FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 12. september 1995

A — Indledning

1. Denne traktatbrudssag drejer sig om, hvorvidt en indkøbsaftale om leverancer af busser til det offentlige transportsystem falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 90/531/EØF [1].

2. Følgende faktiske omstændigheder ligger til grund for sagen. »Société régionale wallone du transport« (herefter »SRWT«) har ved offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Supplement til De Europæiske Fællesskabers Tidende* af 22. april 1993 [2] udskrevet et udbud ifølge fremgangsmåden med offentlige udbud med henblik på indgåelse af en indkøbsaftale om leverance af 307 standardbusser. Aftalen, der er anslået til 2 022 918 000 BFR (eksklusiv moms) og fordelt på otte leverancer, skulle gennemføres over en periode på tre år.

3. Den 7. juni 1993, der var fastsat som frist såvel for modtagelse af tilbud som åbning heraf, var der afgivet tilbud af fem virksomheder: EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes-Belgium (Bruxelles), Berkhof (Roeselaere) og Jonckheere (Roeselaere).

4. I løbet af juni og juli foretog SRWT en gennemgang af tilbuddene. I et notat, dateret den 24. august 1993, der var blevet udarbejdet til brug ved et bestyrelsesmøde den 2. september 1993, blev det anbefalet at tildele selskabet Jonckheere leverance nr. 1 og selskabet Van Hool leverance nr. 2-6.

5. Virksomheden EMI havde den 3., 23. og 24. august 1993 fremsendt tre supplerende meddelelser til ordregiveren, hvori virksomheden fremsatte bemærkninger til visse punkter i dets oprindelige tilbud, navnlig vedrørende brændstofforbrug og intervaller for udskiftning af motor og gearkasse.

6. Efter en gennemgang af disse tre meddelelser udarbejdede ordregiverens tekniske tjeneste et ikke underskrevet notat af 31. august 1993, hvoraf det fremgår, at de supplerende meddelelser indeholdt ændringer af det

* Originalsprog: tysk.

1 — Rådets direktiv af 17.9.1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 297, s. 1).

2 — *Supplement til De Europæiske Fællesskabers Tidende* S 78, s. 76.

oprindelige tilbud og derfor ikke kunne tages i betragtning. Indstillingerne til bestyrelsesmødet den 2. september 1993 var derfor uændrede.

7. På mødet den 2. september 1993 fandt bestyrelsen, at den ikke var i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at træffe en endelig beslutning. Det var navnlig uklart, om det var korrekt — retligt set — at tage hensyn til indholdet af de tre supplerende meddelelser. Bestyrelsen besluttede derfor at indhente en juridisk udtalelse hos den vallonske transportminister, i hvis kabinet en anerkendt specialist i indgåelsen af offentlige kontrakter arbejdede.

8. Den vallonske transportminister besvarede denne anmodning i en skrivelse af 14. september 1993. Herefter var det retligt set uproblematisk at inddrage indholdet af de supplerende meddelelser i vurderingen for så vidt angik hovedparten af punkterne. I skrivelsen blev bestyrelsen endelig opfordret til at foretage en fornyet gennemgang af sagen i lyset af transportministerens bemærkninger.

9. Den 28. september 1993 bad SRWT EMI om at bekræfte oplysningerne om brændstofforbruget, der var indeholdt i meddelelsen af 24. august, samt om intervallerne for udskiftninger af motor og gearkasse i meddelelsen af 23. august. EMI bekræftede disse oplysninger i skrivelse af 29. september 1993.

10. I et notat, der blev udarbejdet med henblik på bestyrelsesmødet den 6. oktober 1993, med en ny sammenligning af tilbud, blev der taget hensyn til de supplerende oplysninger fra EMI. Notatet indeholdt en indstilling om at tildele leverance nr. 1 til selskabet Jonckheere og leverance nr. 2-6 til EMI.

11. På mødet den 6. oktober 1993 besluttede SRWT's bestyrelse at følge disse forslag. Det blev besluttet at tildele leverance nr. 1 (37 køretøjer) til Jonckheere, og leverance nr. 2-6 (278 køretøjer) til EMI. Ordren på yderligere 30 busser blev udskudt til 1996.

12. Samme dag anlagde Van Hool sag ved Belgiens Conseil d'État med påstand om udsættelse efter reglerne om hurtig retsforfølgning. Virksomheden fik dog ikke medhold i dommen, der blev afsagt den 17. november 1993.

13. Van Hool indgav ligeledes en klage til Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som den 30. november 1993 tilstillede den belgiske regering en åbningsskrivelse i henhold til traktatens artikel 169. Den belgiske regering indtog i sin svarskrivelse af 15. december 1993 det standpunkt, at der ikke

forelå et traktatbrud. Den 8. februar 1994 fremsatte Kommissionen derpå en begrundet udtalelse til den belgiske regering, hvori den opfordrede denne til at rette henvendelse til de kompetente myndigheder for at opnå udsættelse med retsvirkningerne af kontrakten, der var indgået mellem SRWT og EMI. Den belgiske regerings svar medførte efter Kommissionens opfattelse ikke, at der ikke længere forelå det hævdede traktatbrud. Derfor anlagde Kommissionen den 11. marts 1994 sag ved Domstolen. Samme dag indgav den en begæring om foreløbige forholdsregler med henblik på udsættelse af såvel den beslutning, som SRWT havde truffet den 6. oktober 1993, om tildeling af leverancerne, som de kontraktlige forbindelser, der var indgået mellem SRWT og den virksomhed, der havde fået kontrakten tildelt, indtil der forelå en endelig afgørelse. Begæringen om foreløbige forholdsregler blev ved kendelse af 22. april 1994 ikke taget til følge.

14. I forbindelse med denne sags behandling for Domstolen fandt der den 17. maj 1995 et uformelt møde sted, hvori den refererende dommer, generaladvokaten og sagens parter deltog, for at drøfte sagens faktiske rækkevidde og behovet for i givet fald at foranstalte bevisoptagelse.

15. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

1) Det fastslås, at Kongeriget Belgien

— ved i forbindelse med en offentlig kontrakt udbudt af »Société régionale wallonne du transport« at tage hensyn til ændringer, som blev foretaget i et af tilbuddene efter åbningen af disse

— ved under licitationsproceduren at anerkende en tilbudsgiver, som ikke opfyldte kriterierne for udvælgelse i udbudsmaterialet

— og ved at antage et tilbud, som ikke opfyldte kriterierne for tildeling af kontrakten i udbudsmaterialet,

har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, såvel som det ligebehandlingsprincip, som danner grundlag for alle regler om licitationsprocedurer vedrørende offentlige kontrakter.

2) Kongeriget Belgien tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16. Kongeriget Belgien har nedlagt følgende påstande:

1) Frifindelse.

2) Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler.

17. Foranlediget af drøftelserne på det uformelle møde den 17. maj 1995 har Kommissionen trukket sit første klagepunkt tilbage, hvorefter den offentlige ordregiver skulle have godkendt en tilbudsgiver, der ikke opfyldte de udvælgelseskriterier, der var anført i udbudsmaterialet. Kommissionen har meddelt dette i skrivelse af 9. juni 1995 og har endnu en gang bekræftet det under den mundtlige forhandling. Der er således stadig uenighed om to anbringender, nemlig at den offentlige ordregiver dels har taget hensyn til ændringer, som blev foretaget i et af tilbuddene efter åbningen heraf, og dels har antaget et tilbud under hensyntagen til andre kriterier end de, der fremgår af udbudsmaterialet. Hvert af disse anbringender kan inddeles i to underpunkter, der også lægges til grund for den følgende gennemgang.

— har taget hensyn til ændringer, som blev foretaget i et af tilbuddene efter åbningen heraf, og

— har antaget et tilbud, som ikke opfyldte kriterierne i udbudsmaterialet for tildeling af kontrakten.

B — Gennemgang

I — *Indledende spørgsmål*

18. Denne ændrede situation medfører således en tilpasning af påstandene. Der er herefter tale om følgende:

a) Direktivets anvendelsesområde

Kommissionen nedlægger påstand om, at

19. I artikel 2, stk. 1, i direktiv 90/531 fastlægges direktivets personelle anvendelsesområde således:

det fastslås, at Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 90/531, såvel som det princip om ligebehandling af tilbudsgivere, som danner grundlag for alle regler om licitationsprocedurer vedrørende offentlige kontrakter, idet det i forbindelse med en offentlig kontrakt udbudt af SRWT

»Dette direktiv gælder for ordregivere,

a) der er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2

b) der ikke er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som bl.a. udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2, og som driver virksomhed på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder, der er indrømmet af en kompetent myndighed i en medlemsstat.«

For transportydelser anses et net for at bestå, hvis driften foregår på betingelser f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningens hyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

d) ...«

I artikel 2, stk. 2, defineres direktivets materielle anvendelsesområde, og den del af bestemmelsen, der har betydning i denne sag, har følgende indhold:

»Dette direktiv gælder for følgende former for virksomhed:

20. Det er ubestridt, at SRWT er en offentlig virksomhed, der har til opgave at betjene offentligheden inden for transport med bus. SRWT er således som ordregiver omfattet af direktivets anvendelsesområde. En eventuel tvivl herom kunne hidrøre fra, at SRWT ikke er opført i direktivets bilag VII, som indeholder en liste over »ordregivere, der udfører bytransport med jernbane, sporvogn, trolleybus eller bus«.

a) ...

b) ...

c) drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel.

21. Kommissionen har på overbevisende måde anført, at denne liste ikke er udtømmende. Faktiske ændringer medfører en konstant fare for divergenser mellem listens indhold og virkeligheden. Direktivets artikel 2 er derfor efter Kommissionens opfattelse afgørende.

22. Denne opfattelse underbygges af direktivets bestemmelser vedrørende udarbejdelsen af bilagene I til X. Det hedder f.eks. i artikel 2, stk. 6:

»De i bilag I til X nævnte ordregivere opfylder ovennævnte kriterier. Medlemsstaterne giver Kommissionen meddelelse om ændringer i deres lister for at sikre, at disse er *så fuldstændige som muligt*. Kommissionen reviderer bilag I til X efter fremgangsmåden i artikel 32« [3].

I artikel 32 hedder det:

»Bilag I til X revideres efter fremgangsmåden i stk. 3 til 7, *således at de opfylder kriterierne i artikel 2*« [4].

Udgangspunktet er herefter, at direktivets anvendelsesområde ikke er begrænset.

3 — Min fremhævelse.
4 — Min fremhævelse.

b) Spørgsmålet, om der foreligger rent interne forhold

23. Den belgiske regering har under sagens behandling gjort gældende, at sagen vedrører rent interne forhold, hvor fællesskabsretten ikke finder anvendelse. Ved en belgisk offentlig virksomheds tildeling af en kontrakt deltager der kun belgiske virksomheder.

24. Svaret på denne indvending er først og fremmest, at fællesskabsretlige ordninger har almen gyldighed, når de er trådt i kraft. For det andet er det uden videre muligt, at virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater direkte eller indirekte er berørt af tildelingen af en udbudt kontrakt. Betragter man således alene de virksomheder, der er berørt af tvisten, nemlig EMI og Van Hool, fremgår det klart, at tildelingen af den udbudte kontrakt konkret har grænseoverskridende virkninger. Det er f.eks. Renault, en fransk virksomhed, der fremstiller og leverer motorerne til EMI's køretøjer.

c) Valg af fremgangsmåde for tildeling af kontrakten

25. Den belgiske regering har under sagens behandling gjort gældende, at ordregiver ikke var forpligtet til at tildele kontrakten efter fremgangsmåden med offentligt udbud. Ordregiver havde også overholdt direktivet, såfremt man havde valgt en fremgangsmåde

med forhandling. Dette argument skulle tale for, at det er berettiget at afholde eventuelle forhandlinger med en tilbudsgiver.

26. I direktivets artikel 15 under afsnittet »Procedurer for tildeling af kontrakter« hedder det i stk. 1:

»Ordregiverne kan vælge en af de procedurer, der er omhandlet i artikel 1, nr. 6, såfremt der ... har været udbud ...«

I artikel 1, nr. 6, defineres »'offentligt og begrænset udbud samt udbud med forhandling': udbudsprocedurer, der anvendes af ordregivere, hvorunder

a) alle interesserede leverandører eller entreprenører kan afgive bud ved offentlige udbud

b) kun de ansøgere, der af ordregiverne modtager opfordring dertil, kan afgive bud ved begrænset udbud

c) ordregiverne ved udbud med forhandling henvender sig til bestemte leverandører eller entreprenører og forhandler kontraktens vilkår med en eller flere af dem.«

27. Den belgiske regering har ret i, at ordregiveren kunne vælge, hvilken af de beskrevne fremgangsmåder han ville anvende. Når denne imidlertid har besluttet sig for en bestemt fremgangsmåde, må vedkommende respektere de regler, der finder anvendelse herpå indtil den endelige tildeling af kontrakten. Formålet med fællesskabsreglerne som sådanne er for hver af de tre fremgangsmåder at sikre en konkurrence, der omfatter hele Fællesskabet. Dette formål forudsætter en ubetinget overholdelse af forbuddet mod forskelsbehandling, som jeg kommer tilbage til senere. Et middel til at nå dette mål er f.eks. bestemmelserne om offentliggørelse, der gælder for alle fremgangsmåder [5]. Det er derfor ikke muligt at afvige fra bestemmelserne for den fremgangsmåde, der én gang er valgt.

II — *Klagepunktet om ændring af et af tilbuddene efter åbningen af disse*

28. Dette klagepunkt omfatter to underpunkter. Dels drejer det sig om oplysninger om brændstofforbrug, og dels om det

5 — Jf. f.eks. direktivets artikel 16 og 17.

oplyste interval for udskiftninger af motor og gearkasse i de tilbudte køretøjer.

29. Udgangspunktet er, at det er forbudt at ændre tilbuddene efter den dato, der er fastsat for indleveringen henholdsvis åbningen af tilbuddene. Dette forbud er et grundlæggende princip for udbudsprocedurerne. Det følger af princippet om ligebehandling, der principielt gælder for alle procedurer vedrørende offentlige kontrakter [6], og som i øvrigt udtrykkeligt fremgår af direktiv 90/531. Artikel 4, stk. 2, har følgende ordlyd:

»Ordregiverne drager omsorg for, at der ikke finder forskelsbehandling sted af leverandører eller entreprenører.«

30. En samordning af udbudsprocedurerne bidrager endelig til det mål, der består i fri konkurrence på EF-niveau og i en fuldstændig virkeliggørelse af den frie udveksling af varer og tjenesteydelser [7]. Dette mål forudsætter, at tilbudsgivere behandles lige. Forbuddet mod forskelsbehandling er derfor udtrykt flere steder [8]. Et andet udtryk for forbuddet mod efterfølgende ændringer i tilbuddene af hensyn til ligebehandlingen er ligeledes Rådets og Kommissionens fælles erklæring til artikel 15. Den har følgende ordlyd:

»*Rådet og Kommissionen* erklærer, at fremgangsmåderne med offentligt eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, og der må navnlig ikke forhandles om priser; der må kun finde drøftelser sted med ansøgere eller bydende, når det sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af deres bud eller de ordregivende myndigheders krav, og i det omfang, dette ikke giver anledning til forskelsbehandling.«

31. På denne baggrund må det undersøges, om en tilbudsgiver efterfølgende har ændret sit tilbud, som den offentlige ordregiver ulovligt har taget hensyn til.

6 — Jf. dom af 22.6.1993, sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 3353, præmis 39.

7 — Jf. tredje, femte, sjette, ellevte, tolvte og trettende betragtning til direktivet.

8 — Jf. direktivets artikel 4, stk. 2, 25. betragtning til direktivet og Rådets og Kommissionens fælleserklæring til direktivets artikel 15.

a) De tilbudte køretøjers brændstofforbrug

32. Tilbudsgiveren EMI havde i det oprindelige tilbud på leverance nr. 2-6 anført et brændstofforbrug på 54 l/100 km. I dette tilbud var oplysningerne vedrørende hver leverance bilagt en meddelelse, hvori virksomheden gjorde opmærksom på en mulig nedsættelse af brændstofforbruget. Det anførte forbrug beroede på forsøgskørsel foretaget af en uafhængig virksomhed med et køretøj, der endnu ikke var tilkørt. Med et tilkørt og optimalt justeret køretøj kunne man forvente en brændstofbesparelse på 5-8%.

33. I den supplerende meddelelse af 3. august 1993, den første af de tre omstridte meddelelser, henviste virksomheden på ny til, at det anførte brændstofforbrug under de angivne forudsætninger kunne reduceres med 8% [9]. I meddelelsen af 24. august 1993, den tredje af de omstridte meddelelser, der har overskriften »Forklarende meddelelse«, henviste virksomheden til kontrolkørsler, som nu havde vist et brændstofforbrug [10] på 45 l/100 km i bytrafik.

34. *Kommissionen* er af den opfattelse, at denne fremgangsmåde indebærer en efterfølgende ændring af det oprindelige tilbud. Disse oplysninger burde derfor ikke være taget i betragtning.

35. *Den belgiske regering* har imidlertid indtaget det standpunkt, at oplysningerne blot er en præcisering af de oplysninger, der allerede fremgår af tilbuddet. Der var allerede oprindeligt henvist til en mulig reduktion af brændstofforbruget, og det er kun de konkrete resultater heraf, der er meddelt senere. En præcisering henholdsvis fuldstændiggørelse af de i tilbuddet indeholdte oplysninger er i overensstemmelse med Rådets og Kommissionens fælles erklæring til direktivets artikel 15.

36. Såfremt man afviser at betragte de efterfølgende oplysninger som en præcisering, må de i hvert fald være lovlige som en berigtigelse af en materiel fejl. Kommissionen har i øvrigt i en anden sammenhæng godkendt, at oplysninger, der er afgivet ved en fejltagelse, er blevet rettet til skade for tilbudsgiveren. De samme kriterier må gælde, såfremt berigtigelsen er til fordel for tilbudsgiveren, anfører regeringen.

37. Tvisten kan således i korthed såvel terminologisk som materielt beskrives som et spørgsmål om, hvorvidt de omstridte oplysninger er *præciseringer* til eller *ændringer* af tilbuddet. Fra et semantisk synspunkt må begrebet »præcisere«, der er anvendt i Rådets og Kommissionens fælles erklæring, efter min opfattelse forstås som en meddelelse af detaljer, som mere klart beskriver den pågældende genstand, eller definerer den mere nøjagtigt. Det andet begreb, der er anvendt i den fælles erklæring, nemlig »supplere«, forstår jeg som en tilføjelse af oplysninger, der ikke tidligere var disponible. De to udtryk har det til fælles, at der ikke er tale om at erstatte oplysninger, der allerede er afgivet, men

9 — EMI's supplerende meddelelse af 3.8.1993, s. 5.

10 — Denne oplysning vedrører leverance nr. 2-6.

tværtimod om at konkretisere disse på den ene eller anden måde.

38. Denne betragtning, hvorefter hverken en præcisering eller en supplering medfører, at tidligere givne oplysninger erstattes af nye oplysninger, bekræftes efter min opfattelse af den materielle overvejelse, at muligheden for at ændre visse oplysninger potentielt er til skade for andre tilbudsgivere.

39. På denne baggrund forstår jeg begrebet »præcisere« således, at en virksomhed, der f.eks. har henvist til en brændstofbesparelse på indtil 8%, lægger sig fast på et tal, der ligger inden for denne ramme, og meddeler det heraf følgende antal liter.

40. I meddelelsen af 3. august 1993 er EMI netop gået frem på denne måde, idet virksomheden har lagt sig fast på en nedsættelse af det angivne brændstofforbrug på 8%. Meddelelsen af 3. august udgør derfor efter min opfattelse for så vidt angår brændstofforbruget en præcisering og ikke en ændring af tilbuddet.

41. Heroverfor indebærer det i meddelelsen af 24. august 1993 oplyste forbrug på 45 l/100 km en nedsættelse på 17,5% af det angivne brændstofforbrug. Denne formindskelse er mere end dobbelt så stor som den tidligere angivne margen. Efter min opfattelse er der rent terminologisk her ikke tale om en præcisering, men om en ændring.

42. I henhold til Rådets og Kommissionens fælles erklæring er det egentlige kriterium for, hvorvidt en præcisering er lovlig, spørgsmålet om den diskriminerende virkning af de oplysninger, der afgives efterfølgende. Jeg anser det derfor for vigtigt at undersøge — i forhold til de andre tilbudsgivere — virkningerne af de oplysninger, der er afgivet i slutningen af august måned. Det skal her tages i betragtning, at de i tilbudsmaterialet anførte tildelingskriterier indeholder en metode til vurdering af de tilbudte køretøjers brændstofforbrug. I forbindelse med vurderingen af de tekniske bedømmelseskriterier skal der ved beregningen af driftsomkostningerne ifølge punkt 20.2.2.1 lægges en sammenlignende beregning til grund. Herefter skal forbruget i det af de tilbudte køretøjer, der har det højeste forbrug, anvendes som referenceniveau. Når forbruget i de øvrige køretøjers forbrug er lavere end dette niveau, tildeles de et fiktivt tillæg udtrykt i penge (»fiktive francs«) [11].

43. EMI indtog med de oplyste 54,5 l/100 km førstepladsen ved alle de omhandlede leverancer. Derfor fik EMI's køretøjer ikke godskrevet noget tillæg. Herudover blev

11 — Jf. punkt 20.2.2 i det særlige udbudsmateriale.

niveauet også anvendt som målestok for tillæggene til de konkurrerende tilbudsgiveres fartøjer. Det skal bemærkes, at også ved en formindskelse af det angivne brændstofforbrug i EMI-køretøjerne med 8% ville det beregnede niveau på 50,14 l stadig være det højeste forbrug. Heller ikke i dette tilfælde ville køretøjerne få tildelt et tillæg. Der vil blot være tale om en forringelse af de øvrige køretøjers fordel. Situationen er derimod nærmest modsat, når grundlaget er et forbrug, der er nedsat med 17,5%, dvs. på 45 l/100 km. Med en sådan oplysning bliver forbruget mindre end det forbrug, en konkurrent har angivet, hvorved EMI's køretøjer får en fordel i form af et tillæg.

44. En sammenligning af de konkrete tal [12] viser, at den umiddelbare konkurrent Van Hool's tillæg blev nedsat 2,5 gange, for så vidt angår leverance nr. 2 og 3 og endog 2,8 gange, hvad angår leverance nr. 4, 5 og 6. Tillægget til leverance nr. 2 og 3 udgjorde oprindeligt minus 1 875 600 og leverance nr. 4 og 6 minus 1 750 560, og de faldt til minus 750 240 for leverance nr. 2 og 3 og til minus 625 200 for leverance nr. 4-6. Samtidig medførte de ændrede tal, at EMI opnåede et tillæg på plus 125 040 for alle de pågældende leverancer.

45. Det er derfor min opfattelse, at også for så vidt angår virkningerne på konkurrenternes tilbud skal de nye tal betragtes som en ændring af de oprindelige tilbud, som ordregiveren ikke burde have taget hensyn til.

46. Endelig skal der tages stilling til det af den belgiske regering anførte argument om, at de nye tal alene er en berigtigelse af en materiel fejl. Herimod taler efter min opfattelse allerede de faktiske omstændigheder, da det er ubestridt, at de optimerede resultater først blev opnået ved hjælp af senere forsøg. Tallene fremkom således på grundlag af forhold, som først er opstået efter indleveringsfristen. Jeg mener derfor, at det er forkert at tale om berigtigelse af en fejl.

b) Intervaller for udskiftning af motor og gearkasse i de tilbudte køretøjer

47. Udgangspunktet for oplysningerne om udskiftning af de enkelte motordele fremgår af bilag 23 til det særlige udbudsmateriale [13]. Dette bilag 23 udgør grundlaget for beregningen af arbejdstid og omkostninger til reservedele ved udskiftning af bestemte dele af motoren. Der er i alt anført 45 poster, som

12 — Notat til bestyrelsesmødet den 2.9.1993, bilag 6, s. 2-6, og notat til bestyrelsesmødet den 6.10.1993, bilag 2, s. 2-6.

13 — Cahier spécial des charges, Marché 545.

tilbudsgiveren skal oplyse følgende om: antallet af dele pr. bus, den tid der medgår til afmontering, den tid der medgår til montering og endelig prisen på en reservedel. Disse oplysninger skal indgå i en tabel. Heri indgår en rubrik med betegnelsen »Antal forventede udskiftninger af en del« [14]. Denne rubrik er allerede for så vidt angår alle 45 poster udfyldt af ordregiveren. I første linje er der derfor anført »Motor« og i rubrikken »Antal forventede udskiftninger« et »2«-tal. I anden linje er der anført »Gearkasse«, og i den pågældende rubrik står et »3«-tal.

48. Tabellen i bilag 23 til det særlige udbudsmateriale er ubestridt korrekt udfyldt af EMI. I den supplerende meddelelse af 23. august 1993 gør denne tilbudsgiver opmærksom på, at den udskiftningshyppighed, som ordregiveren har anført, ikke svarer til den statistiske virkelighed hvad angår de tilbudte køretøjer. Under a) med overskriften »To udskiftninger af motor« er det anført, at erfaringen med de beskrevne køretøjer viser, at der med en forudsat levetid på 15 år og en ydelse på 50 000 km pr. år kun er behov for én motor. Under b), »Tre udskiftninger af gearkasse« hedder det, at erfaringerne har vist, at der må forudses et udskiftningshyppighed på 1,25.

49. Herefter gøres der i meddelelsen opmærksom på, at disse to punkter udgør de to vigtigste, og at samme fremgangsmåde bør anvendes på andre dele, der er listet i bilag 23 til det særlige udbudsmateriale. Det tilføjes, at de tilbudte køretøjers pålidelighed ikke bør føre til, at de straffes økonomisk.

50. Det er Kommissionens opfattelse, at denne meddelelse er en ændring af det oprindelige tilbud.

51. Heroverfor har den belgiske regering indtaget det standpunkt, at formålet med meddelelsen af 23. august 1993 kun er at henlede ordregiverens opmærksomhed på, at den forudsete udskiftningshyppighed ikke svarer til realiteten for så vidt angår de tilbudte køretøjer. Samtlige oplysninger i bilag 23, såsom priserne på reservedele, den tid, der medgår til afmontering og montering af de pågældende dele, er uændrede.

52. Bemærkningerne i meddelelsen af 23. august 1993 har relation til de retningslinjer, som ordregiveren har anført i udbudsmaterialet, og som tilbudsgiverne ikke har kontrol over. Tilbudsgiverne er ikke blevet afkrævet oplysninger til den her omhandlede rubrik om udskiftningshyppighed. For så vidt kan indholdet i meddelelsen af 23. august 1993 kun forstås som en tilbudsgivers bemærkninger til ordregiverens præmisser, som tilbudsgiveren principielt ikke har indflydelse på med sit tilbud. Tilbudsgiveren kan ikke gå ud

14 — Nombre de remplacement prévisible pour un organe.

fra, at hans bemærkninger fører til en ændring af ordregiverens retningslinjer.

53. Det er ganske vist i tilbudsgiverens berettigede økonomiske interesse at gøre ordregiveren opmærksom på, at retningslinjerne ikke svarer til virkeligheden for så vidt angår den tilbudte vare, og at vurderingen af tilbuddet på dette grundlag nødvendigvis medfører et forkert resultat. Denne bemærkning kunne dog lige så godt være anført i det oprindelige tilbud uden derved at ændre betingelserne for tilbudsgiveren. Ordregiverens reaktion på sådanne bemærkninger skal bedømmes uafhængigt af tilbudsgiverens adfærd.

54. Under hensyn til, at tilbudsgiveren i meddelelsen af 23. august 1993 ikke har afleveret nyt talmateriale, ikke har erstattet tidligere oplysninger og ikke har foretaget afvigende beregninger, er jeg af den opfattelse, at den omstridte meddelelse ikke ændrer de af tilbudsgiveren krævede oplysninger.

55. Konstateringen af, at EMI ikke har ændret sine tilbud ved meddelelsen af 23. august 1993 — der i hvert fald delvist beror på, at der er tale om bemærkninger til oplysninger, som tilbudsgiver principielt ikke kan ændre — hindrer ikke, at meddelelsens indhold gav ordregiveren anledning til at fravige egne betingelser på en eventuel diskriminerende måde. Denne bemærkning fører mig direkte til det andet klagepunkt, nemlig at ordregiveren har fraveget tildelingskriterierne.

III — *Fravigelse af tildelingskriterierne*

a) Interval for udskiftning af bestemte reservedele

56. De faktiske omstændigheder for så vidt angår hensyntagen til udskiftningshyppigheden for de væsentlige mekaniske dele, motor og gearkasse, er af Kommissionen blevet behandlet under to forskellige retlige synspunkter. På den ene side har den hævdet, at meddelelsen af 23. august 1993 medfører en ændring af EMI's oprindelige tilbud, hvilket er et synspunkt, som jeg af de ovenfor anførte grunde ikke kan tilslutte mig. På den anden side mener den, at de i det særlige udbudsmateriale fastlagte tildelingskriterier er blevet fraveget på retsstridig måde, idet der er taget hensyn til de af EMI afgivne bemærkninger ved beregningen af driftsomkostningerne for de køretøjer, der skulle vurderes.

57. I denne sammenhæng er betydningen og udformningen af tildelingskriterierne afgørende. I artikel 27, stk. 1 og 2, i direktiv 90/531 bestemmes i denne sammenhæng følgende:

»1. Ordregiverne skal lægge følgende kriterier til grund ved tildelingen af kontrakter:

a) enten, når tildelingen går til det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, der varierer alt efter kontraktens art, f.eks.: leveringstid, færdiggørelsesperiode, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetisk og funktionsmæssig værdi, teknisk værdi, eftersalgsservice og teknisk bistand, forpligtelser vedrørende reservedele, leveringsgaranti og pris

b) eller udelukkende den laveste pris.

2. I det i stk. 1, litra a), nævnte tilfælde skal ordregiverne i udbudsmaterialet eller i udbudsbekendtgørelsen anføre alle de kriterier, som de har til hensigt at lægge til grund ved tildelingen, så vidt muligt i prioriteret rækkefølge.«

58. I udbudsbekendtgørelsen hedder det under punkt 14, »Tildelingskriterier«:

»Udvælgelsen vil foregå på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud. De forskellige kriterier er: pris, driftsomkostninger (forbrug, tid til montering/afmontering og prisen for reservedele), leveringsgaranti, materiellets tekniske kvalitet (sæder [15], trinlængde, udstødningsgasser, trin- og gulvhøjde, forhøjninger)« [16].

59. I de særlige udbudsbetingelser findes der under punkt 20.2 en opregning af tildelingskriterier med tilhørende forklaringer i samme rækkefølge som i udbudsbekendtgørelsen. Opdelingen er udformet således:

»20.2. Tildelingskriterier. Kontrakten tildeles det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende kriterier:

15 — I den udbudsbekendtgørelse, der er offentliggjort på originalsproget (fransk), hedder det: »plages«; dette må være en trykfejl, idet det første kriterium ved bedømmelsen af materiellets tekniske kvalitet i udbudsmaterialet er »nombre des places«.

16 — Denne fuldstændige opregning findes kun i den udbudsbekendtgørelse, der er offentliggjort på originalsproget (fransk). På de øvrige fællesskabssprog offentliggøres bekendtgørelsen i forkortet form. I den danske tekst hedder det f.eks. »Tildelingskriterier: Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet ud fra pris, driftsomkostninger, kvalitet, andre kriterier.«

20.2.1. Bussernes stykpris og de alternative finansielle bud

...

20.2.2. Tekniske bedømmelseskriterier.

Disse kriterier tillægges en absolut vægt, hvis måleenhed er en 'franc fictif'.

DRIFTSOMKOSTNINGER

20.2.2.1. Brændstofforbrug

...

20.2.2.2. Tid, der medgår til montering og afmontering, priser på reservedele

...

LEVERINGSGARANTI

20.2.2.3. Levering af reservedele

...

DET TILBUDTE MATERIELS TEKNISKE KVALITET

20.2.2.4. Antallet af pladser

...

20.2.2.5. Trinhøjden

...

20.2.2.6. Forurenende udstødningsgas

...

20.2.2.7. Støjniveau

skal tages i betragtning, sammensat af dels brændstofforbruget, og dels den arbejdstid og de materielomkostninger, der er nødvendige ved udskiftning af reservedele.

...

20.2.2.8. Gulvhøjde

61. Intervallet for udskiftning af reservedele er således — som jeg allerede har anført ovenfor — en af ordregiveren fastlagt konstant faktor, der gælder på samme måde for alle tilbudsgivere. Denne faktor anvendes som multiplikator for de omkostningselementer, som tilbudsgiverne har angivet. En afvigelse fra denne angivelse kan således have vidtrækkende følger.

...

20.2.2.9. Antallet af trin

...

20.2.2.10. Forhøjninger

62. I denne sag har ordregiver indrømmet, og det fremgår i øvrigt også af de fremlagte bilag [17], at der er taget hensyn til den af EMI meddelte lavere udskiftningshyppighed for motor og gearkasse ved beregningen af driftsomkostningerne. Ved en sammenligning af bilagene vedrørende vurderingen af de forskellige tilbud på de enkelte leverancer viser det sig, at faktoren driftsomkostninger for EMI's køretøjer ved de afsluttende beregninger anslås væsentlig lavere end ved beregningerne til den første indstilling til bestyrelsesmødet den 2. september 1993. I vurderingstabellen til beregning af overslag over driftsomkostninger var der oprindeligt i rubrikken »Vedligeholdelse« [18] anført et beløb på 4 901 790 for leverance nr. 2 og 3,

...«

60. Påbuddet om ligebehandling og dermed forudsigelighed i vurderingsprocessen, der er en naturlig følge heraf, foreskriver, at ordregiveren holder sig til de tildelingskriterier, den pågældende har defineret. Det ovenfor omtalte bilag 23 til det særlige udbudsmateriale tjener som grundlag for vurderingen af en af de to faktorer til beregning af driftsomkostningerne. I overensstemmelse med tildelingskriterierne er de driftsomkostninger, der

17 — Jf. notat til ordregivers bestyrelsesmøde den 6.10.1993.
18 — »Entretien«.

henholdsvis 4 896 790 for leverance nr. 4-6, hvorimod dette er anslået til 3 744 140 for leverance nr. 2-6 i de senere beregninger [19]. Det er klart, at den berørte tilbudsgiver har en større fordel af den ændrede beregningsmåde i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

63. Denne ensidige afvigelse fra de af ordregiverens angivelser i udbudsmaterialet, der forudsættes at ligge fast, til fordel for en tilbudsgiver, uden at de øvrige tilbudsgivere får lejlighed til eventuelt at ændre deres oplysninger under de således forandrede forhold, udgør efter min opfattelse en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Når ordregiver havde fået kendskab til, at det af en tilbudsgiver anførte element var væsentlig overlegent i forhold til det, ordregiver forventede, at der hos denne var opstået tvivl om, hvorvidt de af ordregiveren fastlagte retningslinjer var rigtige, måtte denne enten holde fast ved sine tekniske retningslinjer i forhold til alle tilbudsgivere eller oplyse alle om, at de i det særlige udbudsmateriale fastlagte oplysninger afviges. Efter min opfattelse er det uden betydning at vide, hvornår ordregiveren har fået kendskab til dette forhold; det samme gælder principielt, såfremt oplysningerne allerede var anført i tilbuddet.

64. Den belgiske regering har anført, at ordregiveren ikke bør forhindres i at foretrække materiel af en højere kvalitet, som tilbydes på grund af tekniske fremskridt.

65. Hertil er kun at sige, at en ordregiver på ingen måde hindres i at tage hensyn til forbedringer af det materiel, der skal anskaffes i henhold til den udbudte kontrakt, der skyldes det tekniske fremskridt. Dette fremgår af adgangen, der allerede fremgår af direktivet, til at afgive alternative bud [20]. Et ønske om at tage tekniske forbedringer af de varer, der skal erhverves ved offentlige kontrakter, i betragtning berettiger imidlertid ikke en ordregiver til at tilsidesætte princippet om ligebehandling.

66. Når ordregiveren har fraveget sine egne retningslinjer til evaluering af tildelingskriterierne alene til fordel for én tilbudsgiver, har han overtrådt forbuddet mod forskelsbehandling.

67. Denne fremgangsmådes diskriminerende virkninger falder i øjnene, når man betragter de konkurrerende køretøjers rangfølge ved beregningen af driftsomkostninger. Ifølge de oprindelige oplysninger om brændstofforbrug og de angivne udskiftningsintervaller for reservedele var Van Hool's køretøjer placeret som nr. 1 og EMI's som nr. 3 til leverance nr. 2 og 3. For så vidt angår leverance

19 — Jf. bilag 6 til notatet til bestyrelsesmødet den 2.9.1993, s. 2-6, og bilag 2 til notatet til bestyrelsesmødet den 6.10.1993, s. 1-6.

20 — Jf. artikel 27, stk. 3, i direktiv 90/351.

nr. 4, 5 og 6 var Van Hool's køretøjer placeret som nr. 1 og EMI's som nr. 5. Når der er taget hensyn til det nye talmateriale, befinder Van Hool's køretøjer sig igen som nr. 1 til leverance nr. 2, 3 og 5, hvorimod EMI's køretøjer er placeret som nr. 2. For så vidt angår leverance nr. 4 og 6 er EMI's køretøjer efter de nye beregninger endog placeret som nr. 1.

68. Denne ændring af placeringen, dvs. fra nr. 5 til nr. 1, som følge af beregningerne vedrørende det næstvigtigste tildelingskriterium, nemlig driftsomkostningerne, taler efter min opfattelse for sig selv. Under disse omstændigheder er der for mig ingen tvivl om, at konkurrenterne har været udsat for forskelsbehandling.

b) Hensyntagen til særligt udstyr

69. Kommissionen har i forbindelse med anbringendet om, at ordregiveren har tildelt kontrakten under tilsidesættelse af de tildelingskriterier, der fremgår af udbudsmaterialet, gjort gældende, at SRWT i sin samlede vurdering til fordel for EMI har inddraget nogle af de udstyrselementer, som denne havde foreslået, og som ikke var forudset i udbudsmaterialet. Konkret er der tale om specielle sæder ved navn »Cantilever«, en mekanisme til afdugning af sideruder og et særligt modulsystem ved samlingen af busserne.

70. I forhold til almindelige sæder er der flere fordele ved »*Cantilever*«*-sæder*, der er fastgjort til bussens sider. Dels skal bussernes sidevægge, hvor sæderne er fastgjorte, forstærkes, hvilket medfører en forbedring af passagersikkerheden. Når sæderne ikke længere er fastgjort til gulvet, kan der opnås en betydelig tidsbesparelse ved rengøringen af busserne. Endelig giver sæderne passagererne bedre komfort med mere benplads og plads til opbevaring af eventuel bagage.

71. Fordelene ved *afdugning af sideruderne* er både æstetiske og økonomiske. Derved forhindres dugdannelse på ruderne, hvilket også indebærer en væsentlig nedsættelse af omkostningerne til rengøring af ruder.

72. *Modulsystemet* ved samlingen af busserne kan medføre en betragtelig tidsbesparelse ved nødvendige reparationer af karosseriet på grund af fremgangsmåden ved sammenføjningen af delene. Ydermere medfører systemet en væsentlig formindskelse af reservedelslageret, da visse af delene kan tilpasses de forskellige busmodeller.

73. Alle tre udstyrsdele, sæderne, afdugningen og modulsystemet var allerede indeholdt i EMI's oprindelige tilbud. Det fremgår af beslutningen om tildeling af kontrakten, at disse elementer indgik i den afsluttende vurdering, uden at der dog konkret var sat tal på.

74. EMI har ganske vist i meddelelsen af 3. august gjort et forsøg på at sætte tal på de økonomiske fordele ved det nævnte udstyr. Ordregiver har dog ikke overtaget denne beregningsmåde.

75. Spørgsmålet er, om de pågældende elementer udgør alternative bud, som omhandlet i direktivet, og om disse i bekræftende fald er blevet korrekt vurderet.

76. I direktivets artikel 27, stk. 3, bestemmes:

»Hvor kriterierne for tildeling af kontrakten er det økonomisk mest fordelagtige bud, kan ordregiverne tage alternative bud i betragtning, som forelægges af en bydende, når disse alternative bud opfylder de mindstekrav, som ordregiverne stiller. Ordregiverne skal i udbudsmaterialet meddele, hvilke mindstekrav der skal overholdes i de alternative bud, og hvilke særlige krav der stilles i forbindelse med deres afgivelse ...«

I direktivets 32. og 33. betragtning angives følgende principper for anvendelse af direktivet:

»De regler, som de pågældende virksomheder skal anvende, bør danne grundlag for loyal handelspraksis og være så smidige som muligt.

Som modstykke til denne smidighed og for at fremme den gensidige tillid bør der sikres et minimum af gennemsigtighed og indføres passende metoder for kontrol med anvendelsen af direktivet.«

77. I udbudsbekendtgørelsen hedder det under punkt 3, litra d):

»Alternative bud: Alternative bud accepteres« [21].

21 — Det hedder i udbudsbekendtgørelsen: »Variantes: les suggestions sont autorisées.«

78. I udbudsmaterialet er der tale om alternative bud i forskellige sammenhænge. »Finansielle alternative bud« [22] omtales, og i anden sammenhæng anvendes begreberne »Tvungne alternative bud« [23] eller »Frivillige alternative bud« [24]. Under tildelingskriterierne hedder det under punkt 20.2.1 »Bussernes enhedspris og finansielle alternative bud«: »Prisen pr. stk. vil blive forhøjet med prisen på de alternative bud, der ikke er finansielle, og eventuelle forslag, der tages i betragtning.«

79. Det er Kommissionens opfattelse, at der ikke burde være taget hensyn til disse elementer ved vurderingen af EMI's tilbud. Tekniske elementer, der ikke er opgjort i tal, kan der ikke tages hensyn til, såfremt de ikke er anført blandt de elementer, der vil blive anvendt til at fastslå det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Kommissionen medgiver, at udbudsmaterialet tillader alternative bud. Den finder imidlertid, at de elementer, der kræves ifølge udbudsmaterialet, ikke kan betragtes som »frie forslag« [25], og de kan således kun bedømmes i overensstemmelse med udbudsmaterialet.

80. Kommissionen anfører i replikken, at også selv om alternative bud er mulige i henhold til udbudsmaterialet, kan de alligevel kun tages i betragtning med henblik på en forhøjelse af bussernes stykpris.

81. Den belgiske regering har over for dette sidstnævnte argument anført, at det er fremsat for sent og derfor må afvises. I øvrigt har den belgiske regering gjort følgende indsigelser gældende:

Udgangspunktet er, at forslag og ideer [26] er tilladt i henhold til udbudsmaterialet. De tekniske elementer i form af forslag, som SRWT har taget i betragtning, er ikke blevet udtrykt i tal, som har haft indflydelse på stykprisen for de af EMI tilbudte køretøjer. De har været anvendt som ikke-målelige bekvemmeligheds- og kvalitetselementer, der har gjort det muligt at fastslå, at EMI's tilbud var det økonomisk mest fordelagtige bud.

82. Den belgiske regering fremhæver, at forslagene kun har spillet en underordnet rolle ved tildelingen af kontrakten. EMI's og Van Hool's tilbud lå så tæt på hinanden, at SRWT anså det for nødvendigt ved valget mellem buddene at tage hensyn til de særlige fordele, som EMI's køretøjer havde. Denne fremgangsmåde er forenelig med direktivets artikel 27, stk. 3, hvorefter ordregiverne, hvor

22 — »Variantes financières«, punkt 20.2 i det særlige udbudsmateriale — tildelingskriterier.

23 — »Variantes obligatoires« — listen over alternative bud.

24 — »Variantes facultatives« — listen over alternative bud.

25 — »Suggestions libres«.

26 — »Suggestions«.

kriteriet for tildelingen af kontrakten er det mest fordelagtige bud, kan tage alternative bud i betragtning, som forelægges af en bydende, når de opfylder de mindstekrav, som ordregiveren har stillet.

83. Regeringen tilføjer, at formålet med alternative bud eller forslag er at gøre administrationen opmærksom på nyheder, som den ikke har kendskab til. Det er netop forslagenes væsen at gå ud over de tekniske mindstekrav, der fremgår af udbudsmaterialet. Hvad endelig angår den hævdede forskelsbehandling af tilbudsgivere må dette afvises, idet en sammenligning af forslag i praksis er umulig, da forslagene gør hvert tilbud egenartet og forskelligt fra de andre. Kommissionen har i øvrigt heller ikke kunnet hævde, at andre konkurrenter havde fremsat tilsvarende forslag.

84. Jeg vil først behandle den formalitetsindsigelse, den belgiske regering har fremsat, over for Kommissionens argument i replikken om forhøjelsen af stykprisen i forbindelsen med alternative bud. Indsigelsen har støtte i artikel 42, stk. 2, første punktum, i Domstolens procesreglement. Der hedder det:

»Nye anbringender må ikke fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne.«

Da det argument, der skal behandles, er fremsat af den sagsøgende part, er der tale om et anbringende, der indeholder et klagepunkt. I forbindelse med spørgsmålet om fortabelse af retten til at fremsætte anbringender må der foretages en principiel sondring mellem søgsmålsgrunde og argumenter. Alle søgsmålsgrunde skal være anført i stævningen. Der kan altså ikke fremsættes nye søgsmålsgrunde senere under sagens behandling, uden at det er godtgjort i henhold til artikel 42, stk. 2, i procesreglementet. Noget andet gælder ved argumenter, der skal støtte og supplere søgsmålsgrunde, der allerede er fremsat. Sådanne kan til enhver tid fremføres, også på et senere tidspunkt under sagens behandling.

85. Anbringendet om, at tildelingskriterierne ikke er blevet overholdt ved kontraktens tildeling, idet der er taget hensyn til de af EMI foreslåede sæder, afdugningssystemet og modulsamlesystemet, blev allerede fremført i stævningen — og også under den administrative procedure. En henvisning til virkningerne heraf på stykprisen for de alternative bud, der eventuelt vælges, udgør i forhold til dette anbringende kun et yderligere argument. Formalitetsindsigelsen har således ikke noget grundlag.

86. Den belgiske regering gør for så vidt angår det anfægtede argument gældende, at klagepunktet også materielt er ubegrundet. Det fremgår nemlig af udbudsmaterialet, at stykprisen forhøjes med de forslag, der tages hensyn til, med henblik på at foretage sammenligninger. Når stykprisen imidlertid allerede omfatter udgifterne til disse særlige elementer — hvilket er tilfældet her — kan man ikke endnu en gang vælte disse over på prisen. Selv om de godkendte forslag ikke medfører en forhøjelse af stykprisen, er det alligevel ikke forbudt ordregiveren at tage hensyn til det foreslåede materiels fordele.

87. Ved en bedømmelse af ordregiverens adfærd i forbindelse med kriterierne for udstyr står det fast, at alternative bud principielt kan afgives ifølge direktivet. Dette fremgår udtrykkeligt af artikel 27, stk. 3. Udbudsbekendtgørelsen viser, at man i øvrigt har anvendt denne mulighed i forbindelse med den konkrete kontrakt.

88. En abstrakt fastlæggelse af tilladte alternative bud kan kun ske under hensyn til deres betydning og formål. Der er i denne sammenhæng en grundlæggende forskel mellem den fremgangsmåde, hvor det afgørende tildelingskriterium er den laveste pris, og den, hvor det økonomisk mest fordelagtige tilbud er udslaggivende [27]. Kun i sidstnævnte tilfælde har tilbudsgiveren mulighed for at afgive alternative bud. Således som den belgiske regering med rette har gjort gældende, giver denne fremgangsmåde adgang til ved tildelingen af kontrakten at tage hensyn til forslag og nyheder, som ordregiveren først gøres opmærksom på af en tilbudsgiver. Direktivets 32. og 33. betragtning vidner om, at der skal være adgang til en vis fleksibilitet i en ordregivers forretningspraksis, også i forbindelse med anvendelsen af direktivet.

89. Når der i forbindelse med indgåelsen af en offentlig bygge- og anlægskontrakt skal være plads til, at tilbudsgiveren kan indgive forslag og ideer, kan der netop ikke være tale om de forud definerede kriterier i udbudsmaterialet. Jeg finder det logisk, at EMI's forslag til særligt udstyr ikke kan indordnes under et af de i udbudsmaterialet opregnede alternative bud. For så vidt der er tale om begrebet finansielt alternativt bud, er dette klart. De tvungne alternative bud drejer sig om alternative løsninger for så vidt angår detaljer i udbudsmaterialet, som ordregiveren har krævet og defineret. De alternative løsninger, der er beskrevet i forskellige relevante dele af udbudsmaterialet, indeholder oplysninger om deres indhold. Listen over alternative bud [28] giver et samlet overblik. Tre af de fire fakultative alternative bud, der ligeledes

27 — Jf. artikel 27, stk. 1.

28 — »Liste des variantes« i bilaget til det særlige udbudsmateriale.

er optaget i denne liste, drejer sig om finansiering. Kun et af dem drejer sig om et teknisk element. Dette er også selv forud fastlagt. Forskellen mellem tvungne alternative bud og fakultative alternative bud [29] ser for mig ud til at være, at tilbudsgiveren skal afgive tvungne alternative bud for overhovedet at opfylde kravene i udbudsmaterialet, hvorimod han har fuld frihed til at udarbejde de fakultative alternative bud, der er angivet, og at han i hvert fald ikke bliver udelukket, såfremt han undlader dette.

90. En adgang til at afgive forslag og ideer, som netop ikke er foreskrevet i udbudsmaterialet, medfører problemet om, hvorledes man skal medregne de forslag, der eventuelt tages i betragtning. Ved tildeling af en kontrakt på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal også forslag kunne bedømmes økonomisk.

91. Ved tildeling af kontrakter til det økonomisk mest fordelagtige tilbud har ordregiveren efter min opfattelse et vist skøn over, hvilken teknisk løsning han til slut foretrækker. Dette skøn er ganske vist ikke uden grænser og vil kunne underkastes en prøvelse for myndighedsmisbrug. Efter min opfattelse kan kriterierne for udøvelsen af dette skøn læses ud af direktivet. I artikel 27, stk. 3, hedder det f.eks.:

»Ordregiverne skal i udbudsmaterialet meddele, hvilke mindstekrav der skal overholdes i de alternative bud ...«

I 33. betragtning til direktivet tales der om et »*minimum af gennemsigtighed*« som modstykke til den indførte fleksibilitet. Hertil vil jeg gerne tilføje *forbuddet mod forskelsbehandling*, der fremgår af direktivets artikel 4.

92. Som grundlag for den videre behandling går jeg ud fra, at ordregiveren har et skøn ved hensyntagen til forslag, når disse opfylder de mindstekrav, der fremgår af udbudsmaterialet, og når proceduren i øvrigt er udformet på en gennemsigtig og ikkediskriminerende måde. Disse principper må efter min opfattelse også gælde for den økonomiske vurdering af forslag og ideer.

93. De omstridte udstyrskriterier skal betragtes som karakteristika for den tekniske kvalitet af det tilbudte materiel. »Den

29 — »Variante facultative«.

tekniske kvalitet af det tilbudte materiel« [30] hører til de udtrykkeligt omtalte tildelingskriterier i udbudsmaterialet og omfatter syv kriterier [31]. Det er karakteristisk for disse kriterier, at der *udelukkende* er tale om en definition af fiktive tillæg, eller fradrag for det materiel, der kræves ifølge udbudsmaterialet, eller eventuelle afvigelser herfra. Da disse vurderingskriterier refererer sig til de definitioner, der er fastsat i udbudsmaterialet, er der i denne sammenhæng ikke plads til en vurdering af forslag, der ikke er omtalt i udbudsmaterialet. Den økonomiske vurdering af de alternative bud er kun udtrykkeligt forudset ved fastlæggelsen af prisen pr. stk. med en prisforhøjelse som resultat [32].

94. Her kommer vi så til det problem, den belgiske regering har rejst om, at fornuftige tekniske løsninger, som allerede indgår i stykprisen, ikke endnu en gang kan danne grundlag for en prisforhøjelse. Dette fører nemlig til en økonomisk forfordeling af bedre løsninger. Det ville være rigtigere at anvende det system med tillæg og fradrag, der gælder for det tekniske materiel, på de forslag, som ordregiveren tager i betragtning. I denne henseende mangler der dog, som jeg allerede har anført, en forud fastsat definition af de tekniske karakteristika, som jo netop ikke kendes.

95. Vedrørende vanskelighederne ved en økonomisk vurdering af de alternative tekniske løsninger har EMI i meddelelsen af 3. august fremsat et forslag, hvorved de foreslåede løsninger kunne opgøres i tal [33]. Disse evalueringsforslag har ordregiveren ikke overtaget af den ovennævnte grund, at der ikke i de i udbudsmaterialet fastlagte tildelingskriterier var nogen målestok for disse alternative forslag.

96. Ordregiveren har ikke desto mindre efter min opfattelse ret til under udøvelsen af sit skøn at tage hensyn til en tilbudsgivers forslag — som værdiforøgende element — når disse teknisk set opfylder mindstekravene i udbudsmaterialet, og når kontrakten tildeles på en gennemsigtig og ikke-diskriminerende måde.

97. Kravene til de nødvendige sæder er anført flere steder i udbudsmaterialet. Herved er der tale om såvel antal siddepladser i de forskellige modeller som krævede alternativer for særlige udgaver, som f.eks. »antivandalisme-sæder« i bussernes bageste del [34]: »Cantilever«-sæderne opfylder åbenbart alle disse tekniske krav, men har herudover såvel økonomisk som bekvemmelighedsmæssigt andre fordele.

30 — »Les qualités techniques du matériel offert«, jf. tildelingskriterierne i udbudsmaterialet under punkt 20.2.2.4 ff.

31 — Underpunkt 20.2.2.4 til 20.2.2.10 i udbudsmaterialet, jf. ovenfor, punkt 59.

32 — Jf. punkt 20.2.1 i tildelingskriterierne.

33 — »Cantilever«-sæder 480 000 BFR, afdugning 240 000 BFR, modulsystem 100 000 BFR.

34 — Jf. bilag 11 til udbudsmaterialet; del 2, kapitel IV, punkt 13, artikel 42, og del 3, kapitel II, artikel 18, nr. 18.6, i det særlige udbudsmateriale.

98. For så vidt angår den tilbudte afdugning af sideruder kan mindstekravene udledes af del 2, kapitel IV, punkt 14, artikel 43. Her er der tale om enkelte eller dobbelte ruder, hvorved dobbelte ruder i forbindelse med et tvungent alternativt bud er knyttet til opvarmningssystemet. Heller ikke på dette punkt er der efter min opfattelse tale om en afvigelse fra mindstekravene.

99. Hvad endelig angår modulsamlesystemet har jeg ikke kunnet finde mindstekrav hertil i udbudsmaterialet. Dette er ikke overraskende, da netop dette system blev foreslået som et originalt og nyt element, og det kunne derfor ikke kræves i udbudsmaterialet. Det er på baggrund af det ovenfor anførte bekendt, at ordregiveren ved vurderingen af driftsomkostningerne (det andet tildelingskriterium) tillagde det væsentlig betydning, hvor megen arbejdstid, der var behov for, ved reparation af køretøjerne, og hvilke materielomkostninger, der opstod i denne sammenhæng. Det tredje tildelingskriterium, leveringsgaranti, viser, at det for ordregiveren er af grundlæggende betydning, at leveringen af reservedele og administrationen af reservedelslageret bliver udformet så effektivt som muligt. Der er efter min opfattelse ikke tale om, at det foreslåede modulsamlesystem tilsidesætter eventuelle mindstekrav i forbindelse med samling af køretøjerne.

100. Jeg mener, at ordregiveren har opnået den nødvendige gennemsigtighed ved, at han i beslutningen om tildeling af kontrakten udtrykkeligt har nævnt — på grundlag af en forud foretaget klassificering efter de fastlagte tildelingskriterier — de forslag, der er taget hensyn til, og at de økonomiske fordele, som disse forslag indebærer, er anført på klar og tydelig måde. Notatet til bestyrelsesmødet den 6. oktober 1993 henviser til de elementer, som er grundlaget for indstillingen, og disse drøftes udtrykkeligt [35].

101. Hvad angår overholdelsen af princippet om ligebehandling har ordregiver ikke for så vidt angår udstyret fraveget de krav, der er fastsat i udbudsmaterialet. For så vidt angår intervaller for udskiftning af motor og gearkasse er situationen principielt den modsatte. Det er her vanskeligere direkte at sammenligne forslagene og ideerne med andre tilbudsgiveres bud, da disse ikke har fremlagt tilsvarende forslag.

102. Jeg er afslutningsvis af den opfattelse, at ordregiver ved at tage hensyn til udstyrselementerne »Cantilever«-sæder, afdugningsmekanisme og modulsamlesystemet har handlet inden for rammerne af sit skøn, og at beslutningen om tildeling af kontrakten ikke i denne sammenhæng er ulovlig.

35 — Jf. s. 6 i notatet til bestyrelsesmødet den 6.10.1993.

Sagens omkostninger

103. I henhold til artikel 69, stk. 3, i Domstolens procesreglement kan den fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. Jeg skal i denne sag foreslå at gå frem på denne måde.

C — Forslag til afgørelse

104. Som et resultat af ovenstående skal jeg fremsætte følgende forslag:

»1) Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i medfør af direktiv 90/531/EØF ved i forbindelse med en offentlig kontrakt udbudt af SRWT at tage hensyn til ændringer, som blev foretaget i et af tilbuddene efter åbningen af disse, og ved at fravige tildelingskriteriet, da den antog et tilbud.

2) I øvrigt frifindes Kongeriget Belgien.

3) Hver part bærer sine omkostninger.«