FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)
den 25 februari 2003 *

I mål T-4/01,

Renco SpA, Milano (Italien), företrätt av advokaterna D. Philippe och F. Apruzzi, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska unionens råd, företrätt av F. van Craeyenest och M. Arpio Santacruz, båda i egenskap av ombud, biträdda av advokaten J. Stuyck,

svarande,

angående en talan om ersättning för den skada sökanden påstår sig ha lidit till följd av att rådet beslutat att inte tilldela sökanden kontraktet enligt meddelandet om anbudsinfordran nr 107865 av den 30 juli 1999 (EGT S 146) beträffande anläggnings- och allmänna underhållsarbeten i rådets lokaler,

* Rättegångsspråk: franska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

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

justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 7 februari 2002,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

1 Rådets upphandling av bygg- och anläggningsarbeten regleras i bestämmelserna i avsnitt I i avdelning IV (artiklarna 56—64a) i budgetförordning av den 21 december 1977 för Europeiska gemenskapernas allmänna budget (EGT L 356, s 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 4, s. 3), senast ändrad genom rådets förordning (EG, EKSG, Euratom) nr 2673/1999 av den 13 december 1999 (EGT L 326, s. 1).

2 I artikel 56 i budgetförordningen föreskrivs att "varje institution [skall] ha samma förpliktelser som dem som åläggs medlemsstaternas myndigheter" enligt direktiven om offentlig upphandling av bygg- och anläggningstjänster när det belopp upphandlingen avser uppgår till eller överskrider de tröskelvärden som anges i dessa direktiv.

3 I förevarande mål utgörs referenslagstiftningen av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54) i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1).

4 I artikel 8 i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

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

..."

5 I artikel 18 i direktiv 93/37 i ändrad lydelse föreskrivs följande:

"Anbud skall prövas med utgångspunkt i de kriterier som fastställs [i artiklarna 30—32 i detta direktiv]..."

6 I artikel 30 i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

"1. De kriterier som de upphandlande myndigheterna skall följa vid prövning av anbud skall vara

a) antingen enbart det lägsta priset,

b) eller, då prövning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier beroende på kontraktets art, t.ex. pris, tid för fullgörande, driftkostnader, lönsamhet, teknisk förtjänst.

2. I det fall som avses i punkt 1 b skall de upphandlande myndigheterna i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange alla de kriterier som de avser att tillämpa, om möjligt efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först.

3....

4. Om anbud för ett visst kontrakt förefaller onormalt lågt i förhållande till arbetet, skall de upphandlande myndigheterna innan de förkastar dessa anbud kräva en skriftlig förklaring för de delar av anbuden de anser betydelsefulla i sammanhanget och kontrollera dessa delar med hänsyn till de förklaringar som inkommer.

De upphandlande myndigheterna får ta hänsyn till förklaringar beträffande ekonomi i byggnadssätt eller i valda tekniska lösningar, speciellt förmånliga omständigheter som gynnar anbudsgivaren vid arbetenas utförande, eller originaliteten i anbudsgivarens förslag till utförande.

..."

Bakgrund

7 I meddelande nr 107865, som publicerades den 30 juli 1999 (EGT S 146), inledde rådets generalsekretariat ett selektivt förfarande för anbudsinfordran beträffande anläggnings- och allmänna underhållsarbeten i rådets lokaler i Bryssel. Meddelandet ersatte ett annat meddelande av den 4 juni 1999 (EGT S 107). Upphandlingen avsåg ett ramavtal för fem år med möjlighet till förlängning i perioder av tolv månader. Det angavs vidare i meddelandet att "[å]r 1998 var storleksordningen på kostnaderna för anläggningsarbete och allmänt underhållsarbete 5 000 000 EUR".

8 I kontraktshandlingarna föreskrivs i punkt IV.5, "Kriterier för tilldelning", följande:

a) "[Rådets generalsekretariat] kommer, med beaktande av den information som företagen lämnat, att bland de anbud det mottagit välja det mest fördelaktiga anbudet. Därvid kommer följande kriterier att ges särskild vikt:

— anbudets överensstämmelse,

— priset,

— erfarenhet och kompetens avseende genomförandet av liknande projekt hos de fasta medarbetarna i företaget,

— företagets erfarenhet och tekniska kapacitet,

— föreslagen säkerhetskoordinator,

— kvaliteten på de underentreprenörer och leverantörer som har föreslagits,

— den tekniska kvaliteten på den utrustning och det material som föreslagits,

— de åtgärder som föreslagits för att säkerställa iakttagandet av stadgade frister för genomförandet.

..."

9 I kontraktshandlingarna angavs vidare att upphandlingen avsåg ett ramavtal med allmänna bestämmelser av administrativ och teknisk art och bestämmelser om sättet för fastställande av pris, kvalitet och frister.

10 Enligt kontraktshandlingarna var tre typer av prestationer aktuella. För det första skulle uppdragstagaren sätta samman ett fast arbetslag med sexton personer och olika kunskaper. Arbetslagets uppgift var dels att förbereda, leda och samordna anläggnings- och underhållsarbetena, dels att genomföra en del av dessa arbeten. Anbudsgivarna skulle i del A i beräkningen ange kostnaden per timme för var och en i gruppen av fasta medarbetare och den totala kostnaden för det arbete som denna grupp skulle utföra, beräknat på en arbetstid av 1 800 timmar per person. Vidare skulle inrednings- och underhållsarbeten som ännu inte definierats av rådet utföras. För dessa arbeten skulle anbudsgivarna ange, i del B i beräkningen, priset för varje post i en lista med exempel på olika typer av arbetsmoment och material. Slutligen avsågs sju arbeten som rådet definierat när anbudsinfordran publicerades, men vars eventuella utförande kunde beslutas av rådet vid ett senare tillfälle. Anbudsgivarna skulle ange priset för detta arbete i del C i beräkningen.

11 Enligt kontraktshandlingarna skulle ersättningen för arbeten som utfördes av gruppen av fasta medarbetare beräknas på grundval av de överenskomna timkostnaderna och det antal timmar som den arbetat, medan de arbeten som avsågs i del B och C i beräkningen skulle ersättas enligt anbudet. I de tre ovan angivna fallen skulle anbudsgivarna utforma sina priser och prislistor med hänsyn till att de, för att täcka "allmänna förvaltningskostnader i företaget", vid fakturering skulle ökas med en fastställd koefficient.

12 Av kontraktshandlingarna framgick nämligen att "kostnader som hänför sig till företagets huvudkontor eller därmed förbundna prestationer, såsom [i synnerhet] indirekta personalkostnader i den mån dessa inte innefattats i prislistor, personaladministration, allmänna kostnader i verksamheten, bokföringskostnader, allriskförsäkringar och försäkringar för ansvar mot tredje man, garantier för slutförande av arbetet, ersättning till företagsledningen, utbildningskostnader för personalen, företagets skatter och dess vinst" inte ingick i de priser och

prislistor som avses i del A, del B och del C i beräkningen. Företagets "allmänna förvaltningskostnader" såsom de ovan angivna skulle ersättas genom att priset ökades med en fastställd koefficient, eller genom en koefficient som anbudsgivarna angivit i anbuden och som tillämpas på priser och prislistor enligt del A, del B eller del C i beräkningen. Det framgår vidare av handlingarna i målet att när den som tilldelats kontraktet anlitar underentreprenörer för att utföra visst arbete har han rätt att använda den koefficient han angivit i anbudet på underentreprenörens pris. Detta arbete kan ha angivits eller inte angivits i kontraktshandlingarna.

13 De priser som omfattades av del A och del B var endast en beräknad kostnad för prestationer under ett års tid, medan priset enligt del C var priset för vissa projekt som specificerats och som skulle utföras under hela avtalstiden.

14 De totalt åtta anbudsgivarna informerades den 28 oktober 1999 om att de valts ut att delta i en selektiv upphandling. Av dessa åtta inkom tre med anbud. Dessa var Strabag Benelux N.V. (nedan kallat Strabag), bolaget Entreprises Louis De Waele (nedan kallat De Waele) och sökanden.

15 Sökanden inkom den 11 januari 2000 med ett anbud uppgående till 3 946 745,49 euro per år. Detta anbud bedömdes uppfylla villkoren i kontraktshandlingarna.

16 Efter en första granskning av sökandens anbud ansåg rådet att vissa priser föreföll vara "onormalt låga" och att andra priser "inte ens täckte kostnaden för material och utrustning". I en skrivelse av den 20 januari 2000 uppmanade rådet

sökanden att bekräfta sina beräkningar. Sökanden informerades vidare om att den inte angett vissa priser på köksutrustning.

17 Sökanden bekräftade sina priser i en skrivelse till rådet av den 24 januari 2000 och förnekade att dessa skulle vara onormalt låga. Sökanden anförde följande:

"... vi har utformat och värderat vårt anbud med yttersta noggrannhet, och involverat våra vanliga leverantörer (med vilka vi arbetat i stor omfattning under många år) i våra prisberäkningar. Vårt anbud har därvid lämnats i syfte att vara ytterst konkurrenskraftigt (med iakttagande av samtliga tekniska specifikationer) för att vi skulle tilldelas uppdraget."

18 Rådet begärde i en skrivelse av den 1 februari 2000 upplysningar från sökanden angående vissa prisuppgifter som inte tagits med i anbudet. Rådet anförde vidare att även om sökanden i sin skrivelse av den 24 januari 2000 bekräftat de priser som rådet ansett vara onormalt låga, innehöll den skrivelsen inget som motiverade dessa låga priser. Vissa av dessa priser, i synnerhet på det sanitära området, täckte inte ens materialkostnaderna. Rådet begärde vidare ytterligare information avseende ett hundratal poster.

19 Sökandens och rådets representanter möttes i Bryssel den 9 februari 2000 för att klargöra vissa aspekter i anbudet. Efter detta möte besvarade sökanden i en skrivelse av den 11 februari 2000 formellt rådets skrivelse av den 1 februari 2000. Sökanden höll därvid generellt fast vid de priser som angivits i anbudet av den

11 januari 2000, och motiverade detta med att den totala summan gjorde det möjligt att kompensera vissa priser med andra. Sökanden har därvid anfört följande:

"Vår ambition är att prissätta varje projekt utifrån en helhetsbedömning. Kostnadsfördelningen är därvid inte alltid homogen. Denna arbetsmetod gör det möjligt för oss att spara tid vid utformningen av anbudet. Detta gäller inte bara kostnader, utan också intäkter. I förevarande fall bekräftar vi vår vilja att helt eller delvis utföra arbetena enligt vårt anbud och era krav. Det är vår sak att värdera de risker som är förbundna med detta."

20 Genom beslut av den 12 april 2000, efter ett yttrande från Rådgivande kommittén för upphandling och kontrakt (nedan kallad Rådgivande kommittén) av den 5 april 2000 och efter en rapport av samma dag som tillställts denna (nedan kallad Rådgivande kommitténs rapport), lämnade rådet uppdraget till De Waele, vars anbud uppgick till 4 088 938,10 euro per år. Beslutet tillkännagavs i meddelande nr 054869, som publicerades den 29 april 2000 (EGT S 84).

21 Rådet informerade i en skrivelse av den 14 april 2000 sökanden om att anbudet avslagits.

22 Sökanden begärde i en skrivelse av den 26 april 2000 att rådet inom åtta dagar skulle redovisa "sina officiella skäl för att inte tilldela sökanden kontraktet". I en skrivelse av den 10 maj 2000 upprepade sökanden denna begäran.

23 Rådet besvarade i en skrivelse av den 11 maj 2000 sökandens begäran på följande sätt:

"Urvalskriterierna för upphandlingen har, i enlighet med bestämmelserna i rådets direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, angivits i kontraktshandlingarna till anbudsinfordran...

De tre anbud som mottogs den 11 januari 2000 har således jämförts och bedömts utifrån dessa kriterier. Denna bedömning har lett till att De Waele tilldelats kontraktet, eftersom det företaget lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Jag upplyser er om att Rencos anbud inte avseende något av de åtta kriterier som angivits i kontraktshandlingarna bedömts vara fördelaktigare än De Waeles anbud."

24 Sökanden, som ansåg sitt anbud vara förmånligare än De Waeles, begärde i en skrivelse av den 15 maj 2000 kompletterande upplysningar från rådet angående skälen till att dess anbud inte godtagits.

25 Sökanden begärde i ett telefax av den 24 maj 2000 att få svar på sin skrivelse av den 15 maj 2000. Sökanden upprepade i en skrivelse av den 2 juni 2000 sin begäran enligt skrivelsen av den 26 april 2000. Sökanden begärde vidare att få "en kopia av urvalskommitténs protokoll över bedömningen av de anbud som lämnats inom ramen för den aktuella upphandlingen".

26 Rådet besvarade i en skrivelse av den 14 juni 2000 sökandens skrivelser av den 15 maj och den 2 juni 2000, och tillhandahöll ytterligare upplysningar angående

skälen till att anbudet avslagits. Rådet angav bedömningen av sökandens anbud jämfört med De Waeles och Strabags anbud avseende samtliga åtta kriterier för tilldelning. Vad mer specifikt avser priset anförde rådet att sökandens anbud kom på tredje plats "med hänsyn till det mycket stora antalet onormalt låga priser som [sökanden] inte adekvat motiverat..., den höga koefficienten för allmänna kostnader [och att det var] det högsta anbudet när hela den femåriga avtalstiden skall bedömas". Rådet anförde därefter följande:

"Även om [sökandens] anbud i ett kortare tidsperspektiv förefaller vara det minst kostsamma har det inte antagits, dels på grund av det höga priset, utslaget över hela den femåriga avtalstiden och ett stort antal oklarheter i [sökandens] prisuppgifter, dels att anbudet i övriga delar inte på någon punkt har bedömts vara fördelaktigare än De Waeles."

27 Sökanden begärde i en skrivelse av den 21 juni 2000 på nytt att rådet skulle sända sökanden en kopia av akten i ärendet. Rådet avslog i en skrivelse av den 4 juli 2000 denna begäran.

28 Sökanden har, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 3 augusti 2000, registrerat med målnummer T-205/00, väckt talan om ogiltigförklaring av rådets beslut av den 4 juli 2000 om att avslå sökandens begäran om att erhålla en kopia av akten i ärendet.

29 Sökanden har, genom skrivelse som inkom till förstainstansrättens kansli den 5 februari 2001, upplyst förstainstansrätten om att rådet slutligen genom kansliets försorg lämnat ut en kopia av akten i samband med att det ingav sitt svaromål av den 12 oktober 2000, och att sökanden därför återkallat sin talan i mål T-205/00.

Förfarande och parternas yttranden

30 Sökanden har väckt talan i förevarande mål genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 5 januari 2001.

31 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (femte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och att såsom en processledande åtgärd i enlighet med artikel 64 i rättegångsreglerna ställa skriftliga frågor till parterna och förelägga rådet att tillhandahålla upplysningar, vilka åligganden parterna utfört inom den förelagda fristen.

32 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 7 februari 2002.

33 Sökanden har yrkat att förstainstansrättens skall

— förklara att talan kan upptas till prövning,

— förplikta rådet att betala skadestånd och kompensationsränta från den 12 april 2000 med sammanlagt 26 063 000 euro, och

— förplikta rådet att ersätta rättegångskostnaderna.

34 Rådet har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Bedömning

35 Sökanden har begärt skadestånd med 26 063 000 euro för den skada sökanden lidit till följd av att rådet inte iakttagit gällande bestämmelser vid den ifrågavarande upphandlingen. Sökanden har gjort gällande att rådet överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning och uppenbart brustit i omsorg i genomförandet av upphandlingsförfarandet. Rådet har därvid brustit i följande avseenden:

— Det har i kontraktshandlingarna till anbudsinfordran använt sig av kriterier som är alltför vaga, vilket medfört ett större utrymme för skönsmässig bedömning än vad som motiveras av upphandlingens syfte.

— Det har vid tilldelningen av kontraktet använt kriterier som inte angivits i kontraktshandlingarna och därigenom åsidosatt bland annat artikel 18 i direktiv 93/37 samt skyddet för sökandens berättigade förväntningar.

— Det har inte angivit några skäl till varför sökandens anbud avslagits.

36 Rådet har i första hand gjort gällande att sökandens yrkande saknar grund och i andra hand att det yrkade beloppet är orimligt högt. Det har förnekat att det skulle ha gjort sig skyldigt till någon av de överträdelser som sökanden åberopat, och under alla förhållanden att "dessa överträdelser inte är tillräckligt klara" i den mening som avses i domstolens praxis. Rådet har därvid hänvisat till domstolens dom av den 4 juli 2000 i mål C-352/98 P, Bergaderm och Goupil mot kommissionen (REG 2000, s. I-5291), i vilken den fastslog att det bara är när den ifrågavarande institutionen endast förfogat över ett i hög grad begränsat, eller till och med obefintligt, utrymme för skönsmässig bedömning som åsidosättandet av gemenskapsrätten automatiskt skall anses utgöra en sådan tillräckligt klar överträdelse som ger upphov till utomobligatoriskt skadeståndsansvar enligt artikel 288 EG. Enligt domstolens fasta praxis har rådet, i likhet med de andra institutionerna, ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vad som skall beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran och att förstainstansrättens prövning endast skall avse en kontroll av att det inte har förekommit allvarliga och uppenbara fel (domstolens dom av den 23 november 1978 i mål 56/77, Agence européenne d'intérims mot kommissionen, REG 1978, s. 2215, punkt 20, och förstainstansrättens dom av den 8 maj 1996 i mål T-19/95, Adia intérim mot kommissionen, REG 1996, s. II-321, punkt 49, av den 17 december 1998, i mål T-203/96, Embassy Limousines & Services mot parlamentet, REG 1998, s. II-4239, punkt 56, och av den 6 juli 2000 i mål T-139/99, AICS mot parlamentet, REG 2000, s. II-2849).

Parternas yttranden

Användningen av vaga urvalskriterier

37 Sökanden har åberopat att rådet använt alltför vaga urvalskriterier i kontraktshandlingarna. Sökanden har anfört att "det framgår nämligen av kontrakts-

handlingarna att... omständigheter som hör samman med uppdragstagarens eller dennes underentreprenörers förmåga skulle tillmätas stor vikt; kriterier som hänförde sig till själva anbudet saknades, förbluffande nog, däremot nästan helt, med undantag för kriterierna 'överensstämmelse' och 'pris'", och att "endast objektiva kriterier i förhållande till genomförandet av uppdraget, och således i förhållande till anbudet, [skulle ha] kunnat säkerställa likabehandlingen av anbudsgivarna och sålunda undvika beslut som svårligen kan motiveras". Vidare uppräknas i artikel 30.1 b i direktiv 93/37 angående "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" endast omständigheter som kan hänföras till själva anbudet, bland vilka vissa av de kriterier som använts i kontraktshandlingarna, såsom företagets erfarenhet och tekniska kapacitet eller eventuella underentreprenörers eller leverantörers kvalitet, inte ingår, eftersom dessa är alltför svåra att bedöma.

38 Rådet har anfört att det i anbudsinfordran angivits klart vilka åtta kriterier som skulle ligga till grund för tilldelningsbeslutet (se punkt 8 ovan). Det framgick klart att priset och överensstämmelse med kraven i kontraktshandlingarna inte skulle vara de enda kriterier som skulle beaktas, utan att tilldelningen skulle grunda sig på "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" i den mening som avses i artikel 30.1 b i direktiv 93/37 ovan (se punkt 6 ovan). Rådet har gjort gällande att denna bestämmelse endast förtecknar ett antal exempel på kriterier som får beaktas och som kan variera i förhållande till den aktuella upphandlingen. I förevarande fall har det i anbudsinfordran tydligt angivits åtta kriterier, däribland företagets erfarenhet och tekniska kapacitet samt eventuella underentreprenörers eller leverantörers kvalitet. Rådet har anfört att sökanden inte visat att rådet uppenbart och allvarligt överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställande av dessa kriterier. Rådet har vidare anfört att det framgår bland annat av såväl dess skriftväxling med sökanden som av rådgivande kommitténs rapport att rådet på ett objektivt sätt bedömt de tre anbuden utifrån de åtta kriterier det angivit i kontraktshandlingarna.

Användning av kriterier som inte angivits i kontraktshandlingarna

39 Sökanden har anfört att rådet inte grundat sitt val av entreprenör på de kriterier som angavs i kontraktshandlingarna. Sökanden har hävdat att dess anbud

överensstämde med kontraktshandlingarna, att det på ett tillfredsställande vis uppfyllde andra villkor och att sökandens pris var avsevärt lägre än de övriga anbudsgivarnas. Genom att tillämpa andra kriterier som sökanden inte känt till har rådet åsidosatt sökandens berättigade förväntningar på att upphandlingsförfarandet skall förlöpa rättsenligt och enligt angivna villkor och underlåtit att visa den omsorg som ankommer på gemenskapens institutioner (förstainstansrättens dom av den 19 mars 1997 i mål T-73/95, Oliveira mot kommissionen, REG 1997, s. II-381). Rådet har som huvudskäl för att inte anta sökandens anbud angett det onormalt låga priset, en alltför hög koefficient och det höga priset sett över hela den femåriga avtalstid som upphandlingen avsåg. Sökanden har emellertid lämnat tillfredsställande förklaringar avseende hur företaget bestämt var och en av dessa faktorer, och därvid visat att de verkliga kriterier som styrt rådets val varit osakliga och åsidosatt skyddet för sökandens berättigade förväntningar. Sökanden har gjort gällande att om rådet hade hållit sig till kontraktshandlingarna skulle det inte ha funnits några skäl att inte välja sökandens anbud.

40 Vad avser påståendet om onormalt låga priser kan dessa enligt sökanden förklaras av att "de priser som angivits i anbudet varit totalpriser och inte priset per enhet, och vissa låga priser kan därför kompenseras av att andra priser är högre" (se, bland annat, punkterna 17 och 19 ovan). Sökanden har vidare i sin skrivelse av den 24 januari 2000 (se punkt 17 ovan) beskrivit sin nära relation med sina vanliga leverantörer. I artikel 30.4 i direktiv 93/37 föreskrivs inte någon skyldighet för den upphandlande att avslå anbud där priset är onormalt lågt, utan endast att begära ytterligare upplysningar om sådana anbud. Angivandet av låga enhetspriser samtidigt som totalpriset inte varit onormalt lågt kan således inte motivera rådets beslut.

41 Vad avser koefficienten för allmänna kostnader har sökanden uttryckt förvåning över att rådet ansett en koefficient på 20 procent vara hög och över att rådet inte ifrågasatt att De Waele och Strabag angivit så låga koefficienter som 6—8 procent, trots att den måste grundas på alla de omständigheter som angivits i

punkt 12 ovan. Sökanden har angivit koefficienten 20 procent efter att ha beaktat principer om god företagsledning, vilka gjorde det omöjligt att beakta de nio angivna kostnaderna inom en marginal på 6—8 procent. Det har vidare inte angivits i kontraktshandlingarna att denna koefficient skulle vara så låg som möjligt.

42 Vad avser beräkningen av priset under hela den femåriga avtalstiden har rådet felaktigt fastslagit att sökandens anbud skulle vara det minst förmånliga. Sökanden har gjort gällande att detta kriterium inte framgår av kontraktshandlingarna och att denna beräkningsmetod således inte kunde förutses när anbudet lämnades. Sökanden har vidare hävdat att beräkningsmetoden är felaktig, eftersom den tenderar att beräkna ett totalpris som inte motsvarar de verkliga kostnaderna under denna avtalstid. Vissa priser var av den arten att de sannolikt skulle variera från tid till annan, medan andra endast skulle vara aktuella vid ett enda tillfälle.

43 Sökanden har vidare gjort gällande att företaget varit det enda som uppfyllt kontraktshandlingarna och fördelat sin vinstmarginal avseende priset för "del A" — såsom föreskrivits i de officiella handlingarna om anbudsinfordran — medan Strabag och De Waele fördelat denna på posterna i del B och del C. Mot den bakgrunden är det naturligt att en totalberäkning endast utifrån del A är till nackdel för sökanden och att dess anbud i denna del är högre än de andra företagens anbud (se punkterna 10—13 ovan). Rådet har till och med kumulerat de ekonomiska verkningarna av koefficienten för allmänna kostnader och den totala avtalstiden, trots att dessa omständigheter i själva verket är desamma.

44 Sökanden har åberopat att den metod som rådet använt för att bedöma kriterierna erfarenhet och teknisk kapacitet varken beskrivits eller framgår i övrigt.

45 Rådet har, till stöd för sitt bestridande av sökandens talan i denna del, anfört att det har grundat sitt slutliga beslut på de kriterier som angivits i anbudsinfordran och i kontraktshandlingarna samt på en noggrann prövning av de tre anbuden utifrån vart och ett av kriterierna.

46 Rådet har angivit att prövningen av sökandens anbud föranlett följande bedömning:

"— överensstämmelse med kraven i kontraktshandlingarna: likställd med övriga tre anbudsgivare...

— pris: [sökanden] på tredje plats,

— kvalitetskriterier: avseende tre kriterier har [sökanden] placerat sig sist, avseende ett kriterium har [sökanden] placerat sig på delad sista plats, och avseende två kriteri[er] är de tre anbudsgivarna likvärdiga."

47 Enligt rådet är kriteriets överensstämmelse ett absolut kriterium i den meningen att det företag som inte uppfyller det genast är diskvalificerat utan att det är nödvändigt att pröva anbudet i övrigt. Priset är ett objektivt kriterium som gör det möjligt att rangordna anbuden. Det minst kostsamma anbudet är det mest intressanta under förutsättning att det uppfyller kvalitetskriterierna. Övriga kriterier var samtliga av kvalitativ art och möjliggjorde en bedömning av företagets kvalitet, kapaciteten hos företag och medarbetare och de föreslagna metoderna. De var emellertid mindre viktiga än pris och överensstämmelse, eftersom kvalitetskriterierna redan delvis prövats under den inledande fasen av anbudsförfarandet, på grundval av företagens presentationsmaterial.

48 Vad avser de onormalt låga priserna har rådet anfört att det enligt artikel 30.4 i direktiv 93/37 är skyldigt att avslå varje anbud där ett onormalt lågt pris inte motiverats. Den bestämmelsen gör det möjligt för rådet att begära kompletterande upplysningar avseende onormalt låga priser och avslå anbud när förklaringen inte är övertygande. Rådet har med stöd av denna bestämmelse begärt upplysningar av sökanden avseende ett stort antal onormalt låga priser, men sökandens svar var vaga och begränsade sig till ett påstående om att de var korrekta (se särskilt punkterna 16—19 ovan). Sökandens sätt att göra en "helhetsbedömning" vid besvarandet av en anbudsinfordran inbjuder till spekulation, och kan därför inte godtas.

49 Rådet har, beträffande koefficienten för allmänna kostnader, gjort gällande att detta är en viktig punkt i hanteringen av ett uppdrag. Den skall tillämpas på grundpriset för varje prestation och återfinns, eftersom den ingår i kriteriet totalpriset, i kontraktshandlingarna (se punkterna 11 och 12 ovan). Denna koefficient var mycket hög i sökandens anbud, medan den var avsevärt lägre och i större överensstämmelse med det sedvanliga på marknaden hos de övriga två anbudsgivarna. Den höga koefficient som sökanden föreslagit skulle således ha utgjort en ekonomisk risk för rådet om det för de arbeten som inte angivits i beräkningen skulle bli nödvändigt att anlita underentreprenörer. I ett sådant fall skulle den verkliga kostnaden för rådet utgöras av kostnaderna för underentreprenaden eller materialet ökat med denna koefficient. Rådets kostnader kunde således komma att bli avsevärt högre i sökandens fall än de övriga två anbudsgivarnas. Det åligger således sökanden att visa att rådet allvarligt och uppenbart överskridit sitt utrymme för skönsmässig bedömning genom att slå fast att den av sökanden föreslagna koefficienten på 20 procent utgjorde en ekonomisk risk för rådet. Sökanden har heller inte anfört några omständigheter till stöd för sitt påstående att det var omöjligt att få täckning för de nio kostnader som angivits i kontraktshandlingarna (se punkt 12 ovan) med en koefficient på 6—8 procent, en marginal som var den sedvanliga på marknaden.

50 Rådet har även gjort gällande att det låg i dess intresse att jämföra priset för hela avtalstiden, och inte bara för ett enda år. Eftersom det i kontraktshandlingarna

angavs att avtalstiden var fem år var det normalt och i rådets intresse att undersöka kostnaderna för hela denna period. Till följd av den höga koefficienten var sökandens anbud inte det mest fördelaktiga, sett över hela denna period. De arbeten som angavs i bilaga C till anbudet (definierade projekt) skulle endast komma att utföras vid ett tillfälle, medan arbetena i del A och del B kunde vara hela avtalstiden. Rådets bedömning av anbuden i ekonomiskt hänseende har skett utifrån objektiva och identiska kriterier. "Dessa två kriterier [framgick] klart av kontraktshandlingarna:

— Den teoretiska mängden arbete under ett år (= priset i anbudet) eller A + B + 50 procent C.

— Den teoretiska mängden arbete under fem år (= avtalstiden) eller 5A + 5B + 100 procent C."

51 Rådet har, beträffande vad sökanden anfört om att rådet skulle ha kumulerat den höga koefficienten med avtalstiden (se punkt 43 ovan), sagt sig inte förstå vad sökanden avser.

52 Vad gäller kvalitetskriterierna har rådet framhållit avsaknaden av ett användbart svar från sökanden såvitt avser det femte kriteriet (angående säkerhetskoordinator) och det otillfredsställande svaret beträffande det sjätte kriteriet (avseende underentreprenörer).

Avsaknad av motivering

53 Sökanden har gjort gällande att rådet på ett uppenbart sätt åsidosatt bestämmelserna i artikel 8 i direktiv 93/37, enligt vilka rådet inom femton dagar från begäran skall upplysa om skälen till att anbudet inte antagits. Sökanden har vidare hävdat att rådet även åsidosatt de nationella bestämmelser (belgisk lag av den 24 december 1993 om offentlig upphandling av varor samt vissa tjänster och bygg- och anläggningsarbeten) som var tillämpliga på upphandlingsförfarandet. Enligt dessa bestämmelser skall den upphandlande enheten motivera sitt beslut, och där föreskrivs också ett förbud mot diskriminerande metoder. Rådet har i förevarande fall tillämpat vaga kriterier som gjort det omöjligt för sökanden att bedöma sina möjligheter att tilldelas uppdraget eller motiveringen för det fattade beslutet.

54 Sökanden har hävdat att tillämpningen av belgisk lag inte kan uteslutas endast med hänvisning till att direktiv 93/37 innehåller bestämmelser om insyn och motiveringsplikt för gemenskapens upphandlande enheter. I kontraktshandlingarna har nämligen angivits att "med förbehåll för de specifika bestämmelser som gäller för gemenskapen skall belgisk rätt tillämpas på upphandlingen". Sökanden har vidare anfört att återkallandet av talan i mål T-205/00 (se punkterna 28 och 29 ovan) inte innebär att sökanden avstått från sin rätt annat än för tillfället. Den talan avsåg endast rådets underlåtenhet att tillhandahålla den administrativa akten som sökanden begärt och inte huruvida rådets beslut att inte tilldela sökanden uppdraget var rättsenligt. Sökanden har i alla händelser rätt att mot det beslutet anföra invändningen att det i strid med artikel 8 i direktiv 93/37 inte motiverats tillräckligt.

55 Sökanden har anfört att rådets skrivelse av den 11 maj 2000 (se punkt 23 ovan), som var rådets första svar på sökandens begäran att rådet skulle ange "sina officiella skäl för att inte tilldela sökanden uppdraget", inte skall anses utgöra en motivering i den mening som avses i direktiv 93/37, eftersom det i skrivelsen inte anförs några skäl. Vidare skall rådets skrivelse av den 14 juni 2000 (se punkt 26

ovan) heller inte anses uppfylla motiveringsplikten, eftersom den dels skickats mer än en och en halv månad efter sökandens första begäran och en månad efter den förnyade begäran av den 15 maj 2000 (se punkt 24 ovan), dels endast innehöll en rangordning av de tre anbudsgivarna, utan att några skäl till denna rangordning angivits avseende andra kriterier än priset, där sökanden invänt mot tillämpningen.

56 Rådet har anfört att sökandens talan i denna del är svår att förstå och saknar grund. Den belgiska lagen av den 24 december 1993 är inte tillämplig, eftersom rådet, i egenskap av upphandlande enhet vid en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, är "skyldigt att iaktta bestämmelserna i direktiv 93/37, som exklusivt reglerar förfarandets öppenhet och den upphandlande myndighetens motiveringsskyldighet".

57 Rådet har framhållit att sökanden, med stöd av artikel 8.1 i direktivet, har fört talan om ogiltigförklaring av rådets beslut att inte lämna ut "akten i ärendet" och att sökanden återkallat denna talan, eftersom rådet under förfarandet vid förstainstansrätten lämnat ut akten. Sökandens beslut att återkalla talan grundas på att sökanden inte längre anser att motiveringen till beslutet att inte lämna ut akten var rättsstridig.

58 Rådet har gjort gällande att det uppfyllt sin motiveringsskyldighet enligt direktiv 93/37, att det till att börja med informerade sökanden om beslutet i sin skrivelse av den 14 april 2000 och att det därefter i en skrivelse av den 11 maj 2000 besvarade sökandens begäran av den 26 april och 10 maj 2000 att ange "sina officiella skäl" för att inte tilldela sökanden kontraktet. Rådet informerade i skrivelsen av den 11 maj 2000 sökanden om det förfarande som tillämpats samt skälen till att avslå sökandens anbud och till att anta De Waeles.

Förstainstansrättens bedömning

59 I artikel 288 andra stycket EG föreskrivs att gemenskapen beträffande utomobligatoriskt ansvar skall ersätta skada, som orsakats av dess institutioner eller av dess anställda under tjänsteutövning, i enlighet med de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar.

60 Gemenskapens utomobligatoriska ansvar förutsätter att flera villkor är uppfyllda, nämligen att institutionens agerande är rättsstridigt, att det verkligen föreligger en skada och att det finns ett orsakssamband mellan agerandet och den åberopade skadan. Vad avser den första av dessa förutsättningar är kravet enligt rättspraxis att det skall vara fråga om en tillräckligt klar överträdelse av en rättsregel som har till syfte att skydda enskilda (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet Bergaderm och Goupil mot kommissionen, punkt 42, och förstainstansrättens dom av den 11 januari 2002 i mål T-210/00, Biret och Cie mot rådet, REG 2002, s. II-47, punkt 52). Om ett av dessa villkor inte är uppfyllt skall talan ogillas i sin helhet, utan att det är nödvändigt att pröva de andra villkoren för nämnda ansvar (domstolens dom av den 15 september 1994 i mål C-146/91, KYDEP mot rådet och kommissionen, REG 1994, s. I-4199, punkt 19).

61 Vad gäller villkoret om rättsstridighet i institutionens agerande har sökanden anfört att rådet åsidosatt bestämmelserna i direktiv 93/37 genom att överskrida gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning och genom att uppenbart brista i omsorg vid genomförandet av upphandlingsförfarandet på sätt som angivits i punkt 35 ovan.

62 Enligt domstolens fasta praxis har rådet, i likhet med de andra institutionerna, ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vad som skall beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran (domarna i de ovannämnda målen Agence européenne d'intérims mot kommissionen, punkt 20, Adia intérim mot kommissionen, punkt 49, och Embassy Limousines & Services mot parlamentet, punkt 56).

63 När den ifrågavarande institutionen förfogar över ett handlingsutrymme är det avgörande kriteriet för att anse att en överträdelse av gemenskapsrätten är tillräckligt klar att en medlemsstat eller en gemenskapsinstitution uppenbart och allvarligt har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning (dom av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame m.fl., REG 1996, s. I-1029, punkt 55, av den 8 oktober 1996 i de förenade målen C-178/94, C-179/94 och C-188/94—C-190/94, Dillenkofer m.fl., REG 1996, s. I-4845, punkt 25, och domen i det ovannämnda målet Bergaderm och Goupil mot kommissionen, punkt 43). Härav följer att det första villkoret för att gemenskapen skall vara utomobligatoriskt skadeståndsansvarig endast skall anses vara uppfyllt om det visas att rådet gjort sig skyldigt till de fel och brister som sökanden gjort gällande enligt punkt 35 ovan, och att dessa skall anses utgöra ett uppenbart och allvarligt överskridande av gränserna för dess utrymme för skönsmässig bedömning i samband med upphandling.

Inledande anmärkningar

64 Förstainstansrätten påminner inledningsvis om vissa särdrag i den ifrågavarande upphandlingen. För det första skulle det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas och inte det med lägsta priset. Detta innebär att olika kriterier beroende på kontraktets art skall beaktas (se bland annat punkt 65 nedan). För det andra

avsåg upphandlingen ett ramavtal för fem år med möjlighet till förlängning i perioder av tolv månader. För det tredje rörde upphandlingen tre olika typer av prestationer, mellan vilka sättet att bestämma priset varierade. Dessutom innehöll del B i kontraktet en betydande mängd arbeten som skulle bestämmas och ersättas under avtalstiden. Med hänsyn till dessa särdrag i den ifrågavarande upphandlingen innebar rådets jämförelse av de olika anbuden med nödvändighet inte endast ett bekräftande av att de priser som angivits i anbuden var exakta och tillförlitliga, utan också en bedömning, på grundval av villkoren i upphandlingen och de priser som angivits i anbuden, av totalkostnaden för de typer av prestationer som upphandlingen omfattade under fem års tid.

Användningen av vaga kriterier

65 Förstainstansrätten framhåller, såvitt avser påståendet att kriterierna för tilldelning av kontraktet varit vaga, att rådet i enlighet med artikel 30.1 i direktiv 93/37 i sin anbudsinfordran inte angett "endast det lägsta priset" som kriterium, utan "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet". I artikel 30.1 b i direktiv 93/37 föreskrivs därvid att hänsyn skall tas till "olika kriterier beroende på kontraktets art, t.ex. pris, tid för fullgörande, driftkostnader, lönsamhet, teknisk förtjänst".

66 Det framgår av artikel 30.2 i direktiv 93/37 att när tilldelning skall ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall alla kriterier för denna tilldelning framgå av kontraktshandlingarna. Rådet ges i denna bestäm-

melse frihet att välja de kriterier det skall använda, så länge dessa syftar till att utpeka det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Rådet skall nämligen, i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, kunna bedöma de inkomna anbuden och fatta ett beslut med tillämpning av kvalitativa och kvantitativa kriterier som kan variera beroende på kontraktets art (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 maj 1985 i mål 274/83, kommissionen mot Italien, REG 1985, s. 1077, punkt 25).

67 Förstainstansrätten påminner om att domstolen, inom ramen för motsvarande bestämmelser i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), har konstaterat att artikel 36.1 a i det direktivet skall tolkas så att det inte är nödvändigt att samtliga kriterier som den upphandlande myndigheten tillämpar för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är av rent ekonomisk art, eftersom det inte kan uteslutas att faktorer som inte är av rent ekonomisk art kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten (dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland, REG 2002, s. I-7213, punkt 55).

68 Artikel 30.1 b i direktiv 93/37 skall således tolkas så, att det inte var nödvändigt att samtliga kriterier som rådet tillämpade för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet var av kvantitativ art eller tog sikte på priset eller beräkningen. Olika faktorer som inte är rent kvantitativa kan nämligen påverka hur uppdraget utförs, och därmed anbudets ekonomiska värde. Företagets och dess medarbetares erfarenhet och tekniska förmåga, vanan vid den typ av uppdrag som upphandlingen avser och kvaliteten på de underentreprenörer och leverantörer som har föreslagits är alla kvalitativa faktorer, vilka kan medföra förseningar eller nödvändiggöra tilläggsarbeten när de inte uppfyller de krav som ställts i upphandlingen. Härav följer att även om vissa av de kriterier för prövning av ett företags förmåga att utföra uppdraget, vilka angivits i kontraktshandlingarna, inte är kvantitativa kan de ändå tillämpas på ett objektivt och enhetligt sätt,

och de är klart relevanta för att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

69 I förevarande mål har rådet angivit (se punkt 47 ovan) att de åtta kriterier som angivits i kontraktshandlingarna var, med undantag av kriteriet angående överensstämmelse med kontraktshandlingarna, av såväl kvalitativ som kvantitativ art. Kriteriet angående överensstämmelse med kontraktshandlingarna var absolut, på så sätt att ett anbud som inte överensstämmer med kontraktshandlingarna skulle avslås. Det andra kriteriet, det vill säga priset, är av kvantitativ art och syftar till att ge en objektiv utgångspunkt för jämförelsen av priser, kostnader och prislistor i respektive anbud. De sex övriga kriterierna var av kvalitativ art. Deras huvudsakliga funktion var att avgöra huruvida anbudsgivaren hade erforderliga kunskaper och färdigheter för att kunna genomföra uppdraget. Även om dessa kriterier, bland vilka ingick företagets erfarenhet och tekniska förmåga och kvaliteten på de underentreprenörer som eventuellt föreslagits, inte var så absoluta som de två första var de heller inte vaga utan kunde alltjämt användas på ett objektivt och enhetligt sätt. Dessutom är kriterier såsom erfarenhet och teknisk förmåga och kvaliteten på eventuella underentreprenörer faktorer som kan påverka värdet av ett anbud. Det är således motiverat att ta in dessa i kontraktshandlingarna.

70 Förstainstansrätten framhåller vidare att sökanden har nöjt sig med att påstå att urvalskriterierna i kontraktshandlingarna inte medgivit en likabehandling av anbudsgivarna, utan att anföra några bevis till stöd för sitt påstående och utan att sökanden ens påstått sig vara diskriminerad. Det framgår i alla händelser klart av handlingarna i målet och av rådgivande kommitténs rapport att de tre anbuden har prövats med all tillbörlig noggrannhet och att urvalskriterierna tillämpats utan åtskillnad.

71 Förstainstansrätten konstaterar således att de åtta urvalskriterierna i kontraktshandlingarna har varit öppna och relevanta med hänsyn till upphandlingens art, och att de varit avsedda att utpeka det ekonomiskt mest förmånliga anbudet.

72 Rådet har således inte överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning när det fastställde urvalskriterierna i kontraktshandlingarna.

Användning av kriterier som inte angivits i kontraktshandlingarna

73 Sökanden har vidare påstått att rådet inte grundat sitt val på kriterierna i kontraktshandlingarna, utan på andra kriterier som inte sökanden fått kännedom om. Detta skulle ha medfört att skyddet för sökandens berättigade förväntningar, att upphandlingsförfarandet skall genomföras med iakttagande av gällande bestämmelser, åsidosatts. Rådet har angivit tre skäl till varför det avslagit sökandens anbud, det vill säga förekomsten av onormalt låga priser, en alltför hög koefficient och ett alltför högt totalpris sett över hela den femåriga avtalstiden. Sökanden anser sig emellertid för var och en av dessa omständigheter ha lämnat tillfredsställande förklaringar, och därmed också visat att rådets verkliga skäl till urvalet varit orättfärdiga och inneburit ett åsidosättande av skyddet för sökandens berättigade förväntningar.

74 Angående de priser rådet ansett vara onormalt låga är det ostridigt att sökanden, i syfte att såsom det föreskrivits i kontraktshandlingarna ange ett individuellt pris för varje post, beträffande vissa poster använt sig av totalpriset och inte av priset per enhet. Enligt rådgivande kommitténs rapport skall priser understigande hälften av vad övriga anbudsgivare erbjudit och vad arkitekterna beräknat anses vara onormalt låga och därmed kunna ifrågasättas. Det framgår av handlingarna att rådet vid flera tillfällen begärt ytterligare upplysningar från sökanden angående ett stort antal priser som, enligt rådet, inte ens täckte kostnaderna för material och utrustning. Sökanden har emellertid trots ett flertal kontakter mellan parterna vidhållit dessa priser i anbudet. Sökanden har därvid uppgett att ett användande av totalpriset gjorde det möjligt att spara tid vid utformningen av anbudet och bekräftat att de angivna priserna varit korrekta. Sökanden har även

gjort gällande att anbudet utformats i samarbete med vissa av sökandens vanliga leverantörer och på nytt uttalat sin avsikt att genomföra arbetena i enlighet med anbudet (se bland annat punkt 17 ovan).

75 Förstainstansrätten konstaterar att rådet inte agerat rättsstridigt när det undersökt ett stort antal priser i anbudet. Det framgår nämligen av lydelsen av artikel 30.4 i direktiv 93/37 att det ankommer på rådet att för det första identifiera misstänkta anbud, för det andra bereda de berörda företagen tillfälle att visa att deras anbud är seriösa genom att från dem begära de förklaringar som den upphandlande myndigheten anser vara betydelsefulla, för det tredje bedöma relevansen av förklaringar som de berörda lämnar och för det fjärde fatta ett beslut om att godta eller förkasta dessa anbud (dom av den 27 november 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani, REG 2001, s. I-9233, punkt 55). Rådet har bland annat i sitt svaromål anfört att det begärt förklaringar från sökanden avseende ett stort antal priser, närmare bestämt priset på 319 artiklar av totalt 1 020 artiklar i beräkningen. Rådet har vidare begärt klargöranden från sökanden avseende ett antal uppenbara inkonsekvenser, i synnerhet avseende priset på dörrar, som angivits vara detsamma oavsett om det rört sig om enkeldörrar, dubbeldörrar eller dörrar med glasinlägg. Sökanden har varken i sin replik eller under förhandlingen gett någon trovärdig förklaring till dessa inkonsekvenser.

76 Även om rådet enligt artikel 30.4 i direktiv 93/37 inte har någon skyldighet att undersöka varje pris i varje anbud, skall det ändå pröva tillförlitligheten och allvaret i de anbud som förefaller vara misstänkta vid en helhetsbedömning. Detta medför med nödvändighet att rådet när det behövs skall begära förtydliganden av de enskilda prisuppgifter som förefaller vara misstänkta, och i än högre grad när sådana förekommer rikligt. Att sökandens anbud överensstämmer med kontraktshandlingarna medför inte att rådet befrias från sin skyldighet enligt samma artikel att undersöka priserna i ett anbud när det vid prövningen av anbuden, efter den inledande kontrollen av anbudets överensstämmelse med kontraktshandlingarna, visar sig att deras tillförlitlighet förefaller vara tveksam.

77 Förstainstansrätten konstaterar att rådet på ett korrekt sätt iakttagit det förfarande som föreskrivs i artikel 30.4 i direktiv 93/37, och att det i synnerhet vid ett flertal tillfällen under detta förfarande har berett sökanden tillfälle att visa att anbudet varit allvarligt menat. Det framgår av skriftväxlingen mellan parterna, bland annat sökandens skrivelser till rådet av den 24 januari och den 11 februari 2000 (se punkterna 17 och 19 ovan), att sökanden trots rådets precisa uppmaningar nöjt sig med att på ett allmänt sätt bekräfta priserna i sitt anbud, utan att lägga fram tillstymmelse till relevant bevis för att visa de enskilda prisernas tillförlitlighet.

78 Rådet har således inte uppenbart och allvarligt överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning på detta område genom att vid prövningen av sökandens anbud beakta att där angivits ett stort antal onormalt låga priser och att sökanden inte lämnat någon tillfredsställande förklaring under det kontradiktoriska förfarande som föreskrivs i artikel 30.4 i direktiv 93/37.

79 Vad sökanden anfört i denna del skall således lämnas utan avseende.

80 Sökanden har gjort gällande att rådet felaktigt har ansett den koefficient på 20 procent för de "allmänna förvaltningskostnader i företaget", uppräknade i punkt 12 ovan, som sökanden i anbudet angivit vara onormalt hög, och att det inte är möjligt att få täckning för dessa kostnader med en marginal på 6—8 procent, såsom De Waele och Strabag angivit.

81 Förstainstansrätten konstaterar att sökanden inte anfört några som helst omständigheter till stöd för detta påstående.

82 Vidare var den av sökanden angivna koefficienten för "allmänna förvaltningskostnader i företaget" avsevärt högre än de koefficienter som angivits av övriga anbudsgivare och utgjorde enligt rådet en ekonomisk risk för det fall sökanden skulle tvingas anlita underentreprenörer för att utföra de prestationer som inte specificerats i kontraktshandlingarna. Rådet har, till svar på förstainstansrättens skriftliga fråga före förhandlingen angående hur realistisk denna föregivna ekonomiska risk var, extrapolerat kostnaden utifrån de belopp och den koefficient som sökanden angivit i anbudet och därvid utgått ifrån de arbeten som De Waele utfört i en av dessa byggnader under det första året av avtalstiden, detta för att avgöra hur mycket dessa arbeten skulle kostat om de utförts av sökanden. Rådet har jämfört detta med kostnaderna för De Waeles arbete under ett år och under hela den femåriga avtalstiden. Till följd av att en stor del av arbetet utförts av underentreprenörer skulle rådet ha tvingats betala sökanden ett avsevärt högre belopp än det man betalt De Waele för att utföra samma arbeten. Det var således korrekt av rådet att vid den prövning som syftar till att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet beakta den potentiella verkan av den koefficient på 20 procent som sökanden angivit, jämfört med den som övriga anbudsgivare angivit.

83 Sökanden har således inte visat att rådet uppenbart och allvarligt överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning genom att vid prövningen av sökandens anbud bedöma att koefficienten på 20 procent utgjorde en ekonomisk risk. Att rådet i kontraktshandlingarna inte angivit att denna koefficient skulle vara så låg som möjligt saknar betydelse, eftersom syftet med beräkningen är att anbudsgivarna skall ange alla priser, däribland denna koefficient, oavsett om dessa är höga eller inte. Dessa priser binder i förekommande fall parterna.

84 Vad sökanden anfört i denna del skall således lämnas utan avseende.

85 Vad avser den beräkning av priset över hela den femåriga avtalstiden som rådet gjort vid prövningen av anbuden har sökanden anfört att rådet felaktigt kommit fram till att sökandens anbud var mindre konkurrenskraftigt över en längre tid. Sökanden har framför allt påpekat att "formeln 5A + 5B + C" inte angivits i kontraktshandlingarna och att denna beräkningsmetod inte kunde förutses vid anbudsinfordran. Beräkningsmetoden är vidare felaktig, eftersom den resulterar i en totalkostnad över den femåriga avtalstiden som inte motsvarar den verkliga.

86 Förstainstansrätten påminner inledningsvis om att rådet i detta avseende förfogar över ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning och att förstainstansrättens bedömning är begränsad till att avse frågan huruvida rådet uppenbart och allvarligt överskridit gränserna för detta. Även om kontraktshandlingarna inte innehållit den ifrågavarande formeln har det i anbudsinfordran och kontraktshandlingarna klart angivits att avtalstiden var fem år (se, bland annat, punkt 7 ovan). Formeln har gjort det möjligt för rådet att beräkna totalkostnaden för de tre anbuden, utifrån de villkor som angivits i respektive anbud och med beaktande av särdragen för de tjänster som avses i del A, del B och del C i beräkningen. Beloppet 3 946 745,49 euro per år, som sökanden angivit (se punkt 15 ovan), var visserligen lägre än motsvarande belopp i de två övriga anbuden. Rådet har emellertid genom sin extrapolering kunnat jämföra de totala ekonomiska konsekvenserna av de tre anbuden, med beaktande av hela den femåriga avtalstid upphandlingen avsåg och särdragen för de prestationer som avses i del A, del B och del C i beräkningen. Rådet har därvid kommit fram till att sökandens anbud hade det högsta priset över en längre tid. Förstainstansrätten konstaterar att även om den formel som återgivits i punkt 85 ovan inte angivits i kontraktshandlingarna, var användningen av en sådan formel inte oväntad eller orimlig mot bakgrund av den långa avtalstiden.

87 Förstainstansrätten konstaterar att vad sökanden anfört, vilket återgivits i punkt 43 ovan, inte går att förstå. De svar sökanden lämnat på förstainstansrättens frågor före och under förhandlingen har inte bringat någon klarhet. Vad sökanden anfört skall således enligt artikel 44.1 c i rättegångsreglerna lämnas utan avseende (se förstainstansrättens beslut av den 21 maj 1999 i mål T-154/98, Asia Motor France m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-1703, punkt 49).

88 Sökanden har således inte visat att rådet uppenbart och allvarligt överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning vid prövningen av priset för hela avtalstiden. Vad sökanden anfört i denna del skall således lämnas utan avseende.

Avsaknad av motivering

89 Vad avser rådets påstådda underlåtenhet att motivera det förevarande beslutet framhåller förstainstansrätten att i sökandens yrkande om skadestånd med 26 063 000 euro (se punkt 33 ovan) ingår bland annat 24 000 000 euro för den skada sökanden lidit till följd av att inte tilldelas kontraktet i fråga. Även om rådet inte skulle anses ha motiverat sitt beslut att inte anta sökandens anbud i tillräcklig omfattning, är det inte därigenom visat att beslutet att tilldela De Waele kontraktet var felaktigt eller att det skulle föreligga ett orsakssamband mellan den bristfälliga motiveringen och den av sökanden uppgivna skadan.

90 Beträffande vad rådet anfört enligt punkt 57 ovan konstaterar förstainstansrätten att sökandens talan i mål T-205/00 avsåg ogiltigförklaring av rådets beslut att inte ge sökanden tillträde till akten i ärendet, och den avsåg således ett annat beslut än det som är föremål för prövning i förevarande mål. Eftersom sökanden

återkallat sin talan i det målet kan den inte påverka bedömningen i förevarande mål.

91 Beträffande vad sökanden har anfört (punkt 54 ovan), nämligen att belgiska bestämmelser om upphandling skulle tillämpas, konstaterar förstainstansrätten att det i punkt 26 a i kontraktshandlingarna angivits att "belgisk lag skall tillämpas på upphandlingen". Syftet med den bestämmelsen var att avtalsslutet och genomförandet skulle underkastas relevanta bestämmelser i belgisk lag, medan däremot förfarandet dessförinnan exklusivt reglerades genom bestämmelserna i direktiv 93/37. Omfattningen av rådets motiveringsplikt i fall som detta skall således avgöras med tillämpning av artikel 8.1 i direktiv 93/37 i dess lydelse enligt direktiv 97/52.

92 Av denna bestämmelse och domen i det ovannämnda målet Adia intérim mot kommissionen följer att rådets motiveringsskyldighet inledningsvis omfattar att informera anbudsgivare vars anbud inte antagits om detta, vilket kan ske i ett enkelt meddelande utan angivande av skäl. De av dessa anbudsgivare som uttryckligen begär det skall vidare informeras om utformningen av och de relativa fördelarna med det anbud som antagits, tillsammans med en uppgift om namnet på den som tilldelats kontraktet. Denna information skall lämnas inom 15 dagar från mottagandet av en skriftlig begäran därom.

93 Detta förfaringssätt överensstämmer med syftet med den motiveringsskyldighet som föreskrivs i artikel 253 EG och som innebär att det på ett klart och otvetydigt sätt skall framgå hur beslutsfattaren har resonerat dels för att de som berörs av rättsakten skall få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden, dels för att domstolarna skall kunna utöva sin kontroll (förstainstansrättens dom av den 14 juli 1995 i mål T-166/94, Koyo Seiko mot rådet, REG 1995, s. II-2129, punkt 103, och domen i det ovannämnda målet Adia intérim mot kommissionen, punkt 32).

94 För att avgöra huruvida rådet uppfyllt sin motiveringsskyldighet gentemot sökanden skall förstainstansrätten undersöka rådets skrivelse till sökanden av den 11 maj 2000, till svar på sökandens uttryckliga begäran av den 26 april 2000.

95 Förstainstansrätten konstaterar att rådet i skrivelsen av den 11 maj 2000 lämnat sökanden tillräckligt detaljerade skäl och angett utformningen av och de relativa fördelarna med De Waeles anbud. I skrivelsen anges klart det förfarande som iakttagits vid prövningen av de tre anbudsgivarnas anbud och att rådet beslutat anta De Waeles anbud, eftersom det var det ekonomiskt mest förmånliga. Sökanden har därigenom omedelbart kunnat finna skälen till varför anbudet avslogs, det vill säga att det var ekonomiskt mindre förmånligt än De Waeles anbud.

96 Under alla förhållanden skall, tvärtemot vad sökanden hävdat (se punkt 55 ovan), rådets skrivelse av den 14 juni 2000 också beaktas vid prövningen av huruvida motiveringen varit tillräcklig, eftersom den skall bedömas utifrån den information som sökanden erhållit vid tiden för talans väckande. När, såsom i förevarande fall, sökanden begärt ytterligare upplysningar av den berörda institutionen innan talan väckts men efter den tidpunkt som anges i artikel 8.1 i direktiv 93/37, och sökanden erhåller dessa upplysningar, skall förstainstansrätten beakta dessa upplysningar vid bedömningen av huruvida motiveringsskyldigheten iakttagits, med den begränsningen att institutionen inte därigenom får ersätta sin ursprungliga motivering med en ny, men så har ej heller skett i förevarande mål. De förklaringar rådet lämnat i sin skrivelse av den 14 juni 2000 är visserligen mer detaljerade än de som gavs i skrivelsen av den 11 maj 2000, men de rör ändå samma skäl till att sökandens anbud avslagits som tagits upp i den tidigare skrivelsen. Den omständigheten att motiveringen i skrivelsen av den 14 juni 2000 var fullständigare medför inte heller att den motivering som angavs i skrivelsen av den 11 maj 2000 var otillräcklig.

97 Sökandens talan skall således inte bifallas på denna grund.

98 Sökanden har således inte visat att rådet uppenbart och allvarligt överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning, och således heller inte visat att rådet gjort sig skyldigt till en tillräckligt klar överträdelse av gemenskapsrätten.

99 Den första förutsättningen för att gemenskapen skall ådra sig skadeståndsansvar, det vill säga att en institution agerat rättsstridigt, är således inte uppfyllt. Sökandens skadeståndsyrkande skall därför inte bifallas. Det saknas därmed anledning att undersöka om övriga förutsättningar är uppfyllda.

Rättegångskostnader

100 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Rådet har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall rådets yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande dom:

1. **Talan ogillas.**

2 **Sökanden skall bära sin rättegångskostnad samt ersätta rådets rättegångskostnad.**

Cooke García-Valdecasas Lindh

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 25 februari 2003.

H. Jung J. D. Cooke

Justitiesekreterare Ordförande