RETTENS DOM (Femte Afdeling)

21. maj 2008 *

I sag T-495/04,

Belfass SPRL, Forest (Belgien), ved advokat L. Vogel,

sagsøger,

mod

Rådet for Den Europæiske Union ved B. Driessen og A. Vitro, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående dels en påstand om annullation af Rådet for Den Europæiske Unions beslutning af 13. oktober 2004 om ikke at acceptere to bud indgivet af sagsøgeren inden for rammerne af udbudsproceduren UCA-033/04, dels en påstand om erstatning for den skade, sagsøgeren hævder at have lidt som følge af Rådets adfærd,

har

* Processprog: fransk.

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne E. Martins Ribeiro og K. Jürimäe (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 21. juni 2007,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

1 Rådet for Den Europæiske Unions indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler er omfattet af bestemmelserne i første del, afsnit V, 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, herefter »finansforordningen«) og af bestemmelserne i Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 2342/2002 af 23. december 2002 om gennemførelsesbestemmelser til finansforordningen (EFT L 357, s. 1, herefter »gennemførelsesbestemmelserne«). Disse bestemmelser bygger på fællesskabsdirektiverne på området, bl.a. Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige

tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1) og Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), som ændret.

2 Finansforordningens artikel 97 bestemmer:

»1. De udvælgelseskriterier, der skal gøre det muligt at vurdere ansøgernes og de bydendes kapacitet, og de tildelingskriterier, der skal gøre det muligt at vurdere buddenes indhold, skal være fastlagt på forhånd og angivet i udbudsdokumenterne.

2. En ordre kan tildeles på grundlag af et udbud, hvor udbyderen antager det billigste bud, eller på grundlag af et udbud, hvor udbyderen antager det økonomisk mest fordelagtige bud.«

3 Finansforordningens artikel 99 foreskriver:

»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.«

4 Finansforordningens artikel 100, stk. 2, bestemmer:

»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.«

5 Finansforordningens artikel 101, stk. 1, foreskriver:

»1. 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.«

6 Gennemførelsesbestemmelsernes artikel 122, stk. 2, andet led, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, foreskrev, at et udbud:

»[…] 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«.

7 Gennemførelsesbestemmelsernes artikel 128, stk. 1 og 3, der har til formål at regulere begrænset udbud efter indkaldelse af interessetilkendegivelser, foreskriver bl.a.:

»1. Indkaldelse af interessetilkendegivelser er en metode til udvælgelse af ansøgere, der opfordres til at afgive bud i forbindelse med fremtidige begrænsede udbud […].

3. I forbindelse med hver enkelt aftale opfordrer den ordregivende myndighed enten alle ansøgere, der er opført på listen, eller visse af dem, udvalgt efter objektive og ikke-diskriminerende kriterier afpasset efter aftalen, til at afgive bud.«

8 Gennemførelsesbestemmelsernes artikel 130, stk. 1, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, foreskrev:

»1. Udbudsdokumenterne består som et minimum af:

a) opfordringen til at afgive bud eller til at forhandle

b) de dertil knyttede udbudsbetingelser, der i et bilag indeholder de generelle betingelser, der gælder for aftaler

c) standardkontrakten.

[…]«

9 Gennemførelsesbestemmelsernes artikel 130, stk. 3, litra a) og b), der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, foreskrev:

»3. Udbudsbetingelserne indeholder mindst oplysninger om:

a) de udelukkelses- og udvælgelseskriterier, der gælder for aftalen, undtagen hvis der er tale om et begrænset udbud eller en procedure med forhandling med offentliggørelse af forhåndsmeddelelse som omhandlet i artikel 127; i disse tilfælde angives de pågældende kriterier alene i udbudsbekendtgørelsen eller indkaldelsen af interessetilkendegivelser

b) den relative vægtning af tildelingskriterierne, hvis vægtningen ikke er angivet i udbudsbekendtgørelsen

c) de tekniske specifikationer, der er omhandlet i artikel 131

[…]«

10 Gennemførelsesbestemmelsernes artikel 138, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, bestemte:

»1. En ordre kan tildeles på to forskellige måder:

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

b) eller også vælges det økonomisk mest fordelagtige bud.

2. Det økonomisk mest fordelagtige bud er det, der frembyder den bedste kombination mellem kvalitet og pris, under hensyntagen til kriterier, der er begrundet i aftalens genstand, som f.eks. pris, teknisk værdi, æstetiske og funktionelle kvaliteter, miljømæssige karakteristika, driftsomkostninger, leverings- eller færdiggørelsesfrist, kundeservice og teknisk assistance.

3. Den ordregivende myndighed skal, i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, angive den relative vægtning af hvert af de kriterier, der anvendes ved bestemmelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud.

Den relative vægtning af priskriteriet i forhold til andre kriterier må ikke føre til, at priskriteriet neutraliseres ved ordretildelingen.

Hvis det i særlige undtagelsestilfælde ikke er teknisk muligt at foretage en sådan vægtning, f.eks. på grund af kontraktgenstanden, kan den ordregivende myndighed nøjes med at angive de anvendte kriterier i prioriteret rækkefølge.«

11 Gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, foreskrev:

»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.

Den ordregivende myndighed kan bl.a. tage hensyn til begrundelser vedrørende:

a) besparelser i forbindelse med produktionsmetoden, den måde, tjenesteydelserne udføres på, eller byggeprocessen

b) de anvendte tekniske løsninger eller de usædvanligt gunstige betingelser, den bydende arbejder under

c) buddets originalitet.«

12 Gennemførelsesbestemmelsernes artikel 148, stk. 1 og 3, foreskriver:

»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.«

Tvistens baggrund

13 Den 4. marts 2004 offentliggjorde Rådet i henhold til finansforordningen og gennemførelsesbestemmelserne et begrænset udbud i *Supplement til Den Europæiske Unions*

Tidende (EUT 2004 S 45) med referencen UCA-033/04 vedrørende levering af rengørings- og vedligeholdelsesydelser for to bygninger, der anvendes af Generalsekretariatet for Rådet i Bruxelles. Aftalen bestod af to dele, der hver svarede til det specifikke sted, hvor ydelsernes skulle præsteres, nemlig bygningen »Woluwé Heights« (del nr. 1) og bygningen »Frère Orban« (del nr. 2).

14 Det var fastsat i udbudsbetingelserne, at det relevante tildelingskriterium er det økonomisk mest fordelagtige bud. Den endelige bedømmelse af buddene til hver del skulle ske ved at tildele hvert bud et antal point, som blev beregnet på følgende måde: »antal »kvalitets«-points x 100/prisindeks«. Det bud, som blev anset for det økonomisk mest fordelagtige, var det bud, der ved afslutningen af bedømmelsen havde opnået det højeste antal points, og som samtidigt opfyldte kravet om minimumsantal point, der fremgår af rubrikken »kvalitet«.

15 Ifølge de samme udbudsbetingelser skulle kvaliteten af hvert bud bedømmes ud fra en skala med maksimum 100 points på grundlag af otte kriterier. Det ottende kriterium, for hvilket der maksimum kunne tildeles 50 points, omhandlede »timeopgørelse beregnet ved en sammenlægning af A, B, C og D i fortegnelsen til bilag 3«.

16 De 50 points, som kunne tildeles efter det sidstnævnte kriterium, blev fordelt proportionalt i forhold til forskellen mellem på den ene side det samlede antal tilbudte timer pr. år i det bedømte bud (tilbudte timer) og på den anden side det gennemsnitlige totale antal timer i hvert budgetår i alle de bud, der blev taget i betragtning (gennemsnitlige antal timer). Det gennemsnitlige antal timer skulle kvalificeres som tilfredsstillende og tildeles 40 points (hvilket er 80% af et loft på 50 points). Ifølge udbudsbetingelserne skulle en overskridelse af denne grænse for tilbudte timer, op til 12,5%, honoreres med tildelingen af yderligere points under overholdelse af loftet på 50 points. Derimod skulle et lavere antal timer i forhold til denne grænse for tilbudte timer, som oversteg 12,5%, medføre fradrag af points indtil en minimumsgrænse på 30 points, der medfører udelukkelse.

17 Udbudsbetingelserne angav endvidere, at den gennemsnitlige timepris for hvert bud ikke — idet det ellers ville blive afvist — måtte være lavere end den gennemsnitlige timepris, fastsat af fagforeningen Union générale belge de nettoyage (herefter

»UGBN«), som kostpris i kategori 1A, og som var i kraft ved budets fremsættelse. Den 1. juli 2004 var den gennemsnitlige timepris fastsat til 19,6962 EUR.

18 Den 23. juni 2004 blev udbudsbetingelserne vedrørende det omhandlede udbud sendt til ansøgerne.

19 Den 23. juli 2004 indgav sagsøgeren Belfass SPRI to bud vedrørende henholdsvis hver af de to dele, der skulle tildeles inden for rammerne af udbuddet UCA-033/04. Den totale årlige pris i sagsøgerens bud vedrørende del nr. 1 udgjorde et beløb på 234 059,67 EUR.

20 Rådet oplyste ved skrivelse af 13. oktober 2004 sagsøgeren om, at dennes to bud ikke kunne accepteres med følgende begrundelse: »[…] Hvad angår del [nr.] 1 giver en beregning af den gennemsnitlige timepris i Deres bud et lavere resultat end det af UGBN [den 1. juli 2004] fastsatte minimumsbeløb på 19,6962 EUR. Hvad angår del [nr. 2] har Deres bud ikke opnået det krævede mindste antal kvalitetspoints, som tildeles af bedømmelseskomitéen i henhold til kriterierne nævnt i udbudsbetingelserne […]«

21 Den 15. oktober 2004 anmodede sagsøgeren Rådet om at fremsende supplerende og detaljerede oplysninger angående baggrunden for afvisningen af buddet vedrørende del nr. 2.

22 Rådet besvarede den 22. oktober 2004 anmodningen og bemærkede derved navnlig følgende:

»[…] Deres bud indeholdt 20% færre timer end det gennemsnitlige antal timer i samtlige bud, og det blev derfor udelukket på dette stadie i overensstemmelse med den fremgangsmåde, der gengives på s. 2.«

Retsforhandlinger og parternes påstande

23 Sagsøgeren har ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 23. december 2004 anlagt denne sag.

24 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.

25 På Rettens anmodning af 28. november 2006 om fremlæggelse af dokumenter har Rådet den 13. december 2006, som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, fremsendt udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne vedrørende udbuddet UCA-033/04 samt den originale bedømmelsesrapport (ikke fortrolig udgave) vedrørende dette udbud.

26 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 21. juni 2007.

27 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Sagen antages til realitetsbehandling, og der gives sagsøgeren medhold.

— Rådets beslutning af 13. oktober 2004 om ikke at acceptere sagsøgerens to bud i forbindelse med udbud UCA-033/04 annulleres.

— Rådet tilpligtes til at betale en erstatning for den skade, som sagsøgeren har lidt, på 1 481 317,65 EUR med tillæg af renter med satsen 7% p.a.

— Rådet tilpligtes at betale sagens omkostninger.

28 Rådet har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises hvad angår del nr. 2.

— Annullationssøgsmålet forkastes.

— Påstanden om skadeserstatning forkastes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Antagelse til realitetsbehandling af søgsmålet til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 vedrørende del nr. 2

Parternes argumenter

29 Uden formelt at rejse en formalitetsindsigelse har Rådet gjort gældende, at søgsmålet til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 vedrørende del nr. 2 ikke kan antages til realitetsbehandling. Rådet har anført, at sagsøgeren ikke har bestridt beslutningen om at udelukke denne fra udbuddet som sådan, men lovligheden af Rådets beslutning i forbindelse med det kriterium indeholdt i udbudsbetingelserne, der førte til udelukkelsen, nemlig det gennemsnitlige totale antal timer, som de bydende har tilbudt.

30 Rådet har i retsmødet præciseret, at det fremgår af Domstolens retspraksis, at en person, der finder, at de udbudsbetingelser, som en ordregivende myndighed har fastsat, er diskriminerende over for ham, ikke kan vente med at indgive en klage, indtil beslutningen om at tildele den omhandlede aftale er blevet meddelt, og påberåbe sig, at netop disse betingelser er diskriminerende, uden at tilsidesætte formålene om hurtighed og effektivitet i direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved direktiv 92/50 (Domstolens dom af 12.2.2004, sag C-230/02, Grossmann Air Service, Sml. I, s. 1829, præmis 37).

31 Rådet finder, at eftersom udbudsbetingelserne blev sendt individuelt til ansøgerne, herunder sagsøgeren, den 23. juni 2004, var fristen på to måneder for at anfægte lovligheden af beslutningen, herunder det nævnte kriterium, udløbet på tidspunktet for sagens anlæg.

32 Sagsøgeren har principalt gjort gældende, at udbudsbetingelserne ikke er en anfægtelig retsakt i henhold til artikel 230 EF. Der er nemlig tale om en forberedende akt

med generel rækkevidde, og en sådan akt kan efter retspraksis ikke, uanset på hvilket tidspunkt den fremkommer, gøres til genstand for et annullationssøgsmål.

33 Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at udbudsbetingelserne sendes til alle de virksomheder, som tilhører en kategori, der er defineret generelt og abstrakt, og som ønsker at afgive bud med henblik på at indgå en offentlig kontrakt. I det foreliggende tilfælde er udbudsbetingelserne hverken en beslutning, som sagsøgeren er adressat for, eller en beslutning, som berører sagsøgeren direkte og individuelt. Sagsøgeren har på baggrund heraf konkluderet, at det kun er ved at anlægge en sag til prøvelse af beslutningen om at tildele kontrakten, at sagsøgeren havde mulighed for at anfægte lovligheden af kriteriet i udbudsbetingelserne angående det totale antal timer, som de bydende har tilbudt.

34 Sagsøgeren har subsidiært vedrørende udbudsbetingelserne påberåbt sig en påstand om ulovlighed som omhandlet i artikel 241 EF.

Rettens bemærkninger

35 Retten konstaterer indledningsvis, at det er Rådets opfattelse, at det foreliggende søgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, eftersom søgsmålet ifølge Rådet i realiteten udelukkende omhandler udbudsbetingelserne, som er en anfægtelig retsakt, hvis lovlighed ikke er blevet anfægtet inden for tidsfristerne.

36 Det må imidlertid konstateres, at der ved det foreliggende søgsmål er nedlagt påstand om annullation af Rådets beslutning af 13. oktober 2004 om ikke at acceptere sagsøgerens bud i anledning af udbuddet, og at det er med henblik på denne annullation, og således indirekte, at sagsøgeren har bestridt lovligheden af udbudsbetingelserne.

37 Der opstår således ikke spørgsmål om, hvorvidt annullationssøgsmålet skal antages til realitetsbehandling, for så vidt som det angiveligt omhandler udbudsbetingelserne, men spørgsmål vedrørende formaliteten med hensyn til indsigelsen om, at dette dokument er retsstridigt, som er blevet gjort gældende til støtte for annullationssøgsmålet.

38 For at tage stilling til dette spørgsmål skal det bestemmes, om et udbudsdokument som de omhandlede udbudsbetingelser er en akt, der — som anført af Rådet — kan være genstand for et direkte søgsmål i medfør af artikel 230 stk. 4, EF, og dermed om sagsøgeren skulle have anlagt sag til prøvelse af udbudsbetingelserne i medfør af denne bestemmelse inden for den i artikel 230, stk. 5, EF fastsatte frist på to måneder.

39 Enhver fysisk eller juridisk person kan i medfør af artikel 230, stk. 4, EF anlægge sag til prøvelse af beslutninger, der retter sig til ham, samt beslutninger, som, skønt de er udfærdiget i form af en forordning eller en beslutning rettet til en anden person, dog berører ham umiddelbart og individuelt.

40 Ifølge fast retspraksis gælder, at fysiske eller juridiske personer, der ikke er adressater for en retsakt, kun vil kunne påstå, at de berøres individuelt som omhandlet i artikel 230, stk. 4, EF, såfremt de rammes af den pågældende retsakt på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som en adressat for retsakten (Domstolens dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, org.ref.: Rec. s. 197, på s. 223, af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 36, og af 1.4.2004, sag C-263/02 P, Kommissionen mod Jégo-Quéré, Sml. I, s. 3425, præmis 45).

41 Retten finder ikke, at udbudsbetingelserne i den foreliggende sag kan anses for at berøre sagsøgeren på en individuel måde.

42 Retten finder for det første — i modsætning til det af Rådet anførte — ikke, at den omstændighed, at udbudsbetingelserne blev fremsendt individuelt til på forhånd udvalgte ansøgere den 23. juni 2004, og dermed også til sagsøgeren, som led i det begrænsede udbud, kan individualisere sagsøgeren i henhold til artikel 230, stk. 4, EF. Udbudsbetingelserne og alle de af Rådet i den foreliggende sag udsendte udbudsdokumenter, som udbudsbetingelserne udgør en del af, vedrører objektivt fastlagte situationer og har retsvirkning over for generelt og abstrakt afgrænsede personkredse. De er derfor af generel karakter, og man kan ikke antage, at deres individuelle fremsendelse til virksomheder, der på forhånd var udvalgt af den ordregivende myndighed, kan individualisere hver af disse virksomheder i forhold til alle andre virksomheder i henhold til artikel 230, stk. 4, EF.

43 For det andet har Rådet med urette påberåbt sig dommen i sagen Grossmann Air Service, nævnt i præmis 30 ovenfor, for at påvise, at sagsøgeren kunne anfægte de omhandlede udbudsbetingelser. Det skal bemærkes, at denne dom blev afsagt af Domstolen som besvarelse af et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665. Bestemmelserne i direktiv 89/665, som ændret, er imidlertid kun bindende for medlemsstaterne og ikke for fællesskabsinstitutionerne, hvilket ikke er bestridt af Rådet. Det må endvidere konstateres, som Rådet også har medgivet under retsmødet, at fællesskabslovgivningen på området for fællesskabsinstitutionernes indgåelse af tjenesteydelsesaftaler, der finder anvendelse i den foreliggende sag, ikke indeholder bestemmelser, der svarer til bestemmelserne i direktiv 89/665. Retten bemærker endelig, at i modsætning til de faktiske omstændigheder, der lå til grund for tvisten i hovedsagen i dommen i sagen Grossmann Air Service, nævnt i præmis 30 ovenfor, forhindrede det kriterium, der er indeholdt i udbudsbetingelserne, og som er anfægtet af sagsøgeren, ikke sagsøgeren i den foreliggende sag i effektivt at deltage i den omhandlede udbudsprocedure. Det fremgår tværtimod af sagens akter, at sagsøgeren i lighed med de øvrige ansøgere optaget på listen, der blev udarbejdet efter den indledende udvælgelsesfase, var i stand til at fremsætte et bud vedrørende del nr. 2. Følgelig finder Domstolens fortolkning af bestemmelserne i direktiv 89/665 i dommen i sagen Grossmann Air Service, nævnt i præmis 30 ovenfor, ikke analog anvendelse med henblik på at vurdere, om den foreliggende sag skal antages til realitetsbehandling hvad angår del nr. 2.

44 Det følger af de ovenfor anførte betragtninger, at da de omhandlede udbudsbetingelser ikke berører sagsøgeren individuelt, havde sagsøgeren ikke ret til at anlægge et annullationssøgsmål til prøvelse af udbudsbetingelserne i henhold til artikel 230,

stk. 4, EF. Det er således med urette, at Rådet har gjort gældende, at sagsøgeren kunne anfægte udbudsbetingelserne, for på denne måde at modsætte sig sagsøgerens indirekte anfægtelse af dokumentets lovlighed i forbindelse med det foreliggende søgsmål.

Realiteten

Søgsmålet til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 vedrørende del nr. 1

Parternes argumenter

45 Sagsøgeren har til støtte for sit annullationssøgsmål til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 vedrørende del nr. 1 fremsat et enkelt anbringende vedrørende et åbenbart urigtigt skøn.

46 Sagsøgeren har nærmere bestemt gjort gældende, at Rådet har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, idet Rådet har undladt at foretage en grundig undersøgelse af sagsøgerens bud vedrørende del nr. 2.

47 I modsætning til, hvad Rådet udledte af sagsøgerens bud, har sagsøgeren nemlig gjort gældende, at den gennemsnitlige timepris i budet beløb sig til 22,123 EUR og således var højere den laveste gennemsnitlige timepris på 19,6962 EUR, fastsat af UGBN.

48 Sagsøgeren har ganske vist medgivet, at denne fejl, som Rådet har begået, er forbundet med en regnefejl i sagsøgerens bud vedrørende sammenlægningen af beløbene i kategorierne A, B, C og D (234 059,67 EUR i stedet for 271 811,67 EUR).

49 Sagsøgeren finder imidlertid, at Rådet i overensstemmelse med princippet om god forvaltningsskik burde have sikret sig, at det forelagte bud ikke indeholdt en sådan åbenbar indholdsmæssig fejl, som Rådet kunne have rettet på eget initiativ.

50 Sagsøgeren har gjort gældende, at en simpel kontrolregning ville have gjort det muligt for Rådet at konstatere, at den korrekte minimumstimepris i sagsøgerens bud var 20,92 EUR, som det klart og tydeligt fremgår af buddets s. 40.

51 Sagsøgeren finder, at Rådet, eftersom der var tale om en åbenbar fejl, og at rettelsen heraf hverken ville have ændret aftalebetingelserne eller det oprindelige bud, i det mindste under opfyldelse af finansforordningens artikel 99, og som det er fastsat i artikel 10 i udbudsbetingelserne for det omhandlede udbud, burde have benyttet sin ret til at kontakte sagsøgeren.

52 Sagsøgeren finder i modsætning til det af Rådet anførte ikke, at Rettens konklusioner i dommen af 8. maj 1996, Adia interim mod Kommissionen (T-19/95, Sml. II, s. 321, præmis 47), finder anvendelse i denne sag. Sagsøgeren har nemlig påpeget, at den pågældende dom omhandlede en gennemgående regnefejl, som var vanskelig at opdage for den ordregivende myndighed. Derimod finder sagsøgeren, at der i den foreliggende sag er tale om en simpel regnefejl ved sammenlægningen af kategorierne A, B, C og D, som Rådet let havde kunnet opdage og rette.

53 Sagsøgeren har endvidere anført, at Rådet ikke kan foregive ikke at have opdaget denne fejl, eftersom den korrekte, og dermed rettede totalpris, fremgår af de komparative bedømmelser betegnet »almindelig« og »teoretisk« af sagsøgerens bud, der er vedlagt som bilag til svarskriftet.

54 Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at det almindelige princip, som Domstolen har slået fast i dommen af 13. juli 1972, Bernardi mod Parlamentet (sag 90/71, Sml. 1972, s. 149, org.ref.: Rec. s. 603, præmis 10), og ifølge hvilket en part ikke for Domstolen kan påberåbe sig uregelmæssigheder, der er forårsaget af partens egen adfærd, ikke finder anvendelse i den foreliggende sag. Sagsøgeren har bemærket, at selskabets adfærd nemlig hverken var svigagtig eller årsag til fejlen begået af Rådet. Sagsøgeren har tilføjet, at selskabet ikke havde nogen interesse i, at fejlen, som i dette tilfælde var en simpel utilsigtet regnefejl, ikke blev rettet.

55 Sagsøgeren har som svar på Rådets argumentation desuden anført, at selv om underretningen, der er fastsat i finansforordningens artikel 100, giver en bydende, hvis bud er blevet afvist, en ret til at henlede den ordregivende myndigheds opmærksomhed på eventuelle fejlvurderinger, som kunne have medført en fejlagtig bedømmelse af det afgivne bud, medfører princippet om god forvaltningsskik og princippet om gennemsigtighed, at den ordregivende myndighed i denne underretning udtrykkeligt oplyser modtageren om eksistensen af denne ret. Sagsøgeren finder ikke, at Rådet i sin skrivelse af 13. oktober 2004 oplyste sagsøgeren om eksistensen af en sådan ret. Som følge heraf er der sket en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

56 Sagsøgeren har på baggrund heraf konkluderet, at den af Rådet begåede fejl ved beregningen af den gennemsnitlige timepris i sagsøgerens bud vedrørende del nr. 1 er en følge af, at Rådet undlod at foretage en omhyggelig undersøgelse af sagsøgerens bud, og som følge heraf er den endelige beslutning om at afvise buddet behæftet med en særlig alvorlig fejlvurdering.

57 Rådet har indvendt, at den gennemsnitlige timepris, som det fremgår af udbudsbetingelserne vedrørende udbuddet, svarer til totalprisen for det berørte bud divideret med det totale antal timer angivet i det nævnte bud. Dette er baggrunden for, at Rådet nøjedes med at foretage beregningen ud fra den totale referencepris på 234 059,67 EUR, som angivet af sagsøgeren i dennes bud.

58 Rådet havde efter sin egen opfattelse ikke pligt til at verificere summen af kategorierne A, B, C og D i sagsøgerens bud og derigennem opdage, at den korrekte totalpris var 271 811,67 EUR i stedet for 234 059,67 EUR. Rådet finder ligeledes ikke, at oplysningerne i de komparative bedømmelser »almindelig« og »teoretisk« af det

omhandlede bud, der er vedlagt som bilag til Rådets svarskrift, kan påberåbes med henblik på at påvise, at Rådet havde konstateret denne fejl på tidspunktet for undersøgelsen af det nævnte bud. Det var nemlig i forbindelse med forberedelsen af svarskriftet i denne sag, at Rådet udarbejdede disse bedømmelser.

59 Rådet har tilføjet, at den ordregivende myndighed kun kan tage initiativ til at kontakte den bydende for at rette åbenlyse indholdsmæssige fejl. Det er imidlertid Rådets opfattelse, at fejlen i det tilfælde ikke var tilstrækkelig åbenbar til, at den kunne opdages.

60 Rådet har endvidere påberåbt sig den almindelige retsgrundsætning, som Domstolen har anerkendt i dommen i sagen Bernardi mod Parlamentet, nævnt i præmis 54 ovenfor, ifølge hvilken en part ikke kan påberåbe sig uregelmæssigheder for Domstolen, der er forårsaget af partens egen adfærd.

61 Rådet finder ligeledes, at uanset om det havde kunnet opdage den omhandlede fejl, kunne det ikke tage kontakt til den bydende for at rette fejlen uden at risikere at tilsidesætte finansforordningens artikel 99 og gennemførelsesbestemmelsernes artikel 148, stk. 3. Rådet støtter navnlig denne betragtning på dommen i sagen Adia interim mod Kommissionen, nævnt i præmis 52 ovenfor.

62 Rådet finder endelig, at et af formålene med underretningen i finansforordningens artikel 100, som følger efter tildelingen af kontrakten, og inden kontrakten underskrives, er at gøre det muligt for den bydende, hvis bud er blevet afvist, at henlede den ordregivende myndigheds opmærksomhed på eventuelle fejlvurderinger, som havde medført en fejlagtig bedømmelse af buddet. Rådet har bemærket, at sagsøgeren ikke reagerede på nogen måde efter modtagelsen af skrivelsen af 13. oktober 2004 med begrundelsen for afvisningen af budet vedrørende del nr.1.

Rettens bemærkninger

63 Ifølge fast retspraksis har Rådet en vid skønsmargen i relation til de faktorer, der skal tages i betragtning ved tildeling af en kontrakt efter udbud, og Rettens kontrol skal begrænse sig til en undersøgelse af, om der foreligger en åbenbar og alvorlig vildfarelse (Domstolens dom af 23.11.1978, sag 56/77, Agence européenne d'intérims mod Kommissionen, Sml. s. 2215, præmis 20, Rettens dom i sagen Adia interim mod Kommissionen, nævnt i præmis 52 ovenfor, præmis 49, samt dom af 6.7.2000, sag T-139/99, AICS mod Parlamentet, Sml. II, s. 2849, præmis 39).

64 Endvidere følger det af gennemførelsesbestemmelsernes artikel 148, at den ordregivende myndighed efter åbningen af buddene i særlige tilfælde kan kontakte den bydende, hvis et bud gør det nødvendigt at indhente yderligere oplysninger, eller hvis åbenlyse skrivefejl i affattelsen af buddet skal rettes, men denne kontakt må ikke føre til en ændring af vilkårene i buddet.

65 I det foreliggende tilfælde skal det prøves, om sagsøgerens indholdsmæssige fejl, nemlig en regnefejl i sagsøgerens bud vedrørende sammenlægningen af beløbene i kategorierne A, B, C og D (234 059,67 EUR i stedet for 271 811,67 EUR), var en åbenbar indholdsmæssig fejl, som Rådet burde have opdaget.

66 I den forbindelse bemærker Retten for det første, at metoden til beregning af timeprisen i de bydendes bud ikke krævede, at Rådet foretog en ny beregning af summerne under kategori A, B, C og D. Det er nemlig ubestridt, at den gennemsnitlige timepris skulle foretages ud fra buddets totalpris samt det totale antal tilbudte timer, således som disse var angivet i sagsøgerens bud.

67 For det andet kan det ikke antages, som anført af sagsøgeren, at den korrekte timepris i selskabets bud var minimumsbeløbet på 20,92 EUR, som er det beløb, der fremgår klart og præcist på s. 40 i buddet, og at Rådet herved burde have undersøgt, om det var sandsynligt, at der forelå en fejl ved beregningen af den gennemsnitlige timepris i

sagsøgerens bud. Retten konstaterer nemlig, at netop det nævnte beløb, som angives på s. 40 i sagsøgerens bud, er gengivet under kategori E, som udtrykkeligt henviser til timeprisen for supplerende arbejde, der udføres af rengøringspersonalet efter anmodning »på arbejdsdage (mandag til fredag) mellem kl. 6.00 og 22.00«. Den timepris, der derved er angivet, vedrører således en særlig tjeneste, nemlig supplerende arbejde, som følgelig er forskellig fra tjenesterne angivet under kategori A, B, C og D.

68 For det tredje finder Retten, i modsætning til det af sagsøgeren hævdede, ikke, at bedømmelsestabellerne »almindelig« og »teoretisk«, som Rådet har fremlagt som bilag til sit svarskrift i den foreliggende sag, viser, at Rådet havde kendskab til sagsøgerens fejl. Det fremgår nemlig klart af Rådets indlæg, at det udarbejdede disse tabeller til brug for den foreliggende sag. Retten bemærker endvidere, at sagsøgeren ikke har påvist, at det modsatte skulle være tilfældet.

69 Retten finder desuden ikke, modsat det af sagsøgeren hævdede, at det kan bebrejdes Rådet, at det ikke i forbindelse med underretningen efter finansforordningens artikel 100 oplyste sagsøgeren om selskabets ret til at henlede den ordregivende myndigheds opmærksomhed på eventuelle fejlvurderinger, som havde medført en fejlagtig bedømmelse af sagsøgerens bud. Det følger nemlig af fast retspraksis, at det i mangel af en udtrykkelig bestemmelse herom i fællesskabsretten ikke kan anerkendes, at der påhviler Fællesskabets administrative myndigheder og retsinstanser en almindelig forpligtelse til at oplyse borgerne om de forhåndenværende retsmidler og om betingelserne for anvendelsen heraf (Domstolens kendelse af 5.3.1999, sag C-153/98 P, Guérin automobiles mod Kommissionen, Sml. I, s. 1441, præmis 15, og Rettens dom af 24.2.2000, sag T-145/98, ADT Projekt mod Kommissionen, Sml. II, s. 387, præmis 210). Retten konstaterer, at finansforordningens artikel 100 ikke i det foreliggende tilfælde udtrykkeligt indeholder en sådan forpligtelse.

70 Det må under alle omstændigheder konstateres, at sagsøgeren ikke efter modtagelsen af Rådets skrivelse af 13. oktober 2004 fremsatte en bemærkning om forekomsten af en åbenbar regnefejl i sit bud vedrørende del nr. 1, selv om sagsøgeren tog initiativ til at formulere en anmodning om uddybning vedrørende vilkårene for at afvise buddet vedrørende del nr. 2.

71 Det følger af ovenstående bemærkninger, at sagsøgeren ikke har begået en åbenlys indholdsmæssig fejl som omhandlet i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 148, stk. 3. Rådet kan derfor ikke kritiseres for ikke at have opdaget fejlen og derefter rettet den eller for ikke i det mindste at have taget kontakt til sagsøgeren med henblik på at give selskabet mulighed for at berigtige fejlen.

72 Følgelig er anbringendet om, at Rådet har begået en åbenbar fejlvurdering i beslutningen af 13. oktober 2004 hvad angår del nr. 1, ugrundet. Annullationssøgsmålet anlagt til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 skal derfor forkastes hvad angår del nr. 1.

Søgsmålet til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 hvad angår del nr. 2

Parternes argumenter

73 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 hvad angår del nr. 2 gjort tre anbringender gældende vedrørende henholdsvis en tilsidesættelse af det almindelige princip om god forvaltningsskik, en åbenbar fejlvurdering og en tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling. Sagsøgeren har endvidere i replikken gjort et fjerde anbringende gældende, hvorefter Rådet har tilsidesat bestemmelserne i artikel 139, stk. 1, i gennemførelsesbestemmelserne ved ikke at kontakte sagsøgeren før afvisningen af selskabets bud.

74 Sagsøgeren har nærmere bestemt anført, at de tre første anbringender vedrørende henholdsvis en tilsidesættelse af det almindelige princip om god forvaltningsskik, forbuddet mod forskelsbehandling og en åbenbar fejlvurdering er begrundet i det forhold, at sagsøgerens bud vedrørende del nr. 2 blev afvist automatisk uden nærmere prøvelse alene med den begrundelse, at det totale antal arbejdstimer angivet i det nævnte bud var mere end 12,5% lavere end det gennemsnitlige totale antal timer tilbudt i de modtagne bud.

75 Sagsøgeren finder for det første, af lignende grunde, at det kriterium, der er indeholdt i udbudsbetingelserne, om det gennemsnitlige totale antal tilbudte timer, hvorpå Rådet uden nærmere prøvelse baserede sin afvisning af sagsøgerens bud, strider mod princippet om god forvaltningsskik og er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn. Dette kriterium medførte nemlig, at bud, der forudsatte et større antal timer end nødvendigt og derved var dyrere, blev foretrukket.

76 Sagsøgeren har herved for det første påpeget, at dette kriterium, anvendt af Rådet, ikke gjorde det muligt objektivt at fastlægge det antal timer, der er nødvendigt for at præstere de omhandlede tjenester. Sagsøgeren har dels fremhævet, at selskabet siden den 1. januar 1998 til Rådets fulde tilfredshed har varetaget rengøringen og vedligeholdelsen af den bygning, som del nr. 2 omhandler, på grundlag af et samlet antal timer, som svarer til det antal, der er angivet i selskabets bud. Mens det medgives, at Rådet ikke kunne tage denne erfaring i betragtning, finder sagsøgeren, at denne erfaring gør det muligt på en objektiv måde at godtgøre, at det samlede antal timer, der er nødvendig for at præstere de omhandlede tjenester under i det mindste lignende vilkår, var mindre end i det bud, der til slut blev accepteret, og dermed, at det af Rådet anvendte kriterium fremmede en overvurdering af dette antal timer.

77 Dels finder sagsøgeren, at en bedømmelse af de omhandlede tjenesters omfang ikke med rimelighed kan afhænge af buddene fra de bydende selv, eftersom disse kan have en interesse i efter samråd at forøge omfanget af de omhandlede tjenester kunstigt. Endelig kan antallet af arbejdstimer ikke udgøre det vigtigste kriterium for bedømmelsen af kvaliteten af det arbejde, der skal udføres. Sagsøgeren har vedrørende dette sidste punkt bemærket, at hvis selskabet kunstigt havde øget det tilbudte antal timer i sit bud, ville buddet ikke automatisk være blevet udelukket.

78 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at Rådet ikke med føje kan anføre det argument, at det valgte bud var 3,7% dyrere end sagsøgerens bud, da det valgte bud tilbød 25,2% flere timer i forhold til sagsøgerens bud. Sagsøgeren har dels fastholdt, at det samlede antal tilbudte timer i det valgte bud var højere end det antal timer, der faktisk er nødvendig for at præstere de tjenester, der er angivet i udbudsbetingelserne på de angivne kvalitetsvilkår. Denne overvurdering af de tjenester, som blev tilbudt af den, der fik tildelt kontrakten, har medført en skade for Rådet og de skatteydere,

som finansierer Rådet. Dels har sagsøgeren tilføjet, at den valgte bydende i realiteten ikke yder det samlede antal timer, som er angivet i buddet, hvilket ifølge sagsøgeren bekræfter, at det antal timer, som sagsøgeren havde tilbudt, svarede til, hvad der var nødvendigt for at udføre rengøring i de lokaler, som er omfattet af del nr. 2.

79 Sagsøgeren har for det andet anført, at udvælgelseskriteriet er diskriminerende, for så vidt som det fører til udelukkelsen af et bud, som er objektivt fordelagtigt for Rådet ud fra et budgetsynspunkt og fuldstændigt tilfredsstillende ud fra et kvalitetssynspunkt, uden nærmere prøvelse.

80 Sagsøgeren har for det tredje gjort gældende, at Rådet har tilsidesat bestemmelserne i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1. Sagsøgeren finder nemlig, at Rådet inden afvisningen af sagsøgerens bud med henvisning til, at det indeholdt et unormalt lavt antal tjenestetimer, skulle have gennemført en kontradiktorisk kontrolprocedure under de betingelser, der er opstillet i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1. Det fremgår endvidere af retspraksis, at en automatisk udelukkelse af et unormalt lavt bud er forbudt, når det sker under anvendelse af et matematisk kriterium (Domstolens dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839).

81 Rådet har erindret om, at tildelingen af en kontrakt til den bydende, der har fremsat det økonomisk mest fordelagtige bud, ikke nødvendigvis ifølge retspraksis er ensbetydende med, at det billigste bud vælges.

82 Rådet har tilføjet, at en lovmæssig konkurrence særligt har til formål at vise, at det er muligt at udføre flere og bedre opgaver. På et konkurrencepræget marked modsvarer det gennemsnitlige samlede antal timer, som alle de bydende har tilbudt, sandsynligvis en holdbar og pålidelig beregning af de timer, som er nødvendige for at sikre, at tjenesten præsteres korrekt ud fra et kvalitetssynspunkt. Rådet finder nemlig, at et højere antal timer afsat til rengøring medfører en højere kvalitet. I det foreliggende tilfælde har Rådet konstateret, at den bydende, der fik tildelt kontrakten, havde fremsat et bud, der var 3,7% dyrere end sagsøgerens bud, men til gengæld indeholdt det 25,2% flere arbejdstimer end sagsøgerens bud. Rådet har desuden bemærket, at selv om priskriteriet var vægtet til 50% ved bedømmelsen af buddene, svarede det

omtvistede kriterium vedrørende det samlede antal tilbudte timer ikke til mere end 25% af det samlede antal points, der kunne tildeles. Det accepterede bud var dermed det økonomisk mest fordelagtige, og sagsøgerens tjenester var som sådan meget dyrere. Rådet har i øvrigt bemærket, at de stempelkort, der er anvendt af personalet hos den bydende, der fik tildelt kontrakten, bekræfter, at de præsterede tjenester svarer til forpligtelserne i henhold til kontraktvilkårene.

83 Hvad angår sagsøgerens påstande om, at der er en risiko for, at de bydende indfører en samordnet praksis for at øge omfanget af tjenesterne kunstigt, har Rådet opfordret sagsøgeren til at kontakte konkurrencemyndighederne, hvis sagsøgeren har beviser herfor.

84 Hvad angår det tredje anbringende om tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling har Rådet bestridt, at dette princip forhindrer det i at lægge vægt på kvaliteten af sagsøgerens tidligere tjenester ved valget af bud.

85 Rådet har endelig anført, at det fjerde anbringende vedrørende en tilsidesættelse af gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, som sagsøgeren har påberåbt sig i sin replik, er et nyt anbringende, som følgelig ikke kan antages til realitetsbehandling. Rådet finder under alle omstændigheder ikke, at sagsøgerens bud var unormalt lavt. Rådet har nemlig nærmere bestemt anført, at den kontradiktoriske procedure i tilfælde af et unormalt lavt bud, som fastsat i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, kun skal iagttages i forhold til prisen i buddet. Rådet har påpeget, at selv om sagsøgerens bud indeholdt 25,2% færre timer end det valgte bud, var sagsøgerens bud kun 3,7% billigere end det valgte bud. Det er således Rådets opfattelse, at sagsøgerens tjenester var meget dyrere end tjenesterne i det valgte bud.

Rettens bemærkninger

86 Før det undersøges, om der skal gives medhold i annullationssøgsmålet til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 hvad angår del nr. 2, skal Retten tage stilling til, om det fjerde anbringende angående en tilsidesættelse af gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, kan antages til realitetsbehandling.

— Realitetsbehandlingen af det fjerde anbringende angående en tilsidesættelse af gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1

87 Ifølge fast retspraksis fremgår det af artikel 44, stk. 1, litra c), sammenholdt med artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, at stævningen skal indeholde søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene, og at nye anbringender ikke må fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne. Imidlertid bør et anbringende, som udgør en uddybning af et anbringende, der tidligere er fremsat direkte eller indirekte i stævningen, og som har en nær sammenhæng med dette, antages til realitetsbehandling (Domstolens dom af 30.9.1982, sag 108/81, Amylum mod Rådet, Sml. s. 3107, præmis 25, og af 19.5.1983, sag 306/81, Verros mod Parlamentet, Sml. s. 1755, præmis 9, samt Rettens dom af 17.12.1997, sag T-216/95, Moles García Ortúzar mod Kommissionen, Sml.Pers. I-A, s. 403, og II, s. 1083, præmis 87).

88 Det følger endvidere af retspraksis, at det fremgår af gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, at den ordregivende myndighed, inden den forkaster et bud, som den finder unormalt lavt, skal give den bydende mulighed for at forklare, og endog begrunde, buddets indhold (Rettens dom af 6.7.2005, sag T-148/04, TQ3 Travel Solutions Belgium mod Kommissionen, Sml. II, s. 2627, præmis 49).

89 Retten påpeger, at sagsøgeren i stævningens punkt 17 til støtte for søgsmålet til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 hvad angår del nr. 2, særligt gjorde gældende, at der forelå en tilsidesættelse af det almindelige princip om god forvaltningsskik, princippet om forbud mod forskelsbehandling, og at Rådet begik en åbenbar fejlvurdering ved at afvise sagsøgerens bud uden nærmere prøvelse med den ene begrundelse, at det samlede antal arbejdstimer angivet i det nævnte bud var mere end 12,5% lavere end det tilbudte gennemsnitlige samlede antal timer. Sagsøgeren har i stævningens punkt 26 anført, at iværksættelsen af dette kriterium er udtryk for forskelsbehandling, idet det indebærer, at objektivt mere fordelagtige bud forkastes ex officio uden yderligere undersøgelse. Det følger heraf, at sagsøgeren i stævningen udtrykkeligt kritiserer Rådet for, at det har forkastet sagsøgerens bud uden yderligere undersøgelse, og dette fordi det var unormalt lavt.

90 Det følger af ovenstående, at det fjerde anbringende vedrørende en tilsidesættelse af gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, udgør en uddybning af de tre anbringender, som er anført i stævningen, og har nær sammenhæng med disse anbringender, selv om sagsøgeren først udtrykkeligt har påberåbt sig anbringendet i replikken. Anbringendet kan således antages til realitetsbehandling.

— Om søgsmålet til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 er begrundet hvad angår del nr. 2

91 Som det fremgår af præmis 89 ovenfor, har de tre anbringender i stævningen, og som vedrører henholdsvis en tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik, et åbenbart urigtigt skøn og en tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling, nærmere bestemt til formål at godtgøre, at Rådet begik en fejl ved ikke — inden det automatisk afviste sagsøgerens bud på grund af det unormalt lave antal timer i buddet — i overensstemmelse med den kontradiktoriske procedure i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, at give sagsøgeren mulighed for at begrunde, at der var tale om et seriøst bud. Følgelig skal det fjerde anbringende angående en tilsidesættelse af gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, undersøges først.

92 I den forbindelse skal det indledningsvis fastlægges, om begrebet unormalt lavt bud, som hævdet af Rådet, kun omfatter priskriteriet i det bud, som den ordregivende myndighed skal undersøge, eller om begrebet, som sagsøgeren nærmere bestemt har hævdet, ligeledes omfatter andre kriterier ved bedømmelsen af bud.

93 Det følger af retspraksis, at eftersom kravene i artikel 29, stk. 5, i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), i artikel 37, stk. 1, i direktiv 92/50 og i artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37 i realiteten er identiske med kravene i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, gælder følgende betragtninger også for så vidt angår fortolkningen af den sidstnævnte bestemmelse (jf. analogt Domstolens dom af 27.11.2001, forenede sager C-285/99 og C-286/99, Lombardini og Mantovani, Sml. I, s. 9233, præmis 50).

94 Det skal endvidere bemærkes, at Domstolen i præmis 67 i dommen i sagen Lombardini og Mantovani, nævnt i præmis 93 ovenfor, fandt, at det var ubestridt, at artikel 30, stk. 4, i direktiv 93/37/EF ikke definerede begrebet unormalt lavt bud og derfor heller ikke fastlagde metoden til beregning af en tærskel for, hvornår et bud skal anses for unormalt lavt. Generaladvokaten fandt i samme sag, at begrebet unormalt lavt bud ikke havde en abstrakt karakter, men var et yderst præcist begreb, som skulle fastlægges for hver kontrakt på grundlag af den specifikke genstand, som ydelsen udgjorde (forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer til dommen i sagen Lombardini og Mantovani, nævnt i præmis 93 ovenfor, Sml. I, på s. 9235, punkt 32 og 35).

95 I den foreliggende sag konstaterer Retten for det første, at der ikke findes en definition af tærsklen for, hvornår et bud skal anses for at være unormalt lavt, eller for begrebet unormalt lavt bud i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1's forstand, det være sig i finansforordningen eller i gennemførelsesbestemmelserne. For det andet fremgår det ikke udtrykkeligt af bestemmelserne i denne artikel, at begrebet unormalt lavt bud ikke kan finde anvendelse på andre kriterier end priskriteriet.

96 For at definere det materielle anvendelsesområde for begrebet unormalt lavt bud i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1's forstand vender Retten sig først mod de mål, der forfølges med bestemmelsen.

97 Som det er påpeget i præmis 88 ovenfor, skal den ordregivende myndighed i medfør af gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, give en bydende mulighed for at forklare, og endog begrunde, et buds indhold, hvis den finder, at buddet er unormalt lavt, inden den forkaster buddet. Det fremgår således af retspraksis, at det er afgørende, at hver af de bydende, som er under mistanke for at have afgivet et unormalt lavt bud, har mulighed for på en hensigtsmæssig måde at gøre sine synspunkter i så henseende gældende derved, at han får mulighed for at fremkomme med enhver begrundelse for de forskellige elementer i buddet på et tidspunkt, hvor han ikke blot har kendskab til den tærskel for, hvornår et bud anses for unormalt lavt, som finder anvendelse på den pågældende kontrakt, samt med det forhold, at hans bud forekommer at være unormalt lavt, men også med de præcise punkter, der gav anledning til den ordregivende myndigheds tvivl (dommen i sagen Lombardini og Mantovani, nævnt i præmis 93 ovenfor, præmis 53). Domstolen fastslog ved samme lejlighed, at det er et grundlæggende krav, at der finder en sådan faktisk drøftelse sted med henblik på at undgå vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side og for at sikre en sund konkurrence mellem virksomhederne (dommen i sagen Lombardini og Mantovani, nævnt i præmis 93 ovenfor, præmis 57).

98 Det følger af det foregående, at gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, opstiller et grundlæggende krav i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, som pålægger den ordregivende myndighed ved en kontradiktorisk procedure at kontrollere ethvert unormalt lavt bud og i den forbindelse de bestanddele, det er sammensat af, inden det forkastes.

99 Retten skal dernæst påpege, at i medfør af finansforordningens artikel 97, stk. 2, kan en ordre tildeles på grundlag af et udbud, hvor udbyderen antager det billigste bud, eller på grundlag af et udbud, hvor udbyderen antager det økonomisk mest fordelagtige bud, og hvad angår den anden fremgangsmåde ved tildeling, foreskriver gennemførelsesbestemmelsernes artikel 138, stk. 2, at det valgte bud er det, der frembyder den bedste kombination mellem kvalitet og pris, under hensyntagen til kriterier, der er begrundet i aftalens genstand, som f.eks. pris, teknisk værdi, æstetiske og funktionelle kvaliteter, miljømæssige karakteristika, driftsomkostninger, rentabilitet, leverings- eller færdiggørelsesfrist, kundeservice og teknisk assistance.

100 Retten finder således, at da den omhandlede kontrakt blev tildelt ud fra det økonomisk mest fordelagtige bud, finder det grundlæggende krav, som er angivet i præmis 98 ovenfor, ikke kun anvendelse på kriteriet om prisen for det bud, der undersøges, men også på de andre kriterier i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 138, stk. 2, da disse kriterier gør det muligt at fastlægge en tærskel for, hvornår et bud skal anses for at være unormalt lavt, og under hvilket et bud, som indgives inden for rammerne af det omhandlede udbud, mistænkes for at være unormalt lavt i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1's forstand.

101 For det andet skal Retten på baggrund af de foregående betragtninger bedømme, om Rådet — som anført af sagsøgeren — i det foreliggende tilfælde var forpligtet til at overholde den kontradiktoriske undersøgelsesprocedure, som er fastsat i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1.

102 Retten skal herved bemærke, at fremgangsmåden for tildeling i det foreliggende tilfælde var det økonomisk mest fordelagtige bud. Det er endvidere ubestridt, at kriteriet om det gennemsnitlige samlede antal tilbudte timer, blandt de relevante kriterier, vedrørte et kvalitativt aspekt af sagsøgerens bud og udgjorde en af de forskellige dele af buddet som omhandlet i den retspraksis, Retten har fremhævet i præmis 97 ovenfor. Endelig følger det af bestemmelserne i udbudsbetingelserne, som er angivet i præmis 16 ovenfor, at kriteriet gjorde det muligt at fastlægge en tærskel for, hvornår et bud skal anses for at være unormalt lavt, og under hvilken det omhandlede bud kunne udelukkes automatisk.

103 Som det fremgår af ordlyden af Rådets skrivelse af 22. oktober 2004, og som Rådet udtrykkeligt har bekræftet under retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten, blev sagsøgerens bud forkastet på grundlag af dette sidstnævnte kriterium af den ene grund, at det samlede antal timer i buddet var uforholdsmæssigt lavt. Det må endvidere påpeges, at Rådet ikke har foretaget en kontradiktorisk undersøgelse af sagsøgerens bud i gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1's forstand, før den automatiske udelukkelse af buddet.

104 Rådet har under disse omstændigheder tilsidesat gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1.

105 Denne konstatering kan ikke ændres af den omstændighed, som Rådet har gjort gældende i duplikken, at mens sagsøgerens samlede antal timer var 25,2% lavere end i det valgte bud, var sagsøgerens samlede pris kun 3,7% lavere end det valgte bud. Det en nemlig tilstrækkeligt på ny at konstatere, som det fremgår af Rådets skrivelse af 22. oktober 2004, at sagsøgerens bud alene blev udelukket af den ene grund, at det samlede antal timer i buddet var uforholdsmæssigt lavt.

106 Det fremgår af det anførte, at det fjerde anbringende angående en tilsidesættelse af gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1, kan tiltrædes.

107 Som følge heraf annulleres beslutningen af 13. oktober 2004 hvad angår del nr. 2, uden at det er fornødent at tage stilling til de tre første anbringender, som er fremført til støtte for annullationspåstanden.

Erstatningspåstanden

Parternes argumenter

108 Sagsøgeren finder, at Rådets uretmæssige afvisning af selskabets to bud har påført dette en skade, og nedlægger derfor påstand om erstatning for denne skade med et beløb, som selskabet opgør til 1 481 317,65 EUR beregnet ved at multiplicere den årlige pris for sagsøgerens bud med kontraktperioden (tre år), forhøjet med en rente på 7% pr. år.

109 Hvad angår spørgsmålet, om der foreligger en fejl, har sagsøgeren hævdet, at Rådet ubestrideligt har begået en alvorlig og åbenbar fejl, dels vedrørende del nr. 1 ved ikke at have prøvet, om sagsøgerens bud var korrekt, dels vedrørende del nr. 2 ved at tilsidesætte bestemmelserne i finansforordningen og gennemførelsesbestemmelserne.

110 Hvad angår spørgsmålet, om der foreligger et virkeligt tab, har sagsøgeren gjort gældende, at den uretmæssige afvisning af de to bud medfører et stort indtægtstab, som truer selskabets eksistens.

111 Subsidiært har sagsøgeren for det første opfordret Retten til — for det tilfælde, at Retten ikke er overbevist af sagsøgerens påstand angående erstatning for den skade, som selskabet har lidt som følge af afvisningen af de to bud — umiddelbart at tilkende dette en foreløbig erstatning på 500 000 EUR. Sagsøgeren har for det andet foreslået Retten, at den, inden den fastsætter den endelige størrelse af tabet, udpeger en revisor til at beregne den direkte og indirekte gevinst, som sagsøgeren ville have opnået ved tildeling af de to kontrakter.

112 Hvad angår spørgsmålet, om der er årsagsforbindelse mellem fejlen og det lidte tab, er det sagsøgerens opfattelse, at Retten i medfør af princippet om lige betingelser skal prøve, om sagsøgeren ville have lidt et identisk tab, hvis Rådet ikke havde begået en fejl. Sagsøgeren har herved gjort gældende, at eftersom Rådet automatisk udelukkede selskabets to bud, er det i denne sag ikke muligt at foretage en sådan prøvelse af tabet.

113 Eftersom Rådet ikke vedlagde den originale vurderingsrapport i sit svarskrift, har Retten ifølge sagsøgeren ikke mulighed for at kontrollere Rådets argumentation og prøve, på hvilket grundlag sagsøgerens bud ville have kunnet forkastes inden for rammerne af det omtvistede udbud, selv om Rådet ikke havde begået en fejl.

114 Rådet finder ikke, at det anlagde et åbenbart urigtigt skøn vedrørende del nr. 1. Rådet har tilføjet, at selv om det måtte antages, at det skulle være ansvarligt for en sådan fejl, har sagsøgeren hverken påvist, at der er tale om en alvorlig eller åbenbar fejl, at der foreligger et virkeligt tab, eller at der består en årsagsforbindelse mellem fejlen og tabet.

115 Hvad angår del nr. 2 er det Rådets opfattelse, at det hverken har tilsidesat princippet om god forvaltningsskik eller forbuddet mod forskelsbehandling, eller at det har anlagt et åbenbart urigtigt skøn. Rådet har tilføjet, at selv om det måtte antages, at det skulle være ansvarligt for en sådan fejl, har sagsøgeren hverken påvist, at der er tale om en alvorlig eller åbenbar fejl, at der foreligger et virkeligt tab, eller at der består en årsagsforbindelse mellem fejlen og tabet.

116 Rådet har, i modsætning til det af sagsøgeren påståede, hævdet, at kriterierne for tildeling af point hvad angår del nr. 2 ubestrideligt tillod Rådet at foretage en bedømmelse af sagsøgerens bud. Rådet har nemlig henledt opmærksomheden på, at 75% af disse points blev tildelt på grundlag af beregninger ud fra oplysninger fra de bydende, mens de resterende 25% blev fordelt ved tildeling af bedømmelsespoint.

117 Endelig har Rådet med henvisning til en »almindelig« bedømmelse (af Rådet beskrevet som »baseret på dokumentation, der faktisk er fremlagt af sagsøgeren med antagelsen om, at sagsøgeren ikke ville blive udelukket fra udbuddet«) og en »teoretisk« bedømmelse (af Rådet beskrevet som »baseret på sagsøgerens tildeling [af det højeste antal points, der tildeltes] den bydende, som fik det højeste antal points inden for hvert kriterium, bortset fra de tilfælde, hvor kriteriet er baseret på matematiske oplysninger i buddet«) angivet, at det kan påvise, hvad angår såvel del nr. 1, som del nr. 2, at sagsøgerens bud ikke endte på førstepladsen, og at kravet om, at der foreligger et virkeligt tab, derfor ikke er opfyldt i denne sag.

118 Hvis det antages, at Retten mod forventning skulle tiltræde sagsøgerens påstande om erstatning, finder Rådet under alle omstændigheder, hvad angår såvel del nr. 1 som del nr. 2, at der skal foretages en ny beregning af den erstatning, som sagsøgeren har

begæret, og at den skal begrænses til den årlige nettogevinst, som sagsøgeren kan påvise at ville have haft i forbindelse med den omhandlede kontrakt.

Rettens bemærkninger

119 Det fremgår af fast retspraksis, at Fællesskabets erstatningsansvar uden for kontraktforhold for dets organers ulovlige adfærd 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, af 16.10.1996, sag T-336/94, Efisol mod Kommissionen, Sml. II, s. 1343, præmis 30, og af 11.7.1997, sag T-267/94, Oleifici Italiani mod Kommissionen, Sml. II, s. 1239, præmis 20).

120 Hvis en af disse betingelser ikke er opfyldt, må sagsøgte frifindes i det hele, 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).

121 Selv om sagsøgeren har gjort gældende at have krav på erstatning for den skade, som selskabet har lidt som følge af, at begge dets bud blev afvist, skal påstandene om erstatning vurderes ved at sondre mellem den del af beslutningen af 13. oktober 2004, der vedrører del nr. 1, og den del, der vedrører del nr. 2.

Erstatningspåstanden hvad angår del nr. 1

122 Ifølge fast retspraksis skal en erstatningspåstand forkastes, hvis den har nær forbindelse med annullationspåstanden, og denne er blevet forkastet (jf. Rettens dom af 4.7.2002, sag T-340/99, Arne Mathisen mod Rådet, Sml. II, s. 2905, præmis 134 og den deri nævnte retspraksis).

123 Eftersom annullationspåstanden blev forkastet hvad angår del nr. 1, da den af sagsøgeren hævdede retsstridige adfærd ikke forelå, og eftersom erstatningspåstanden er nært forbundet med denne påstand, må erstatningspåstanden hvad angår del nr. 1 ligeledes forkastes.

Erstatningspåstanden hvad angår del nr. 2

124 Retten bemærker, at sagsøgeren kræver erstatning svarende til de beløb, som virksomheden ville have faktureret til Rådet, hvis den havde fået tildelt kontrakten, navnlig del nr. 2. Et sådant krav skal fortolkes som værende støttet ikke på den fortabte mulighed for at indgå kontrakten, men på tabet af selve kontrakten.

125 Sagsøgeren har imidlertid på ingen måde bevist, at selskabet ville have opnået kontrakten vedrørende del nr. 2, hvis der ikke havde foreligget en retsstridig adfærd vedrørende denne del. Sagsøgeren har højest gjort gældende, at eftersom Rådet ikke havde vedlagt den originale vurderingsrapport i sine påstande, var det ikke muligt at prøve, på hvilken baggrund sagsøgerens bud kunne have været udelukket fra det omtvistede udbud, selv hvis Rådet ikke havde begået en fejl.

126 Vedrørende dette sidste punkt kan Retten, eftersom Rådet som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten har fremlagt den originale vurderingsrapport, der blev oversendt til sagsøgeren, blot konstatere, at sagsøgeren, hvis den retsstridige adfærd, der blev fastslået ovenfor i præmis 106, ikke havde foreligget, under alle omstændigheder ikke ville være blevet tildelt kontrakten for så vidt angår del nr. 2. Sagsøgerens bud indtog nemlig ottende- og sidstepladsen i den originale vurderingsrapport fremlagt af Rådet.

127 Det følger af ovenstående betragtninger, at den skade, som sagsøgeren påstår at have lidt vedrørende del nr. 2, dvs. tabet af selve kontrakten, ikke er reel og sikker, men derimod hypotetisk, hvilket ikke kan danne grundlag for en erstatning, og dette er tilstrækkeligt til at afvise kravet om erstatning. Endvidere bemærkes for fuldstændighedens skyld, at der ikke foreligger nogen oplysninger — og sagsøgeren har heller ikke fremlagt nogen — der tyder på, at sagsøgeren på grund af den konstaterede retsstridige adfærd skulle have fortabt muligheden for at opnå kontrakten.

128 Følgelig kan sagsøgerens påstand om erstatning hvad angår del nr. 2 ikke tages til følge.

129 Herefter skal påstandene om erstatning forkastes i deres helhed.

Sagens omkostninger

130 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 3, kan Retten fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. På baggrund af sagens omstændigheder bør hver part bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

1) Rådet for Den Europæiske Unions beslutning af 13. oktober 2004 om ikke at acceptere Belfass SPRL's bud inden for rammerne af udbudsproceduren UCA-033/04 annulleres, for så vidt som den ikke accepterer Belfass' bud hvad angår del nr. 2.

2) I øvrigt frifindes Rådet.

3) Hver part bærer sine egne omkostninger.

Vilaras Martins Ribeiro Jürimäe

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. maj 2008.

E. Coulon M. Vilaras

Justitssekretær Afdelingsformand

Indhold

Retsforskrifter ..... II - 785

Tvistens baggrund ..... II - 791

Retsforhandlinger og parternes påstande ..... II - 794

Antagelse til realitetsbehandling af søgsmålet til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 vedrørende del nr. 2 ..... II - 796

Parternes argumenter ..... II - 796

Rettens bemærkninger ..... II - 797

Realiteten II - 800

Søgsmålet til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 vedrørende del nr. 1 ..... II - 800

Parternes argumenter ..... II - 800

Rettens bemærkninger ..... II - 804

Søgsmålet til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 hvad angår del nr. 2 ..... II - 806

Parternes argumenter ..... II - 806

Rettens bemærkninger ..... II - 810

— Realitetsbehandlingen af det fjerde anbringende angående en tilsidesættelse af gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, stk. 1 ..... II - 810

— Om søgsmålet til prøvelse af beslutningen af 13. oktober 2004 er begrundet hvad angår del nr. 2 ..... II - 811

Erstatningspåstanden ..... II - 815

Parternes argumenter ..... II - 815

Rettens bemærkninger ..... II - 818

Erstatningspåstanden hvad angår del nr. 1 ..... II - 819

Erstatningspåstanden hvad angår del nr. 2 ..... II - 819

Sagens omkostninger ..... II - 820