syftar slutligen till att underlätta en anpassning av det totalpris som erbjudits för det aktuella kontraktet för det fall att ytterligare arbeten visar sig vara nödvändiga vid genomförandet av kontraktet efter det att det har tilldelats.

63 Förverkligandet av de ovannämnda syftena beträffande villkoret i punkt 25 i den administrativa bilagan till förfrågningsunderlaget omkullkastas inte på något sätt av kommissionens tolkning av bestämmelsen, enligt vilken ett anbud inte är ofullständigt och inte ska förkastas om det pris som saknas för en viss post med säkerhet kan härledas från priset för en annan post i samma sammanfattande beräkning, eller, åtminstone, efter att förtydliganden avseende anbudets innehåll har erhållits från den som lämnat anbudet.

64 I sistnämnda fall är det nämligen, såsom kommissionen har påpekat, inte fråga om att erbjuda ett nytt pris för posten i den aktuella sammanfattande beräkningen, utan det är endast fråga om ett förtydligande av anbudets innehåll, varigenom framgår att det pris som erbjuds för en viss post även ska anses ha föreslagits för alla andra poster med samma eller liknande innehåll.

65 I ett sådant fall skulle en ren bokstavstolkning eller en restriktiv tolkning av villkoret i punkt 25 i den administrativa bilagan till förfrågningsunderlaget, som sökanden har förordat, medföra att anbud som är ekonomiskt fördelaktiga förkastas på grund av materiella uppenbara och obetydliga utelämnanden eller felaktigheter. Detta är slutligen inte, såsom kommissionen med rätta har påpekat, förenligt med den princip om sparsamhet som föreskrivs i artikel 27 i budgetförordningen.

66 Mot bakgrund av dessa överväganden ska därefter prövas huruvida kommissionen gjorde en riktig bedömning när den i förevarande fall fann att det pris som bolaget C. hade föreslagit för posten E 9.26 i den sammanfattande beräkningen med säkerhet kunde härledas från det pris som samma bolag hade föreslagit för en annan post i samma beräkning, vilket medförde att kommissionen inte förkastade det anbud som bolaget hade lämnat, såsom bristfälligt i förhållande till villkoren i förfrågningsunderlaget.

67 Det ska härvid erinras om att bolaget C, som hade informerats om kommissionens beslut att tilldela sökanden det aktuella kontraktet, till en början begärde att kommissionen, i enlighet med artikel 100.2 i budgetförordningen, skulle ange orsaken till att dess anbud hade förkastats. Sedan bolaget fått kännedom om dessa orsaker inkom det, enligt artikel 158a.1 i genomförandeförordningen och inom den frist som föreskrivs i denna bestämmelse, med yttrande. Bolaget uppmanade därigenom kommissionen att tilldela detsamma det aktuella kontraktet, med hänsyn till att priset för posten E 9.26 inte saknades i den sammanfattande beräkning som bifogats dess anbud, eftersom det på ett enkelt sätt kunde härledas från det pris som erbjudits för posten E 9.13 (se punkterna 9 och 10 ovan).

68 Det framgår av utdragen till de sammanfattande beräkningar som bifogats sökandens och bolaget C:s anbud, vilka kommissionen kommit in med på begäran av förstainstansrätten, att posterna E 9.05, E 9.13, E 9.22, E 9.26, E 9.31, E 9.37 och E 9.43 är formulerade på identiskt sätt och avser en identisk anläggning, nämligen en halvautomatisk omvandlingscentral för gascylindrar.

69 De sju ovannämnda posterna kan för det första skiljas åt med avseende på den aktuella platsen för anläggningen, eftersom varje post hänför sig till olika lokaler eller laboratorier. Vid förhandlingen uppgav emellertid parterna att platsen för anläggningen inte påverkar kostnaden, och följaktligen inte det pris som hade föreslagits för motsvarande post av varje anbudssökande.

70 För det andra kan dessa sju poster även skiljas åt med avseende på vilken gas som ska användas för den aktuella anläggningen. De anläggningar som berörs av posterna E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 och E 9.43 ska användas för icke brännbara gaser. De anläggningar som posterna E 9.13 och E 9.26 avser ska däremot användas för propan, som är en brännbar gas.

71 Vid förhandlingen uppgav kommissionen, vilket sökanden inte har bestritt, att huruvida gasen är brännbar eller inte kan påverka kostnaden av den aktuella anläggningen, och således det pris som varje anbudssökande föreslagits för motsvarande post. Tribunalen konstaterar att det faktiskt framgår av utdraget till den sammanfattande beräkning som bifogats sökandens anbud att sökanden föreslog samma pris (880,69 euro) för vardera av posterna E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 och E 9.43, vilka avser icke brännbara gaser, och ett annat pris (1 016,92 euro) för vardera av posterna E 9.13 och E 9.26, vilka avser en brännbar gas.

72 Vad beträffar bolaget C. gäller följande. Det framgår av utdraget av den sammanfattande beräkning som bifogats bolagets anbud att det föreslog samma pris (782,63 euro) för vardera av posterna E 9.05, E 9.22, E 9.31, E 9.37 och E 9.43. Bolaget föreslog dessutom

ett pris till ett belopp av 903,69 euro för posten E 9.13, trots att bolaget inte hade angett något pris för posten E 9.26 i den sammanfattande beräkning som bifogats bolagets anbud.

73 Det kan härvid konstateras att när den aktuella anläggningen var avsedd att användas för icke brännbara gaser motsvarade det pris som såväl sökanden som bolaget C. föreslagit i sina anbud 86,60 procent av det pris som hade föreslagits för samma anläggning när den var avsedd att användas för propan, som är en brännbar gas.

74 Det följer härav att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den fann att den omständigheten att priset för posten E 9.26 i den sammanfattande beräkning som bifogats bolaget C:s anbud saknas endast utgör ett materiellt fel i anbudet eller, åtminstone, en tvetydighet, som enkelt kan förklaras och åtgärdas. Med beaktande av vad som anförts i punkterna 68–73 ovan leder det till slutsatsen att det pris som saknas för posten E 9.26 i den sammanfattande beräkningen i bolaget C:s anbud inte kan vara något annat än det pris som samma bolag föreslagits för posten E 9.13 (903,69 euro), och att det endast var på grund av ett förbiseende som bolaget inte angav priset för posten E 9.26 i den sammanfattande beräkningen.

75 Mot denna bakgrund kunde kommissionen, i enlighet med artikel 148.3 i genomförandeförordningen, utan att åsidosätta villkoret i punkt 25 i den administrativa bilagan till förfrågningsunderlaget, begära klargöranden av bolaget C. avseende innehållet i dennes anbud.

76 Det är av föga betydelse att det begärdes klargöranden av bolaget C. efter det att bolaget inkommit med yttranden avseende förkastandet av det anbud som det hade lämnat. Såsom kommissionen med rätta har påpekat skulle denna sistnämnda bestämmelse helt sakna mening om kommissionen inte hade rätt att, efter det att yttranden kommit in enligt artikel 158a.1 i genomförandeförordningen, begära de klargöranden den anser

vara nödvändiga, och att, i förekommande fall, återkalla sitt tilldelningsbeslut och tilldela en annan anbudssökande det aktuella kontraktet.

77 Kommissionen gjorde en riktig bedömning när den, efter det att den fått bekräftat av bolaget C., som svar på begäran om klargörande, att bolagets anbud ska förstås på så vis att det pris som föreslagits för posten E 9.26 var detsamma som det pris som bolaget hade föreslagits för posten E 9.13 (se punkterna 12 och 13 ovan), fann att anbudet uppfyllde villkoren i förfrågningsunderlaget. Kommissionen gjorde även en riktig bedömning när den därefter tilldelade bolaget det aktuella kontraktet, eftersom det hade lämnat det lägsta anbudet.

78 Sökandens argument föranleder inte en annan slutsats. För det första inledde inte kommissionen, i motsats till vad sökanden har gjort gällande, förbjudna förhandlingar med bolaget C. i syfte att få till stånd ändringen av innehållet i det anbud som bolaget lämnat, utan kommissionen utövade endast sin befogenhet enligt artikel 148.3 i genomförandeförordningen att begära klargöranden av anbudets innehåll.

79 Vad beträffar, för det andra, sökandens argument avseende åsidosättandet av principen om likabehandling av de anbudssökande, vilken föreskrivs i såväl artikel 2 i direktiv 2004/18 som i artikel 89.1 i budgetförordningen, gäller följande. Denna princip utgör inte hinder för att kommissionen utövar sin befogenhet att begära förtydligande av anbuden, i enlighet med artikel 148.3 i genomförandeförordningen, sedan anbuden öppnats, men kommissionen är dock skyldig att behandla alla anbudssökande likartat i sin utövning av denna befogenhet (se, för ett liknande resonemang och analogt, domen i det ovan i punkt 56 nämnda målet Tideland Signal mot kommissionen, punkt 38).

80 I förevarande fall iakttog kommissionen principen om likabehandling av de anbudssökande, eftersom den inte endast begärde klargöranden av bolaget C., utan av samtliga anbudssökande som lämnat anbud, som, bland annat, innehöll samma fel som bolaget C:s anbud, det vill säga att det saknades prisuppgifter för vissa av posterna i den sammanfattande beräkning som bifogats dessa anbudssökandes anbud (se punkterna 7 och 17 ovan). Det ansågs inte vara nödvändigt att begära några klargöranden av sökanden då samtliga priser hade angetts i den sammanfattande beräkning som bifogats dess anbud. Såsom framgår av utvärderingsrapporten av den 23 april 2008 gjorde utvärderingskommittén likväl vissa korrigeringar i sökandens anbud, vilket medförde att sökandens totalpris minskades något.

81 Sökanden har argumenterat för, vilket sammanfattas i punkt 47 ovan, att vissa delar i kopiorna av de utvärderingsrapporter som kommissionen delgivit sökanden hade strukits i strid med öppenhetsprincipen, och att detta medfört att den tidsfrist före undertecknandet av kontraktet som föreskrivs i artikel 158a.1 i genomförandeförordningen ännu inte börjat löpa. Detta argument kan slutligen inte heller godtas.

82 Vid förhandlingen kunde inte sökanden förklara på vilket sätt denna frist är relevant i förevarande fall, då det på intet sätt bestritts att talan väckts i rätt tid.

83 Vidare lämnade sökanden in sin begäran, som kommissionen besvarade genom att delge kopiorna av utvärderingsrapporterna, efter det att det angripna beslutet hade antagits. Huruvida kommissionens svar på denna begäran kan anses vara fullständigt eller inte kan således under inga omständigheter påverka det angripna beslutets lagenlighet. Talan om ogiltigförklaring avser nämligen endast det angripna beslutets lagenlighet.

84 Slutligen ska den öppenhetsprincip som föreskrivs i både artikel 89.1 i budgetförordningen och artikel 2 i direktiv 2004/18 under alla omständigheter förenas med skyddet för allmänintresset, offentliga eller privata företags legitima affärsintressen och den lojala konkurrensen, vilket motiverar den möjlighet som föreskrivs i artikel 100.2 andra stycket i budgetförordningen, att underlåta att lämna ut viss information till en anbudssökande vars anbud förkastats när det är nödvändigt för att säkerställa att dessa krav uppfylls.

85 Av vad anförts följer att den enda grund som sökanden har åberopat till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring inte kan godtas. Detta yrkande ska följaktligen ogillas.

Skadeståndsyrkandet

Parternas argument

86 Sökanden har gjort gällande att det var rättsstridigt av kommissionen att tillåta bolaget C. att ändra eller komplettera anbudet efter det att det hade lämnats, och att det strider mot de bestämmelser som det har hänvisats till inom ramen för yrkandet om ogiltigförklaring. Denna överträdelse är tillräckligt klar, eftersom kommissionen uppenbart och allvarligt missbrukade sin befogenhet att företa skönsmässig bedömning vid värderingen av anbuden och åsidosatte bestämmelser av högre rang, bland annat

icke-diskrimineringsprincipen och öppenhetsprincipen, vilka syftar till att skydda enskildas intressen. Sökanden har dessutom lidit denna skada som en omedelbar följd av de oegentligheter som kommissionen gjort sig skyldig till. Denna skada är även omedelbart förestående och kan förutses med tillräcklig säkerhet.

87 Sökanden har därtill anfört att skadeståndsyrkandet kan tas upp till sakprövning. Sökanden har gjort gällande att den omständigheten att det råder osäkerhet kring omfattningen av den skada som sökanden lidit, inte medför att en skadeståndstalan som väckts på grundval av artikel 288 andra stycket EG ska avvisas. Av fast rättspraxis framgår att fastställande av en skadas omfattning kan ske senare, om de uppgifter som behövs för att kunna beloppsbestämma skadan ännu inte finns att tillgå vid den tidpunkt då det fastställs huruvida skadeståndstalan är välgrundad. Enligt sökanden följer det härav att det inte är ett nödvändigt villkor för att en sådan talan ska kunna tas upp till sakprövning att omfattningen av den skada som påstås ha lidits exakt kan beloppsbestämmas då skadeståndstalan väcks.

88 Sökanden har påpekat att den har försökt att genom ett interimistiskt förfarande få kommissionen att tilldela den det aktuella kontraktet. Sökanden har vidare påpekat att den väckte talan i saken, fastän utgången av det interimistiska förfarandet ännu inte var känd. Sökanden har således påstått att den var tillfälligt förhindrad att i ansökan fastslå kommissionens ansvar, och den har förbehållit sig rätten att senare tillhandahålla beräkningen av beloppet för den skada som lidits. Det är dessutom uppenbart att den påstådda skadan är omedelbart förestående och att den kan förutses med tillräcklig säkerhet, eftersom den omständigheten att det aktuella kontraktet inte genomfördes minskar sökandens omsättning. En sådan minskning inverkar utan tvekan negativt på dess vinst under det aktuella räkenskapsåret. I den belgiska rätten föreskrivs för övrigt ett schablonbelopp för denna skada uppgående till 10 procent av beloppet för det aktuella kontraktet. Sökanden har även kommit in med en rapport från företagets revisor, vari framgår att dess skada beräknas uppgå till 619 000 euro, och sökanden förbehåller sig rätten att, i förekommande fall, uppräkna skadebeloppet. Kommissionens rätt till försvar har på intet sätt åsidosatts, eftersom kommissionen ändå kan åberopa grunder till sitt försvar beträffande sökandens värdering av skadan.

89 Kommissionen har huvudsakligen gjort gällande att skadeståndsyrkandet ska avvisas, eftersom sökanden endast har yrkat att förstainstansrätten ska fastställa att sökanden lidit skada till följd av kommissionens handlande, utan att beloppsbestämma denna skada. Förstainstansrätten fann nämligen, i dom av den 23 september 1994 i mål T-461/93, An Taisce och WWF UK mot kommissionen (REG 1994, s. II-733, punkterna 42 och 43), att ett sådant yrkande inte kunde prövas.

90 Kommissionen har i andra hand hävdat att skadeståndsyrkandet ska ogillas, eftersom inget av de tre krav som uppställs i rättspraxis är uppfyllda i förevarande fall.

Tribunalens bedömning

91 Enligt fast rättspraxis ska ett antal villkor vara uppfyllda för att en skadeståndstalan som väckts med stöd av artikel 288 andra stycket EG ska kunna vinna bifall. Det agerande som läggs institutionen till last ska vara rättsstridigt, det ska verkligen föreligga en skada och det ska finnas ett orsakssamband mellan agerandet och den åberopade skadan (domstolens dom av den 29 september 1982 i mål 26/81, Oleifici Mediterranei mot EEG, REG 1982, s. 3057, punkt 16, och förstainstansrättens dom av den 11 juli 1996 i mål T-175/94, International Procurement Services mot kommissionen, REG 1996, s. II-729, punkt 44). Om ett av dessa villkor inte är uppfyllt ska talan ogillas i sin helhet utan att det är nödvändigt att pröva de andra villkoren (domstolens dom av den 15 september 1994 i mål C-146/91, KYDEP mot rådet och kommissionen, REG 1994, s. I-4199, punkterna 19 och 81, och förstainstansrättens dom av den 20 februari 2002 i mål T-170/00, Förde-Reederei mot rådet och kommissionen, REG 2002, s. II-515, punkt 37).

92 I förevarande mål har det, inom ramen för prövningen av yrkandet om ogiltigförklaring, fastställts att det angripna beslutet inte är rättsstridigt.

93 Eftersom villkoret att det agerande som läggs institutionen till last ska vara rättsstridigt inte är uppfyllt, ska skadeståndsyrkandet ogillas, utan att det är nödvändigt att pröva huruvida det kan tas upp till sakprövning.

Rättegångskostnader

94 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, ska denne ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet dem som avser det interimistiska förfarandet.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (femte avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Antwerpse Bouwwerken NV ska ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet dem som avser det interimistiska förfarandet i mål T-195/08 R.

Vilaras Prek Ciucă

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 10 december 2009.

Underskrifter