FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

föredraget den 12 september 1995 *

A — Inledning

1. Föreliggande mål om fördragsbrott rör bedömning av om en offentlig upphandling avseende varukontrakt för bussar för offentlig transport som omfattas av direktiv 90/531/EEG har skett korrekt [1]. [Bland de texter som omnämns och citeras i detta förslag till avgörande fanns endast detta direktiv tillgängligt i svensk version vid översättningen]

2. Bakgrunden till tvisten är följande. Société Régionale Wallone des Transports (nedan kallad SRWT) uppmanade till anbudsgivning avseende varukontrakt gällande sammanlagt 307 standardbussar genom annonsering om öppen upphandling i supplementet till Europeiska gemenskapernas officiella tidning den 22 april 1993 [2]. Varukontraktet, som uppgick till 2 022 918 000 BFR (exklusive mervärdesskatt), omfattade åtta leveranser under tre år.

3. När anbudstiden gick ut den 7 juni 1993 hade fem företag inkommit med anbud: EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes Belgien (Bryssel), Berkhof (Roselaere) och Jonckheere (Roselaere).

4. Under juni och juli månad analyserade SRWT anbuden. I en skrivelse av den 24 augusti 1993, som hade upprättats inför förvaltningsrådets sammanträde den 2 september 1993, rekommenderades att leverans 1 skulle ges till bolaget Jonckheere och leverans 2—6 till bolaget Van Hool.

5. Den 3, den 23 och den 24 augusti 1993 ingav EMI tre tilläggsanmärkningar till den upphandlande enheten, i vilka bolaget kommenterade vissa punkter i sitt anbud, bland annat avseende bränsleförbrukning och hur ofta motorer och växellådor behövde bytas.

6. Efter att ha analyserat dessa tre tilläggsanmärkningar underställde den tekniska avdelningen den upphandlande enheten en icke undertecknad skrivelse, daterad den 31 augusti 1993, i vilken den ansåg att tilläggs-

* Originalspråk: tyska.

1 — Rådets direktiv av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT nr L 297, s. 1).

2 — EGT nr S 78, 22.4.1993, s. 76.

anmärkningarna innebar en ändring i det ursprungliga anbudet och att de därför inte kunde beaktas. Förslaget inför förvaltningsrådets sammanträde den 2 september 1993 kvarstod därför oförändrat.

7. Förvaltningsrådet ansåg vid sitt sammanträde den 2 september 1993 att man inte hade nog information för att kunna fatta ett slutgiltigt beslut. Särskilt var det oklart om det var tillåtet att beakta innehållet i de tre tilläggsanmärkningarna. Man beslutade sig därför att be Valloniens transportminister om juridisk rådgivning, då man visste att en erkänd specialist på offentlig upphandling arbetade i dennes kabinett.

8. Valloniens transportminister svarade på begäran om rådgivning genom skrivelse av den 14 september 1993. Enligt ministern var det på de flesta punkter rättsligt oproblematiskt att beakta innehållet i tilläggsanmärkningarna i bedömningen. Förvaltningsrådet uppmanades således i skrivelsen att göra en ny prövning, i vilken det av transportministern avgivna ställningstagandet skulle beaktas.

9. SRWT bad den 28 september 1993 EMI att bolaget skulle bekräfta den i anmärkningen av den 24 augusti omnämnda bränsleförbrukningen samt sina uppgifter i anmärkningen av den 23 augusti om hur ofta motor och växellåda behövde bytas ut. EMI bekräftade dessa uppgifter i skrivelse av den 29 september 1993.

10. I en ny skrivelse, som hade till syfte att jämföra anbuden inför förvaltningsrådets sammanträde den 6 oktober 1993, beaktades EMI: s kompletterande uppgifter. I skrivelsen föreslogs att leverans 1 skulle ges till bolaget Jonckheere och leverans 2—6 till EMI.

11. SRWT: s förvaltningsråd följde förslaget i sitt beslut av den 6 oktober 1993. Kontraktet avseende leverans 1 (37 fordon) skulle ges till Jonckheere, medan leverans 2—6 (278 fordon) skulle ges till EMI. Beställningen av ytterligare 30 bussar flyttades fram till år 1996.

12. Samma dag väckte Van Hool talan vid Conseil d'État de Belgique med begäran om skyndsam handläggning. Talan ogillades genom dom av den 17 november 1993.

13. Van Hool lämnade även in ett klagomål till Europeiska gemenskapernas kommission, som den 30 november 1993 tillställde den belgiska regeringen en formell underrättelse enligt artikel 169 i EG-fördraget. I sitt svar av den 15 december 1993 hävdade den belgiska regeringen att det inte skett något

fördragsbrott. Den 8 februari 1994 riktade kommissionen ett motiverat yttrande till den belgiska regeringen med uppmaning att intervenera i de behöriga myndigheternas handläggning för att upphäva avtalen mellan SRWT och EMI. Enligt kommissionen var den belgiska regeringens svar inte sådant att man kunde anse att påståendet om fördragsbrott hade tillbakavisats. Kommissionen väckte därför talan vid domstolen den 11 mars 1994. Samma dag ansökte kommissionen om interimistiska åtgärder, nämligen att SRWT: s beslut av den 6 oktober 1993 och avtalsförhållandet mellan SRWT och bolaget som erhållit kontraktet skulle ställas in till dess att ett slutgiltigt beslut hade fattats. Ansökan om interimistiska åtgärder avslogs genom ett beslut av den 22 april 1994.

14. Ett informellt möte med referenten, generaladvokaten och parterna ägde rum den 17 maj 1995 i det aktuella förfarandet vid domstolen med avsikt att diskutera tvistens räckvidd och i förekommande fall nödvändigheten att besluta om undersökning.

15. Kommissionen yrkade i sin ansökan att domstolen skulle

1) fastställa att Konungariket Belgien har åsidosatt sina förpliktelser enligt rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport-och telekommunikationssektorerna samt likabehandlingsprincipen, som ligger till grund för alla regler som rör offentlig upphandling, genom att

— i en offentlig upphandling som Société Régionale Wallonne du Transport har genomfört, beakta ändringar i ett anbud, som gjorts efter anbudsöppningen,

— tillåta en anbudsgivare som inte uppfyllde urvalskriterierna i kontraktshandlingarna att delta i upphandlingförfarandet,

— beakta ett anbud, som inte uppfyllde upphandlingskriterierna i kontraktshandlingarna,

2) förplikta Konungariket Belgien att ersätta rättegångskostnaderna.

16. Konungariket Belgien har yrkat att domstolen skall

1) ogilla talan,

2) förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet kostnaderna i det interimistiska förfarandet.

17. Till följd av diskussionen vid det informella sammanträdet den 17 maj 1995 frånföll kommissionen sitt första yrkande rörande att den upphandlande enheten tillåtit en anbudsgivare, som inte uppfyllde urvalskriterierna i kontraktshandlingarna, att delta i upphandlingförfarandet. Kommissionen gjorde detta genom skrivelse av den 9 juni 1995 och bekräftade det återigen vid den muntliga förhandlingen. Två grunder för talan kvarstår således, nämligen för det första att den upphandlande enheten har beaktat ändringar i anbud, som skett sedan anbuden öppnats, och för det andra att den har antagit ett anbud med beaktande av andra upphandlingskriterier än de som angetts i kontraktshandlingarna. Båda grunderna kan delas upp i två delar, som även kommer att ligga till grund för den följande analysen.

18. Yrkandena skall anpassas till det förändrade utgångsläget. De får således följande innebörd:

Kommissionen har yrkat att domstolen skall

fastställa att Konungariket Belgien har åsidosatt sina förpliktelser enligt direktiv 90/531/EEG samt likabehandlingsprincipen, som ligger till grund för alla regler som rör offentlig upphandling, genom att, i en offentlig upphandling som Société Régionale Wallonne du Transport har genomfört,

— beakta ändringar i ett anbud, som gjorts efter anbudsöppningen,

— beakta ett anbud, som inte uppfyllde upphandlingskriterierna i kontraktshandlingarna,

B — Analys

I. Preliminära frågor

a) Direktivets tillämpningsområde

19. I artikel 2.1 i direktivet anges att direktivet omfattar följande personer:

"Detta direktiv gäller upphandlande enheter som

a) är offentliga myndigheter eller offentliga företag och bedriver någon av de verksamheter som är nämnda i punkt 2,

b) ifall de inte är offentliga myndigheter eller offentliga företag, dock bedriver någon av de verksamheter som nämns i punkt 2 eller någon kombination av dessa, och vars verksamhet bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt, beviljad av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna."

Beträffande transporttjänster skall ett nät anses föreligga, när verksamheten styrs av villkor fastställda av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna. Till villkoren räknas bl. a. den trafikerade rutten, befintlig kapacitet eller antalet turer.

Direktivets materiella tillämpningsområde definieras i artikel 2.2 i direktivet som har följande lydelse i den för denna tvist avgörande passagen:

d) (...)"

"Detta direktiv gäller följande form av verksamhet:

20. Det är ostridigt att SRWT är en offentlig myndighet, som har till syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med bussar. SRWT omfattas följaktligen, såsom upphandlande enhet, av direktivets tillämpningsområde. Förhållandet att SRWT inte förekommer på listan i bilaga 7 till direktivet över "upphandlande enheter på området pendeltåg, spårvagnar, trådbussar eller bussar" medför inga tvivel på detta förhållande.

a) (...)

b) (...)

c) Drift av nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg, automatiska system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana.

21. Kommissionen har på övertygande sätt visat att listan bara ger exempel. Risken finns hela tiden att listan genom faktiska förändringar blir inaktuell. Kommissionen anser följaktligen att endast artikel 2 i direktivet är slutgiltigt avgörande.

22. Denna bedömning stöds av bestämmelserna i direktivet angående bilaga 1—10. I artikel 2.6 står det till det exempel:

"De i bilagorna 1 och 10 [översättarens anmärkning: 'Les annexes I à X' i fransk version] uppräknade upphandlande enheterna uppfyller ovan nämnda kriterier. Medlemsstaterna skall meddela kommissionen ändringar i deras listor, för att dessa skall vara *så fullständiga som möjligt* [3]. Kommissionen skall revidera bilagorna 1 och 10 [se ovan] i enlighet med förfarandet i artikel 32."

I artikel 32 står det:

"Bilagorna 1 och 10 skall revideras enligt det förfarande som fastställts i punkterna 3 och 7 [se ovan], *på så sätt att de uppfyller kriterierna i artikel 2.*" [4]

Man kan följaktligen utgå från att direktivets tillämpningsområde är öppet.

3 — Min kursivering.
4 — Min kursivering.

b) Interna förhållanden

23. Den belgiska regeringen har under förfarandet gjort invändningen att målet rör rent interna förhållanden, på vilka gemenskapsrätten inte är tillämplig. När ett belgiskt offentligt företag gör en upphandling är det endast belgiska företag som uppmanas att inkomma med anbud.

24. Denna invändning måste bemötas med hänvisning till att de gemenskapsrättsliga reglerna, när de väl har trätt i kraft, är allmänt giltiga. Det är för övrigt möjligt att företag i andra medlemsstater berörs av den offentliga upphandlingen. Betraktar man bara de i tvisten berörda företagen EMI och Van Hool, blir det tydligt att upphandlingen har konkreta gränsöverskridande verkningar. Motorerna till EMI: s fordon produceras och levereras exempelvis av Renault, som är ett franskt företag.

c) Valet av upphandlingsförfarande

25. Den belgiska regeringen har under förfarandet gjort gällande att den upphandlande enheten inte var förpliktad att göra upphandlingen genom ett öppet förfarande. Den kunde enligt direktivet lika gärna ha gjort en

förhandlad upphandling. Med detta argument skall det visas att det var korrekt att förhandla med en anbudsgivare.

c) vid förhandlat förfarande, de upphandlande enheterna tillfrågar vissa utvalda leverantörer och entreprenörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem."

26. I artikel 15.1 i direktivet under avdelning III, "Förfaranden vid tilldelning av upphandlingskontrakt," står:

"Upphandlande enheter kan välja ett av de förfaranden som beskrivs i artikel 1.6, förutsatt att (...) uppmaning till anbudsgivning har gjorts (...)"

I artikel 1.6 anges att i direktivet används följande beteckningar med de betydelser som här anges: "*öppet, selektivt eller förhandlat förfarande*: de upphandlingsförfaranden som används av upphandlande enheter, varvid

a) vid öppet förfarande, alla intresserade leverantörer och entreprenörer kan lämna anbud,

b) vid selektivt förfarande, endast de anbudssökande som blivit uppmanade av de upphandlande enheterna kan lämna anbud,

27. Det skall erkännas att den belgiska regeringen har rätt i att den upphandlande enheten kunde välja vilken typ av upphandlingsförfarande den ville använda. När den väl hade bestämt sig för ett bestämt förfarande, måste den emellertid följa de regler som gäller denna typ av förfarande ända till dess att upphandlingen har avslutats. För vart och ett av de tre förfarandena är gemenskapsreglernas syfte att företag i hela gemenskapen skall kunna delta i upphandlingen. För att detta syfte skall kunna uppfyllas måste — vilket jag kommer att återkomma till längre fram — diskrimineringsförbudet ovillkorligen iakttas. Reglerna om publicering till exempel, vilka gäller för alla dessa förfaranden, utgör ett medel för att uppnå detta syfte. [5] Avsteg kan således inte ske när man väl har inlett ett förfarande i enlighet med reglerna för det förfarandet.

II. Påståendet om ändring av ett av anbuden efter anbudsöppningen

28. Detta påstående består av två delar. Det avser å ena sidan uppgifterna om bränsleförbrukningen och å andra sidan hur ofta byte

5 — Se exempelvis artikel 16 och 17 i direktivet.

av motor och växellåda skulle ske för de erbjudna fordonen.

29. En grundläggande utgångspunkt är att det är förbjudet att ändra anbuden efter den dag som har bestämts för ingivande av anbud eller anbudsöppningen. Detta förbud utgör en grundläggande princip i offentliga upphandlingsförfaranden. Förbudet är ett uttryck för likabehandlingsprincipen, vilken är grundläggande för alla upphandlingsförfaranden [6], och som dessutom uttryckligen har bekräftats i direktivet. I artikel 4.2 föreskrivs:

"De upphandlande enheterna skall se till, att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika leverantörer eller entreprenörer."

30. Koordineringen av upphandlingsförfaranden bidrar slutligen till att uppfylla målet om fri konkurrens inom gemenskapen och ett fullständigt förverkligande av fri rörlighet för varor och tjänster [7]. Detta mål förutsätter att potentiella anbudsgivare behandlas lika. Förbudet mot diskriminering kommer således [8] till uttryck på flera olika sätt. En bekräftelse av förbudet att senare göra ändringar i anbudet ges, i likabehandlingens intresse, i rådets och kommissionens gemensamma förklaring om artikel 15, i vilken anges:

"*Rådet och kommissionen* förklarar att vid öppet eller selektivt förfarande utesluts varje form av förhandling med anbudssökande eller anbudsgivare beträffande grundläggande aspekter av kontrakten, som skulle kunna leda till störningar i konkurrensen, särskilt prisförhandlingar; dock kan förhandlingar äga rum med anbudssökande eller anbudsgivare, men då endast i syfte att precisera och komplettera innehållet i deras anbud eller de upphandlande enheternas krav och i den utsträckning detta inte ger upphov till diskriminering."

31. Mot denna bakgrund skall det undersökas om en anbudsgivare har gjort senare ändringar av sitt anbud, som den upphandlande enheten rättsstridigt har beaktat.

6 — Se dom av den 22 juni 1993, kommissionen mot Danmark (C-243/89, Rec. s. I-3353, punkt 39).

7 — Se tredje, femte och sjätte övervägandena i direktivet, liksom elfte, tolfte och trettonde övervägandena.

8 — Se artikel 4.2 i direktivet, tjugofemte övervägandet i direktivet och rådets och kommissionens gemensamma förklaring till artikel 15 i direktivet.

a) Bränsleförbrukningen för de erbjudna fordonen

32. I sitt ursprungliga anbud angav EMI för leverans 2—6 en bränsleförbrukning om 54 liter/100 km. I detta anbud var till uppgifterna för varje leverans en anmärkning bifogad där företaget riktade uppmärksamheten på en möjlig minskning av bränsleförbrukningen. Enligt denna anmärkning hade förbrukningen av 54 liter/100 km erhållits vid test som ett oberoende företag hade utfört med ett icke inkört fordon. Med ett inkört fordon skulle, under optimala förutsättningar, mellan fem och åtta procent kunna sparas.

33. I anmärkningen av den 3 augusti 1993, den första av de tre omtvistade anmärkningarna, förklarade företaget på nytt att bränsleförbrukningen borde minskas med 8 procent [9]. I anmärkningen av den 24 augusti 1993, den tredje av de omtvistade anmärkningarna, som betecknades som "note explicative", hävdade företaget att senare genomförda kontroller hade visat att bränsleförbrukningen var 45 liter/100 km [10] i stadstrafik.

34. *Kommissionen* anser att detta utgör en ändring i efterhand av det ursprungliga anbudet. Enligt kommissionen borde dessa uppgifter inte ha beaktats.

35. *Den belgiska regeringen* hävdar motsatsen, nämligen att dessa uppgifter endast utgjorde en precisering av uppgifter som redan fanns i anbudet. Enligt regeringen hade det talats om en möjlig minskning av bränsleförbrukningen redan från början, och det var endast de konkreta resultaten som lämnades senare. Att precisera eller komplettera uppgifter som förekommer i anbudet står i överenstämmelse med rådets och kommissionens gemensamma förklaring till artikel 15 i direktivet.

36. Den belgiska regeringen anser att om man inte betecknar uppgifterna som preciseringar, är de ändå lagenliga, eftersom de utgör en rättelse av ett materiellt fel. Den har tillagt att kommissionen tidigare i ett annat sammanhang har tillåtit rättelse av felaktiga uppgifter som är missgynnande för anbudsgivaren. Enligt regeringen är det lämpligt att tillämpa likvärdiga kriterier när rättelsen visar sig gynna denna anbudsgivare.

37. Tvisten handlar således, terminologiskt och i sak, om huruvida de omtvistade uppgifterna *preciserar* eller *ändrar* anbudet. Från semantisk utgångspunkt anser jag att termen "precisera", som används i rådets och kommissionens gemensamma förklaring, måste förstås i meningen att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet. Vad gäller den andra termen i det gemensamma uttalandet, nämligen "komplettera", ser jag det som att inkomma med kompletterande uppgifter som tidigare inte var tillgängliga. De två termerna har det gemensamt att det inte

9 — EMI: s anmärkning av den 3 augusti 1993, s. 5.

10 — Denna sifferuppgift avser leverans 2— 6.

handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom konkretisera dem på ett eller annat sätt.

38. Denna reflektion att varken preciseringar eller kompletteringar har till följd att tidigare fakta ersätts av nya, stöds av den objektiva reflektionen att möjligheten att byta ut vissa uppgifter potentiellt kan missgynna andra anbudsgivare.

39. I detta sammanhang menar jag med begreppet "precisera" exempelvis fallet att ett företag, som har hävdat att man kan vänta sig en minskning av bränsleförbrukningen som kan bli upp till åtta procent, förbinder sig med en sifferuppgift som ligger inom denna gräns och anger det slutgiltiga talet i liter.

40. I anmärkningen av den 3 augusti 1993 har EMI, genom att binda sig vid en minskning med 8 procent av bränsleförbrukningen, just förfarit på detta sätt. Vad gäller förbrukningen innebär denna anmärkning således just en precisering av anbudet och inte en ändring.

41. Däremot innebär sifferuppgiften om 45 liter/100 km, som meddelats i anmärkningen av den 24 augusti 1993, en minskning av den angivna förbrukning med 17,5 procent. Denna minskning motsvarar mer än dubbelt så mycket som den marginal som tidigare hade angivits. Jag anser att rent terminologiskt måste man se detta som en ändring och inte som en precisering.

42. Enligt rådets och kommissionens gemensamma förklaring innebär frågan om den diskriminerande effekten av senare uppgifter det verkliga kriteriet som avgör om en precisering är lagenlig eller inte. Jag anser således att det är viktigt att undersöka vilken verkan som det värde som angavs i slutet av augusti har jämfört med andra anbudsgivare. I detta avseende är det lämpligt att ta hänsyn till omständigheten att ett system för utvärdering av bränsleförbrukningen för de erbjudna fordonen hade föreskrivits inom ramen för de upphandlingskriterier som uppräknas i kontraktshandlingarna. Inom ramen för utvärderingen av de tekniska bedömningskriterierna innehåller punkt 20.2.2.1 en jämförande beräkning för att avgöra driftskostnaderna. Enligt detta system skulle förbrukningen för det fordon som uppvisade den högsta förbrukningen bland dem som erbjuds i anbuden användas som referensvärde. Om förbrukningen var lägre än detta värde, skulle de övriga fordonen tillerkännas ett belopp som uttrycks i pengar ("fiktiva franc") [11].

43. Genom att ange en förbrukning om 54,5 liter/100 km, hamnade EMI på första plats för samtliga leveranser. EMI: s fordon kunde således inte erhålla något tillägg. Detta värde

11 — Se punkt 20.2.2 i specialhandlingarna.

skulle dessutom fungera som referens för värderingen av fordonen från de konkurrerande anbudsgivarna. Det förtjänar att understrykas att även om den angivna förbrukningen för EMI: s fordon hade minskats med 8 procent, skulle den erhållna sifferuppgiften, 50,14 liter, fortfarande ha varit högst. Inte heller i detta fall skulle fordonen ha fått något tillägg. Fördelen för de övriga fordonen skulle endast ha minskats. Situationen blir en helt annan om man grundar sig på en förbrukning som minskas med 17,5 procent, det vill säga ned till 45 liter/100 km. Med en sådan sifferuppgift blir förbrukningen lägre än den som anges för en konkurrent, så att EMI: s fordon får en fördel, i form av ett tillägg.

44. En jämförelse mellan de konkreta sifferuppgifterna [12] visar att tillägget för den direkte konkurrenten Van Hool minskar med 2,5 gånger för leveranserna nr 2 och 3, och med så mycket som 2,8 gånger för leveranserna nr 4, 5 och 6. Det avdrag som ursprungligen var tillämpligt uppgick för leveranserna nr 2 och 3 till åtminstone 1 875 600, och till åtminstone 1 750 560 för leveranserna nr 4 och 6, men minskade till 750 240 för leveranserna nr 2 och 3, och till åtminstone 625 200 för leveranserna nr 4 och 6. På samma gång gjorde beaktandet av de förändrade sifferuppgifterna det möjligt för EMI att erhålla ett tillägg om mer än 125 040 för samtliga leveranser i fråga.

45. Jag anser följaktligen att till och med om man beaktar verkan på deras konkurrenters anbud, skall de nya sifferuppgifterna ses som ändringar av de ursprungliga uppgifterna, och att den upphandlande enheten inte borde ha beaktat dem.

46. Jag skall slutligen undersöka den belgiska regeringens argument att de nya sifferuppgifterna endast innebar en rättelse av ett materiellt fel. Fakta talar enligt min mening för sig själva gentemot detta argument, eftersom det obestridligen är så att de optimerade resultaten inte kunde ha erhållits utan senare försök. Sifferuppgifterna kunde således endast upprättas på grundval av omständigheter som hade inträffat efter tidsfristens utgång. Det är således enligt min mening felaktigt att tala om rättelse av ett fel.

b) Hur ofta fordonens motor och växellåda måste bytas ut

47. Bilaga 23 i specialhandlingarna [13] ger utgångspunkten för uppgifterna om byte av diverse bildelar. Den utgör grunden för beräkningen av arbetstid och materialkostnader avseende byte av vissa reservdelar. Sammanlagt rör det sig om 45 poster, där anbudsgivare för var och en av dem måste

12 — Skrivelse inför förvaltningsrådets sammanträde den 2 september 1993, bilaga 6, s. 2—6, och not inför förvaltningsrådets sammanträde den 6 oktober 1993, bilaga 2, s. 2—6.

13 — Cahier spécial des charges, Marché 545.

ange antal reservdelar per buss, arbetstiden för demontering, arbetstiden för montering samt priset och antalet byten som förutsågs för denna reservdel. Alla dessa upplysningar skulle återges i ett formulär. En rubrik lydde "Antal byten som förutses för denna reservdel" [14]. Denna rubrik hade redan kompletterats av den upphandlande enheten beträffande de 45 reservdelarna. Under den första posten, "Motor", står det "2" i kolumnen "Antal byten som förutses". Under den andra posten står det "Växellåda" och i kolumnen finns siffran "3".

48. Det är ostridigt att EMI har fyllt i formuläret i bilaga 23 i specialhandlingarna korrekt. I anmärkningen i fråga av den 23 augusti 1993 drog anbudsgivaren uppmärksamheten till omständigheten att den frekvens som den upphandlande enheten har föreskrivit inte överensstämmer med statistiska uppgifter för de erbjudna fordonen. Under punkten a), "två motorbyten", kan man läsa att erfarenheten från fordonen visar att en enda motor behövs för en tid av femton år, om man räknar med 50 000 km körning per år. Under punkten b), "tre byten av växellåda", anges att erfarenheten visar att endast 1,25 behövs.

49. EMI understryker vidare i anmärkningen att de två punkterna endast utgör de viktigaste posterna, och att samma resonemang skall tillämpas på övriga reservdelar som uppräknas i bilaga 23 i specialhandlingarna. Företaget tillägger att fordonens tillförlitlighet inte får leda till att de straffas ekonomiskt.

50. Kommissionen anser att denna anmärkning utgör en ändring av det ursprungliga anbudet.

51. Den belgiska regeringen är däremot av uppfattningen att anmärkningen av den 23 augusti 1993 endast uppmärksammar den upphandlande enheten på omständigheten att bytesfrekvensen inte motsvarar verkligheten. Samtliga uppgifter i bilaga 23, såsom priset per enhet för reservdelar, arbetstiden för demontering och för montering av reservdelar, förblir oförändrade.

52. De påpekanden som finns i anmärkningen av den 23 augusti 1993 rör föreskrifter som den upphandlande enheten fastställt i kontraktshandlingarna och som anbudsgivarna inte har inflytande över. Ingen uppgift krävdes av dem för den aktuella rubriken, som hör till bytesfrekvensen. Man kan inte tolka innehållet i anmärkningen av den 23 augusti som någonting annat än ett yttrande från anbudsgivaren angående de premisser som uppställs av den upphandlande enheten, över vilka denne i princip inte har något

14 — Nombre de remplacements prévisible pour un organe.

inflytande genom sitt anbud. Anbudsgivare kan inte utgå från att dess uppgifter medför ändringar från den upphandlande enheten.

53. Att uppmärksamma den upphandlande enheten på att en vara som erbjuds inte överensstämmer med verkligheten och att en bedömning av anbudet på denna grundval med nödvändighet skulle medföra en felaktig värdering svarar inte desto mindre mot ett legitimt ekonomiskt intresse hos anbudsgivaren. Denna anmärkning skulle lika gärna ha kunnat vara med i det ursprungliga anbudet, utan att ändra villkoren som skall tillämpas på anbudsgivarna. Hur den upphandlande enheten reagerar mot sådana anmärkningar skall bedömas utan hänsyn till anbudsgivarens beteende.

54. Eftersom anbudsgivaren i anmärkningen av den 23 augusti 1993 inte har kommit med någon ny sifferuppgift, inte har bytt ut någon uppgift och inte heller gjort någon avvikande kalkyl, anser jag att den påtalade anmärkningen inte innebär någon ändring av de uppgifter som begärs av anbudsgivaren.

55. Konstaterandet att EMI inte har ändrat sitt anbud genom anmärkningen av den 23 augusti 1993 — vilket åtminstone delvis vilar på omständigheten att det handlar om anmärkningar som rör uppgifter som anbudsgivaren i princip inte har något inflytande över — hindrar inte att innehållet i anmärkningen har gett den upphandlande enheten tillfälle att avvika från sina egna föreskrifter på ett sätt som eventuellt är diskriminerande. Detta konstaterande leder mig direkt till den andra grunden, som rör det förhållandet att den upphandlande enheten inte har iakttagit upphandlingskriterierna.

III. Upphandlingskriterierna har inte iakttagits

a) Hur ofta vissa reservdelar skall bytas

56. Kommissionen har, i frågan om beaktande av hur ofta viss viktig mekanik som motor och växellåda skall bytas, anlagt två skilda rättsliga synsätt. Den har dels hävdat att anmärkningen av den 23 augusti 1993 medförde en ändring i det ursprungliga anbudet från EMI, vilket är en juridisk bedömning som jag inte delar av de skäl som har beskrivits ovan. Den har dels ansett att den upphandlande enheten har avvikit från upphandlingskriterierna enligt kontraktshandlingarna genom att beakta EMI: s anmärkningar vid beräkningen av fordonens driftskostnader.

57. Betydelsen av upphandlingskriteriernas utformning är således avgörande. I artikel 27.1 och 27.2 i direktivet föreskrivs i detta avseende:

"1. De kriterier som de upphandlande enheterna skall följa vid tilldelningen av kontrakt skall vara

a) antingen, då tilldelningen sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier allt efter kontraktet i fråga, t. ex. leveranstid, tid för fullgörande, driftskostnader, räntabilitet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, tekniska förtjänster, service efter upphandlingen och tekniskt underhåll, skyldigheter beträffande reservdelar, leveransgaranti och pris,

b) eller, enbart det lägsta priset.

2. Beträffande det som uppräknas i punkt 1 a skall den upphandlande enheten [översättarens annmärkning: 'les entités adjudicatrices' i fransk version] i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling ange alla de kriterier, som de avser att tillämpa vid tilldelningen, om möjligt i ordning efter deras betydelse."

58. I punkt 14, "Upphandlingskriterierna", i meddelandet om upphandling, anges:

"Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall väljas. De olika kriterierna är: pris, driftskostnader (förbrukning, tid för montering/demontering och priset på reservdelar), leveransgaranti, materialets tekniska kvalitet (platser [15], trappsteg, avgasutsläpp, buller, höjden på trappsteg och golv, förhöjningar)" [16].

59. I punkt 20.2 i specialhandlingarna uppräknas upphandlingskriterierna i samma ordning som i anbudsinfordran, med förklaring. Uppräkningen är som följer:

"20.2. Upphandlingskriterier. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall väljas, på grundval av följande kriterier:

15 — På originalspråket (franska) står det "plages"; detta verkar vara ett tryckfel, eftersom det i kontraktshandlingarna som första upphandlingskriterium för teknisk kvalitet står "Nombre de places".

16 — Denna fullständiga uppräkning finns endast på originalspråket (franska) för meddelandet om upphandling. På övriga gemenskapsspråk sker publiceringen endast i sammanfattning. På tyska står det exempelvis "Zuschlagskriterien: Wirtshaftlich vorteilshaftestes Angebot nach folgenden Kriterien: Preis, Betriebskosten, Qualität, sonstige Kriterien".

20.2.1. Enhetspriset för bussen och finansiella alternativa anbud

...

20.2.2. Tekniska bedömningskriterier.

Dessa kriterier är föremål för en absolut viktning, som uttrycks i 'fiktiva franc'.

DRIFTSKOSTNADER

20.2.2.1. Bränsleförbrukning

...

20.2.2.2. Tid för montering och demontering, styckepris

...

LEVERANSGARANTI

20.2.2.3. Leverans av reservdelar

...

DEN ERBJUDNA MATERIELENS TEKNISKA KVALITET

20.2.2.4. Antal platser

...

20.2.2.5. Steghöjd

...

20.2.2.6. Förorenande avgaser

...

20.2.2.7. Bullernivå

...

20.2.2.8. Golvhöjd

...

20.2.2.9. Antal steg

...

20.2.2.10. Förhöjningar

..."

60. Förbudet mot diskriminering och det därmed förbundna kravet på förutsägbarhet i bedömningsförfarandet innebär ett krav på att den upphandlande enheten håller sig till de upphandlingskriterier som den har uppställt. Bilaga 23 i specialhandlingarna, redan nämnd här ovan, fungerar som grund för utvärderingen av en av de avgörande faktorerna för bestämmande av driftskostnaderna. I enlighet med upphandlingskriterierna består de driftskostnader som skall beaktas dels av bränsleförbrukningen, dels av arbetstid och kostnader för den materiel som bedöms nödvändig vid utbyte av reservdelar.

61. Bytesfrekvensen för reservdelar utgör i detta avseende — såsom vi redan har sett — en konstant som den upphandlande enheten föreskriver utan åtskillnad för samtliga anbudsgivare. Denna faktor fungerar som multiplikator för de angivna uppgifterna vad gäller kostnader. Om man avviker från denna föreskrift får det vittgående konsekvenser.

62. I det aktuella fallet erkänns det, och det framgår dessutom av de ingivna handlingarna [17], att den upphandlande enheten vid beräkningen av driftskostnader har beaktat den lägsta bytesfrekvensen för motorer och växellådor som EMI har angett. En jämförelse av handlingarna rörande bedömning av olika anbud som har gjorts för var och en av leveranserna visar att faktorn för driftskostnader vid den slutgiltiga beräkningen har givits en mycket lägre summa än den som hade bestämts vid de beräkningar som hade gjorts för att upprätta det första förslaget till beslut inför administrativa rådets sammanträde den 2 september 1993. Sifferuppgiften om 4 901 790 för leveranserna nr 2 och 3 och 4 896 790 för leveranserna nr 4—6 hade ursprungligen förts in i kolumnen "Under-

17 — Se skrivelsen inför förvaltningsrådets sammanträde den 6 oktober 1993.

håll" [18] i bedömningsformuläret för uppskattning av driftskostnader. Det uppskattade beloppet vid de nya beräkningarna var däremot 3 744 140 för leveranserna nr 2—6 [19]. Det är uppenbart att den berörde anbudsgivaren drar en större fördel av ändringen av beräkningssättet än konkurrenterna.

63. Jag anser att det innebär en överträdelse av likabehandlingsprincipen när den upphandlande enheten, till fördel för en anbudsgivare, ensidigt avviker från de uppgifter som har bestämts i kontraktshandlingarna, vilka skall tolkas som oföränderliga, om inte övriga anbudsgivare ges möjlighet att göra ändringar i sina uppgifter med hänsyn till de förändringar som påverkar premisserna. När enheten väl märkte att de uppgifter en av anbudsgivarna hade angett var mycket bättre än den hade förväntat sig, så att den började tvivla på om de föreskrifter som den hade bestämt var riktiga, borde den upphandlande enheten antingen ha hållit sig till sina tekniska föreskrifter eller informerat samtliga anbudsgivare om möjligheten att avvika från de uppgifter som hade bestämts i kontraktshandlingarna. Jag anser att det datum då den upphandlande enheten fick kännedom om fakta i detta avseende är utan betydelse; lösningen blir i princip inte annorlunda om dessa uppgifter har angivits i anbudet.

64. Den belgiska regeringen har hävdat att den upphandlande enheten inte borde vara förhindrad att kunna föredra materiel med överlägsen kvalitet som erbjuds den genom den tekniska utvecklingen.

65. Man kan invända att en upphandlande enhet inte är förhindrad att i ett upphandlingsförfarande beakta förbättringar som den tekniska utvecklingen tillåter vad avser materielen. Möjligheten att tillåta alternativa anbud, vilken redan har bekräftats i direktivet [20], talar för denna tes. Att önska tekniska förbättringar av produkter som skall upphandlas genom offentlig upphandling ger dock inte en upphandlande enhet rätt att åsidosätta likabehandlingsprincipen.

66. Den upphandlande enheten har åsidosatt förbudet mot diskriminering genom att ensidigt, till förmån för en anbudsgivare, avvika från sina egna föreskrifter för utvärdering av upphandlingskriterierna.

67. Att beteendet har en diskriminerande effekt framstår som uppenbart när man betraktar rangordningen av fordonen vad gäller beräkning av driftskostnaderna. Enligt de ursprungliga uppgifterna om bränsleförbrukningen och hur ofta reservdelar skulle bytas, låg fordonen från Van Hool på första plats för leveranserna nr 2 och 3, och fordo-

18 — "Entretien".

19 — Se bilaga 6 i skrivelsen inför förvaltningsrådets sammanträde den 2 september 1993, s. 2—6, och bilaga 2 i skrivelsen inför förvaltningsrådets sammanträde den 6 oktober 1993, s. 1—6.

20 — Se artikel 27.3 i direktivet.

nen från EMI på tredje plats. Vad gäller leveranserna nr 4, 5 och 6 låg fordonen från Van Hool först och de från EMI på femte plats. Genom att beakta de nya sifferuppgifterna, hamnade fordonen från Van Hool på första plats för leveranserna nr 2, 3 och 5, medan de från EMI befann sig på andra plats. För leveranserna nr 4 och 6 intog fordonen från EMI till och med första plats till följd av den nya beräkningen.

68. Ändringen av placeringen, det vill säga förflyttningen från femte till första plats i beräkningen av det upphandlingskriterium som betecknats som det näst viktigaste, nämligen driftskostnaderna, är enligt min mening avgörande. Mot denna bakgrund råder det inga tvivel om att konkurrenterna har diskriminerats.

b) Beaktande av speciell utrustning

69. I sin anmärkning att den upphandlande enheten har tilldelat kontraktet utan att beakta de upphandlingskriterier som bestämts i kontraktshandlingarna, har kommissionen åberopat att SRWT i sin sammanfattande bedömning till förmån för EMI har beaktat utrustning som EMI hade erbjudit och som inte hade föreskrivits i kontraktshandlingarna. Det handlar närmare bestämt om beaktande av "cantilever"-sätena, en anordning för att ta bort imma från sidoglasen samt ett särskilt system för montering i moduler vid konstruktionen av bussarna.

70. Det finns flera fördelar med *"Cantilever"-säten*, som är fastsatta i bussväggen, jämfört med traditionella säten. De kräver för det första förstärkningar av bussarnas sidoväggar, på vilka sätena monteras, vilket i sin helhet ökar säkerheten för passagerarna. Att sätena inte sätts fast i golvet gör det möjligt att vinna tid vid städningen av bussarna. Slutligen ökar sätena komforten för passagerarna som mera fritt kan röra på benen och som får förvaringsutrymme för eventuellt bagage.

71. Fördelarna med *imborttagning* är av både estetisk och ekonomisk art. Imborttagningen hindrar imbeläggning på fönstren, vilket följaktligen även väsentligt minskar kostnaderna för fönsterrengöring.

72. Genom metoden att montera delar medför *modulsystemet* för ihopmontering av bussar beaktansvärda tidsvinster vid nödvändiga reparationer av karossen. Dessutom medför detta system en stor minskning av det antal reservdelar som skall hållas i lager, eftersom vissa reservdelar kan användas för flera olika bussar.

73. De tre utrustningsdetaljer som just har nämnts — säten, imborttagning och modulsystemet — fanns i det ursprungliga anbudet från EMI. Det framgår av beslutet om tilldelning att dessa egenskaper tagits med i den slutgiltiga bedömningen, utan att de har getts konkreta värden i siffror.

74. I sin anmärkning av den 3 augusti har EMI förvisso angett sifferuppgifter om ekonomiska fördelar av den nämnda utrustningen. Den upphandlande enheten har emellertid inte följt samma beräkningsmetod.

75. Frågan är om uppgifterna i fråga utgör alternativa anbud i den mening som avses i direktivet, och om dessa, om så är fallet, har beaktats på korrekt sätt.

76. I artikel 27.3 i direktivet föreskrivs:

"Där kriteriet för tilldelning av kontraktet är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får den upphandlande enheten överväga olika alternativa anbud som en anbudsgivare lämnat, när dessa alternativa anbud uppfyller de minimikrav, som den upphandlande enheten fastställt. De upphandlande enheterna skall i kontraktshandlingarna ange, vilka minimikrav som gäller för de olika alternativa anbuden och vilka särskilda krav som ställs i samband med att de lämnas. (...)"

I trettioandra och trettiotredje övervägandet nämns följande tillämpningsprinciper i direktivet:

"De regler som berörda myndigheter skall tillämpa, skall utgöra grunden för en god affärssed och vara så smidiga som möjligt.

Som motvikt till denna smidighet och för att främja det ömsesidiga förtroendet måste ett minimum av insyn garanteras och lämpliga metoder införas för att kontrollera tillämpningen av detta direktiv."

77. I punkt 3 d i meddelandet om upphandling anges:

"Alternativa anbud: Förslag är tillåtna" [21].

21 — På originalspråket står det: "Variantes: les suggestions sont autorisées".

78. I kontraktshandlingarna hänvisas till alternativa anbud i olika sammanhang. I ett sammanhang är det fråga om "alternativa ekonomiska anbud" [22]; i andra talas om "obligatoriska alternativa anbud" [23] eller "fakultativa alternativa anbud" [24]. Inom ramen för dessa upphandlingskriterier i punkt 20.2.1, "Enhetspris för bussar och alternativa ekonomiska anbud", anges: "Enhetspriset ökas med priset för andra alternativa anbud än ekonomiska och eventuella förslag att beakta."

79. Kommissionen anser att utrustningen inte får beaktas vid bedömningen av anbudet från EMI. Den tekniska utrustning som inte har angetts i siffror kan enligt kommissionen inte beaktas i den mån som den inte förekommer bland upphandlingskriterier som avgör vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Kommissionen medger att kontraktshandlingarna tillåter alternativa anbud. Kommissionen anser dock att det som fordras i kontraktshandlingarna inte kan ses som "fria förslag" [25] och att de endast kan beaktas enligt kontraktshandlingarna.

80. I sin replik anser kommissionen att, även om alternativa anbud är tillåtna enligt kontraktshandlingarna, är det inte desto mindre så att de endast kan beaktas för att höja enhetspriset för bussar.

81. Den belgiska regeringen invänder mot detta argument att det har tillkommit för sent och att det således skall avvisas. Den belgiska regeringen anför vidare följande grunder till sitt försvar.

Enligt regeringen skall förslag och erbjudanden [26] tillåtas enligt kontraktshandlingarna. De tekniska egenskaper som SRWT har beaktat som förslag har inte medfört tillägg som kan påverka enhetspriset för de erbjudna fordonen från EMI. De har endast beaktats som icke siffersatta egenskaper av komfort och kvalitet, vilket har lett till att EMI: s anbud som helhet betraktat befanns var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

82. Den belgiska regeringen har understrukit att dessa förslag endast har spelat en mindre roll för tilldelningen av kontraktet. Anbuden från EMI och Van Hool låg så nära varandra att SRWT ansåg det nödvändigt att beakta de speciella fördelar som fordonen från EMI hade för att skilja på kandidaterna. Ett sådant förfarande var enligt regeringen förenligt med artikel 27.3 i direktivet, enligt vilken de

22 — "Variantes financières", punkt 20.2 i specialhandlingarna — Upphandlingskriterier.

23 — "Variantes obligatoires" — liste des variantes.

24 — "Variantes facultatives" — liste des variantes.

25 — "Suggestions libres".

26 — "Suggestions".

upphandlande enheterna, när upphandlingskriteriet är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, kan beakta alternativa anbud som en anbudsgivare har presenterat när de uppfyller de minimikrav som de upphandlande enheterna har uppställt.

83. Regeringen har tillagt att syftet med alternativa anbud eller förslag just är att uppmärksamma administrationen på de nyheter som den inte känner till. Det är själva meningen med förslagen att de skall gå längre än de tekniska minimiföreskrifter som har bestämts i kontraktshandlingarna. Vad gäller grunden om ojämlik behandling av anbudsgivare, anser regeringen att denna grund skall underkännas, eftersom det vore praktiskt omöjligt att jämföra förslag då dessa gör att varje anbud är unikt och inte liknar de andra. Kommissionen har dessutom inte visat att andra konkurrenter har gjort liknande förslag.

84. Jag önskar först undersöka den invändning om rättegångshinder som den belgiska regeringen har framfört mot det argument som kommissionen har utvecklat i repliken angående höjningen av enhetspriset vid alternativa anbud. Denna invändning grundas på artikel 42.2 första stycket i domstolens rättegångsregler. Där föreskrivs:

"Nya grunder får inte åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet."

Eftersom det argument som jag skall bedöma är ett av dem som sökanden anfört, skall det hänföras till de grunder som har till syfte att åberopa en anmärkning. Vid undersökningen av om grunden har anförts för sent, skall det göras en grundläggande distinktion mellan grunder och argument. Alla grunder skall vara med i ansökan. Man kan således inte anföra nya grunder senare under förfarandet om detta inte är berättigat enligt artikel 42.2 i rättegångsreglerna. Med argument är det annorlunda. De syftar till att stödja eller komplettera grunder som redan har presenterats. Dessa kan anföras när som helst, till och med i en senare del av förfarandet.

85. Grunden att upphandlingskriterierna inte har iakttagits vid tilldelningen av kontraktet, vilket visas av att EMI: S förslag angående säten, imborttagning och modulsystem, hade redan presenterats i ansökan, liksom i det administrativa förfarandet. Att det nämnts vilka effekter de alternativa anbuden får på enhetspriset utgör, vad avser denna grund, endast ett tilläggsargument. Invändningen om rättegångshinder saknar således stöd.

86. Den belgiska regeringen har vad avser det ifrågasatta argumentet gjort gällande att anmärkningen inte är berättigad i sak. I kontraktshandlingarna föreskrivs nämligen att enhetspriset ökas på grund av beaktade förslag för att jämförelser skall kunna göras. Men när enhetspriset redan innehåller kostnaden för dessa specialiteter — som i detta fall — kan man inte ännu en gång lägga till dem på priset. Även om de förslag som godtagits inte innebar någon höjning av enhetspriset, var det ändå förbjudet för den upphandlande enheten att beakta den föreslagna materielens fördelar.

87. När man bedömer den upphandlande enhetens beteende vad avser kriterierna beträffande utrustning måste man beakta att direktivet i princip tillåter alternativa anbud. Detta framgår uttryckligt av artikel 27.3. Texten i anbudsinfordran visar att denna möjlighet har utnyttjats för det aktuella kontraktet.

88. Den abstrakta bestämningen av alternativa anbud som tillåts är underkastad frågan om deras ändamålsenliga verkan. Det finns i detta avseende en grundläggande skillnad mellan de förfaranden där det avgörande upphandlingskriteriet är det lägsta priset, och de där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är avgörande [27]. Det är endast i de senare fallen som anbudsgivare har möjlighet att presentera alternativa anbud. Såsom den belgiska regeringen med rätta har hävdat är det i detta förfarande tillåtet att, vid tilldelningen av kontraktet, beakta förslag och nyheter som den upphandlande enheten endast kan få kännedom om genom en anbudsgivare. Det trettioandra och trettiotredje övervägandet till direktivet vittnar om att det är nödvändigt att lämna möjlighet — även inom tillämpningen av direktivet — för en viss flexibilitet i den upphandlande enhetens ekonomiska praxis.

89. Även om det måste vara möjligt för anbudsgivare att, inom ramen för ett upphandlingsförfarande, presentera förslag och erbjudanden, kan detta inte endast avse kriterier som redan har definierats i kontraktshandlingarna. Det förefaller mig fullkomligt logiskt att de förslag som EMI har avgivit för den speciella utrustningen inte kan inordnas bland de alternativa anbud som anges i kontraktshandlingarna. Det är uppenbart när det gäller begreppet alternativa ekonomiska anbud. Vad gäller obligatoriska alternativa anbud rör det sig om de alternativa förslag som krävs och definieras av den upphandlande enheten angående detaljer i kontraktshandlingarna. De alternativa lösningarna, som definieras i olika relevanta passager i kontraktshandlingarna, utgör klargöranden angående innehållet. Listan över alternativa anbud [28] ger en översikt över obligatoriska alternativa anbud. Tre av fyra fakultativa alternativa anbud, som även har upprepats på denna lista, rör finansiering. Endast ett av de fakultativa alternativa anbuden rör teknisk utrustning. Den senare är redan bestämd.

27 — Se artikel 27.1.

28 — "Liste des variantes" i bilaga till specialhandlingarna.

Skillnaden mellan de obligatoriska alternativa anbuden och de fakultativa alternativa anbuden [29] förefaller mig vara att anbudsgivare skall presentera obligatoriska alternativa anbud för att över huvud taget uppfylla kraven i kontraktshandlingarna, medan han har frihet att utarbeta begärda fakultativa alternativa anbud och han i vilket fall som helst inte kan uteslutas med anledning av att han inte gör detta.

90. Tillåtande av förslag och erbjudanden som inte föreskrivs i kontraktshandlingarna visar på svårigheten att veta hur de skall beaktas om dessa eventuellt tillåts. Förslagen skall också bedömas ekonomiskt när kontraktet tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

91. I förfaranden där tilldelning sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har den upphandlande enheten enligt mig ett visst utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller det slutgiltiga valet av teknisk lösning. Detta utrymme för skönsmässig bedömning saknar förvisso inte gränser, och det måste kunna kontrolleras att detta inte överskrids. Enligt min mening kan kriterierna för utövande av skönsmässig bedömning hämtas från direktivet. I artikel 27.3 föreskrivs till exempel:

"De upphandlande enheterna skall i kontraktshandlingarna ange vilka minimikrav som gäller för de olika alternativa anbuden (...)"

Det rör sig i trettiotredje övervägandet i direktivet om ett "*minimum av insyn*" som motvikt till den smidighet som införts. Jag vill tillägga *förbudet mot diskriminering*, vilket kommer till uttryck i artikel 4 i direktivet.

92. Jag önskar i fortsättningen av min analys utgå från principen att den upphandlande enheten har ett utrymme för skönsmässig bedömning vid beaktande av förslag, under förutsättning att dessa svarar mot minimikraven i kontraktshandlingarna och att förfarandet skall medge insyn och inte vara diskriminerande. Det finns enligt min mening anledning att tillämpa samma principer i den ekonomiska bedömningen av förslagen och erbjudandena.

93. De ifrågasatta kriterierna för utrustningen bör betraktas som utmärkande egenskaper för den erbjudna materielens tekniska

29 — "Variante facultative".

kvalitet. De senare [30] hör till de upphandlingskriterier som uttryckligen nämns i kontraktshandlingarna och omfattar sju utmärkande egenskaper [31]. En sak som är speciell med de tio kriterierna är att de *uteslutande* syftar till att definiera de fiktiva tillägg eller avdrag som skall tillämpas på den begärda utrustningen och eventuella alternativa lösningar som avviker från dem. Eftersom dessa bedömningskriterier hänför sig till definitioner som har bestämts i kontraktshandlingarna, finns det inom dessa ramar knappast utrymme för bedömning av förslag som inte har nämnts där. Den ekonomiska bedömningen av alternativa anbud föreskrivs uttryckligen endast för bestämningen av enhetspriset inom ramen för upphandlingskriterierna [32].

94. Jag står här inför problemet, som den belgiska regeringen har erinrat om, att det är omöjligt att ange priset för tekniska erbjudanden som kan vara av nytta och som redan har beaktats i enhetspriset. Detta innebär nämligen att de bästa lösningarna missgynnas ekonomiskt. Det vore mer rättvist att tillämpa systemet bonus/malus som införts för teknisk materiel på erbjudanden som beaktas av den upphandlande enheten. Men som jag redan har anmärkt förhindras detta av att det är omöjligt att i förväg definiera tekniska egenskaper som är just okända.

95. Inför svårigheten att ekonomiskt värdera alternativa tekniska lösningar har EMI, i sin anmärkning av den 3 augusti 1993, föreslagit en metod att i siffror ange de förslag som företaget har lämnat [33]. Den upphandlande enheten har inte följt dessa förslag till utvärdering och har som motiv angett att ingen uppskattningsmetod hade föreskrivits för alternativa lösningar i de upphandlingskriterier som hade bestämts i kontraktshandlingarna.

96. Den upphandlande enheten har enligt min mening icke desto mindre rätt att, inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning, som värdehöjande egenskaper beakta erbjudanden från anbudsgivaren, om dessa tekniskt motsvarar minimikraven i kontraktshandlingarna och om kontraktet tilldelas på ett sätt som medger insyn och som inte är diskriminerande.

97. Man kan på olika ställen i kontraktshandlingarna återfinna kraven angående sätena. De rör också hur många platser som måste finnas i de olika fordonsmodellerna och de alternativa anbud som obligatoriskt krävs för de olika speciella fordonstyperna, såsom "antivandalismsätena" i den bakre delen av bussen [34]. Om "Cantilever"-sätena tydligen uppfyller samtliga dessa tekniska krav, erbjuder de dessutom andra fördelar, både vad gäller ekonomi och komfort.

30 — "Les qualités techniques du matériel offert", se punkt 20.2.2.4 och följande i upphandlingskriterierna i kontraktshandlingarna.

31 — Punkt 20.2.2.4 till 20.2.2.10 i kontraktshandlingarna, se ovan nämnda punkt 59.

32 — Se punkt 20.2.1 i upphandlingskriterierna.

33 — "Cantilever"-säten: 480 000 BFR, Imborttagning: 240 000 BFR, modulsystem: 100 000 BFR.

34 — Se bilaga 11 i specialhandlingarna; del 2, kapitel IV, punkt 13, artikel 42, och del 3, kapitel II, artikel 18, punkt 18.6 i specialhandlingarna.

98. I del 2, kapitel IV, punkt 14, artikel 43, ges möjlighet att avgöra minimikraven vad avser systemet för imborttagning från fönstren som föreslogs. Det är där fråga om enkla eller dubbla fönster. De senare är knutna till ett för värmesystemet obligatoriskt alternativt anbud. Där är det enligt min mening knappast fråga om en avvikelse från minimikraven.

99. Vad gäller modulsystemet, slutligen, kan jag inte se något minimikrav i kontraktshandlingarna. Detta är inte förvånande, eftersom detta system just hade föreslagits som ett unikt och nytt system och att det därför inte kunde ha föreskrivits. Vi vet genom den föregående genomgången att den upphandlande enheten vid utvärderingen av driftskostnaderna (det andra upphandlingskriteriet) fäste stor vikt vid den arbetstid som var nödvändig för reparation av fordonen, liksom därtill knutna materialkostnader. Det tredje av upphandlingskriterierna, leveransgaranti, visar att det är av grundläggande vikt för den upphandlande enheten att leveransen av reservdelar och lagerhållningen måste vara så effektiv som det någonsin är möjligt. Jag kan inte se någon avvikelse från eventuella minimikrav vad avser konstruktion som skulle vara knuten till det föreslagna modulsystemet.

100. Det verkar som om den upphandlande enheten har möjliggjort nödvändig insyn genom att, på grundval av en redan bestämd klassificering enligt de definierade upphandlingskriterierna, i sitt beslut uttryckligen ange de förslag som den beaktat och där klart och tydligt ange de ekonomiska fördelar som förslagen uppvisade. I skrivelsen inför förvaltningsrådets sammanträde den 6 oktober 1993 anges och diskuteras öppet vad som har avgjort förslaget till tilldelning. [35]

101. Vad gäller iakttagandet av likabehandlingsprincipen, slutligen, har den upphandlande enheten inte, vad gäller utrustningen, avvikit från någon av föreskrifterna i kontraktshandlingarna. Situationen är i detta avseende helt annorlunda än beträffande bytesfrekvensen för motor och växellåda. Det är här svårt att direkt jämföra förslagen och erbjudandena med anbuden från andra anbudsgivare, eftersom dessa inte har lämnat några jämförliga förslag.

102. Jag anser sammanfattningsvis att den upphandlande enheten har handlat inom sitt utrymme för skönsmässig bedömning när den har beaktat utrustningen i form av "Cantilever"-säten, imborttagning och modulsystem och att dess beslut om tilldelning inte är rättsstridigt i detta avseende.

35 — Se s. 6 i skrivelsen inför förvaltningsrådets sammanträde den 6 oktober 1993.

Rättegångskostnaderna

103. Enligt artikel 69.3 i domstolens rättegångsregler, kan domstolen besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad, om parterna ömsom tappar på en eller flera punkter. Jag förslår att så görs i detta fall.

C — Förslag

104. Mot bakgrund av tidigare överväganden lämnar jag därför detta förslag till avgörande:

"1) Konungariket Belgien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 90/531/EEG av den 17 september 1990 om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport-och telekommunikationssektorerna genom att i en offentlig upphandling som genomfördes av SRWT beakta ändringar i ett anbud efter anbudsöppningen och beakta ett anbud med avvikelse från upphandlingskriteriet.

2) Talan ogillas i övriga delar.

3) Vardera parten skall bära sina kostnader."